

Adaptatie aan klimaatverandering
in het Nederlandse waterbeheer

Foto omslag: Arthur Derksen

Omslagontwerp en layout: Klaartje Hoeberechts, afdeling editing Rechtsgeleerdheid,
Universiteit Utrecht

ISBN 9789013119978

NUR 823-311

© 2013 H.K. Gilissen | Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.

Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer

Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid

Adaptation to climate change in Dutch water management

Responsibilities and liability

(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Universiteit Utrecht

op gezag van de rector magnificus,

prof.dr. G.J. van der Zwaan,

ingevolge het besluit van het college voor promoties

in het openbaar te verdedigen

op vrijdag 8 november 2013

des middags te 2.30 uur

door

Herman Kasper Gilissen

geboren op 21 mei 1982

te Arnhem

Promotoren: Prof.dr. B.J. Schueler
Prof.dr. H.F.M.W. van Rijswijk

Dit proefschrift werd mede mogelijk gemaakt met financiële steun van
Stichting Schilthuisfonds

*Voor de zon die op het water speelt
Voor het water dat de zon bespeelt
We leunen bij het grijze water
Dat nooit teleurstelt of nooit verveelt*

Herman van Veen, 'Onderaan de dijk'

≈ Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van mijn inspanningen van de laatste jaren: mijn proefschrift. Waar het schrijven van een proefschrift over klimaatverandering dwingt vooruit te kijken in een onzekere toekomst, dwingt het schrijven van een voorwoord te reflecteren op de periode waarin dat proefschrift tot stand is gekomen en waarvan de afronding daarvan het einde markeert. Ik heb voor die reflectie ruim de tijd genomen, maar ik zal mijn verslaglegging daarvan op dit papier – anders dan men wellicht van mij gewend is – kort en zakelijk houden: het was in veel opzichten een onvergetelijke en een leerzame periode. Ik wil daarom graag van de gelegenheid gebruik maken om mijn dank te betuigen aan degenen die er mede verantwoordelijk voor zijn dat ik vol overtuiging deze conclusie durf te trekken.

In de eerste plaats ben ik dank verschuldigd aan mijn promotores en voorbeelden, prof.mr. H.F.M.W. van Rijswick en prof.mr. B.J. Schueler. Marleen en Ben, vertrouwen is een voorwaarde voor succes; dank dat jullie dat van begin tot eind in mij hebben gehad. Zonder jullie kritische en doortastende, maar ook geduldige en ontspannen begeleiding had dit proefschrift nooit het drieluik kunnen worden dat het uiteindelijk geworden is. Naast jullie eervol verworven ‘achternaam’ verdienen jullie ook zeker nog een prijs in de categorie ‘beste promotorenduo’!

Voorts wil ik prof.dr. P.P.J. Driessen, prof.mr. M.G. Faure, prof.mr. A.A. Freriks, prof.mr. A.L.M. Keirse en prof.mr. B.P.M. van Ravels hartelijk danken voor hun bereidheid zitting te nemen in mijn beoordelingscommissie. Uit die dank komt ook de erkentelijkheid voort voor hun enthousiaste, maar ook scherpe en kritische, dus bovenal uiterst nuttige commentaar op het aan hen ter beoordeling voorgelegde manuscript.

Door de jaren heen zijn velen vanuit hun expertise rechtstreeks betrokken geweest bij de totstandkoming van mijn proefschrift, zoals dat nu voor u ligt. Ik noem in het bijzonder Titia Kloos, Klaartje Hoeberechts en Astrid Rosenbrand. Zij hebben op uiterst vakkundige wijze zorg gedragen voor de redactie en de opmaak van mijn proefschrift, respectievelijk voor de vertaling van de samenvatting. José Verouden verdient bijzondere vermelding. Ik vond dat ik een tamelijk volleerd schrijver was; José vond dat ik wat betreft het schrijven nog best wel wat kon leren. Ik heb veel geleerd en leer nog steeds, dus hoeft niet te vertellen wie er gelijk had.

We betreden de ‘*inner circle*’. Ik durf na vijf jaar UU, REBO, ASP, SBR, CELP/NILOS en UCWOSL (en overigens ook vaak en veel L9, BM, FB, MW en TKO) namelijk niet te ontkennen dat veel van mijn collega’s en oud-collega’s daar ontegenzeggelijk deel

Voorwoord

van zijn gaan uitmaken. Ik was nog geen maand in dienst, toen ik me al liet ontvallen dat ‘het werk’ mij toescheen als een vruchtbare bodem voor duurzame vriendschappen. Dat is wellicht mijn meest visionaire uitspraak tot nu toe geweest. Wij hebben als groep collega’s lief, maar helaas ook leed gedeeld, en beide hebben diepe sporen nagelaten. Fier staat echter nog altijd het feit dat vertier noch troost bij zulke collega’s ooit ver te zoeken is.

Ik kan op deze plaats niet iedereen afzonderlijk danken. Het zou echter misstaan om tot één van mijn collega’s niet een persoonlijk dankwoord te richten. Ik bedoel mijn weledelzérgeleerde kantoorgenote Anoeska, bij de gratie van Minerva, Koning van Pruisen, Hogepriesteres aan het Orakel van Utrecht, Grootmeester-Raadgever en Bewaarder van de Encyclopedia in de Aloude Orde van de Zalm enz. enz. enz. Ik ben steeds weer verbaasd over het gemak en de vanzelfsprekendheid waarmee jij mij meer en beter inzicht geeft in hetgeen waarin niet jij maar ikzelf wordt geacht specialist te zijn. Wij weten daarnaast niet alleen allerhande onzin om te vormen tot zeer zinvolle materie; wij weten óók waar Eco de Gradalis heeft verstopt. En beide vormen van ‘weten’ zijn van onschatbare waarde.

Ook de heren van de JCT treft dank. Niet voor hun rechtstreekse inhoudelijke bijdrage aan mijn proefschrift, maar wel voor het creëren van de perfecte sociale omstandigheden buiten het schrijven daarvan om. Dank daarvoor, en tevens voor jullie begrip voor mijn afwezigheid, vooral de laatste periode. Wat moet dat een rustige tijd zijn geweest! Jullie zijn het overigens, die mij lang geleden de beladen en al gauw ook buiten clubverband gangbare titel ‘Haak’ hebben gegeven; ik zal mij uiteraard op kenmerkende wijze blijven inspannen die naam meer dan waar te maken.

Aart-Pieter a.k.a. A-P a.k.a. Appie a.k.a. Ome Ap, niemand kan zonder 1) iemand om onbeperkt en onophoudelijk mee te kunnen lachen en 2) een vertrouweling. Het bevalt mij goed dat jij voor mij al heel wat jaren onvermoeibaar beide functies tegelijk vervult. Appie, wij moeten er dringend weer eens op uit!

Ik dank mijn paranimfen, Jasper en Mark, en ja, Martin, jou ook een beetje. Ik had niet anders verwacht dan dat jullie je ceremoniële functie met alle daaraan verbonden taken met verve zouden bekleden. Jasper, jij hebt net als *onze* promotores een ‘achternaam’ verworven; ik hoop dat we die nog vaak eer mogen aandoen. Mark, bij dat veelvuldige eerbetoon kunnen en willen we jou uiteraard niet missen! Martin, ondanks dat wij op dat moment worden gescheiden door een kolkende watermassa, vermoed ik dat jij tijdens mijn verdediging nog zenuwachtiger bent dan ik: betrokkenheid en trouw vormen jouw bewonderenswaardige aard.

Papa, mama, Lukas en Julius, jullie zijn het spreekwoordelijke warme nest waar ik uitkom en thuishoor. Dat zegt eigenlijk al genoeg, maar om jullie nou met z’n vieren één zinnetje in mijn voorwoord te laten delen... Jullie opvoeding, de reizen die we hebben gemaakt, de lol en ruzies (beide altijd ‘knetterend’, toch Lukas?!) die we hebben gehad,

de (soms iets te luidruchtige en te) diepgaande gesprekken bij een vuurtje in de tuin, de mij door jullie geboden kansen en uitdagingen, en bovenal jullie onuitputtelijke vertrouwen in mij hebben mij voor een belangrijk deel gemaakt zoals ik ben. Voor een belangrijk deel, want dat de buitenwereld bij dat 'zijn' ook wel eens verbaasd haar wenkbrauwen optrekt en glimlachend haar hoofd schudt, neem ik graag voor eigen rekening.

Margot, het laatste woord is voor jou. Jij bent degene die mij op je kenmerkende liefdevolle manier door de onvermijdelijke proefschriftstress en -dips heeft heen gesleurd. Jij bent ook degene die mij wat dat betreft heeft leren rationaliseren en relativiseren. Het mooiste wat ik je in ruil daarvoor kan geven, is mijn uiterste best te doen jou te evenaren als steun en toeverlaat tijdens de laatste fase van *jouw* promotietraject. En als onze proefschriften naast elkaar in de kast staan, gaan we eindelijk eens een keer langer dan een weekje op vakantie! Maar wie gaat er dan op Sjors passen?!

Utrecht, augustus 2013
Herman Kasper Gilissen

≈ Inhoudsopgave

Voorwoord	vii
Afkortingen	xxv

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1. Inleiding en aanleiding	1
1.2. Afbakening en begripsbepalingen	4
1.2.1. Afbakening en verantwoording	4
1.2.2. Begripsbepalingen	7
1.3. Hoofdvraag en deelvragen	9
1.3.1. De hoofdvraag opgedeeld in drie deelvragen	9
1.3.2. Korte toelichting op de deelvragen	10
1.4. Methode van onderzoek	12
1.5. Relevantie van het onderzoek	12
1.6. Opbouw van het proefschrift en leeswijzer	14
1.6.1. Opbouw	14
1.6.2. Leeswijzer	16

Deel I ≈ Adaptatieverplichtingen

Hoofdstuk 2 Internationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

2.1. Inleiding	19
2.2. De ontwikkeling van het adaptatieleerstuk in het internationale klimaatdebat	20
2.2.1. Algemeen	20
2.2.2. Algemene ontwikkelingen in het internationale klimaatdebat	20
2.2.2.1. Het internationale klimaatdebat in vogelvlucht	20
2.2.2.2. Klimaatverandering op de politieke agenda	21
2.2.2.3. De oprichting van het IPCC	22
2.2.2.4. De totstandkoming van het Klimaatverdrag	23
2.2.2.5. De totstandkoming van het Kyoto Protocol	25
2.2.2.6. Recente ontwikkelingen (2005-heden)	28
2.2.3. De ontwikkelingen inzake adaptatie binnen het internationale klimaatdebat	29
2.2.3.1. De vroege adaptatiebenadering en de kritiek daarop	30
2.2.3.2. Toenemende aandacht voor de adaptatiebenadering: de inluiding van een conceptuele verandering	32
2.2.3.3. Adaptatie: een belangrijk wapen in de strijd tegen klimaatverandering	33
2.2.3.4. De ‘realistische benadering’	35

2.2.4. Resumerend	37
2.3. Verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op grond van het internationale klimaatregime	38
2.3.1. Algemeen	38
2.3.2. De reikwijdte van het klimaatregime; enkele begripsbepalingen	39
2.3.3. Adaptatie en het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag	41
2.3.4. Adaptatie en het voorzorgsbeginsel uit het Klimaatverdrag	43
2.3.4.1. De juridische status van de beginselen in het Klimaatverdrag	43
2.3.4.2. Het voorzorgsbeginsel ex art. 3 lid 3 Klimaatverdrag	44
2.3.5. Adaptatie en de concrete verplichtingen ex art. 4 Klimaatverdrag	46
2.3.6. Tussenconclusies	48
2.4. Mensenrechten als grondslag voor adaptatieverplichtingen?	49
2.4.1. Algemeen	49
2.4.2. De rol van mensenrechten in het internationale milieurecht	49
2.4.3. Waterrechten als mensenrechten?	52
2.4.4. Adaptatieverplichtingen op grond van positieve verplichtingen	53
2.4.5. Tussenconclusies	55
2.5. Conclusies	55
Hoofdstuk 3 Europeesrechtelijke adaptatieverplichtingen	
3.1. Inleiding	59
3.2. De verwachte effecten van klimaatverandering in Europa	60
3.3. Ontwikkelingen in het Europese adaptatiebeleid	62
3.3.1. De ‘vroege’ beleidsontwikkelingen: naar een Groenboek inzake adaptatie	62
3.3.2. Het Groenboek inzake adaptatie aan klimaatverandering	63
3.3.3. De recentere beleidsontwikkelingen: via een Witboek inzake adaptatie naar een Europese Adaptatiestrategie	65
3.3.3.1. Het Witboek inzake adaptatie aan klimaatverandering	65
3.3.3.2. De Europese Adaptatiestrategie	67
3.3.4. De ontwikkeling van adaptatiebeleid in de watersector	69
3.3.4.1. De Waterschaarste- en droogtestrategie	70
3.3.4.2. Overstromingsrisico's en wateroverlast	73
3.3.5. Resumerend	75
3.4. Verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op grond van het Europese recht	77
3.4.1. Algemeen	77
3.4.2. Doelstellingen en beginselen in primaire Europese regelgeving	77
3.4.2.1. De juridische grondslag voor milieubeleid en regelgeving	77
3.4.2.2. Verplichtingen voor lidstaten op basis van rechtsbeginselen?	79
3.4.3. Adaptatieverplichtingen in het kader van het overstromingsrisicobeheer	81
3.4.3.1. De Richtlijn overstromingsrisicobeheer in vogelvlucht	81
3.4.3.2. Adaptatie en de eerste generatie overstromingsrisicobeheerplannen	82
3.4.3.3. Adaptatie en de volgende generaties overstromingsrisicobeheerplannen	85

3.4.4. Adaptatieverplichtingen in het kader van het waterschaarste- en droogtebeleid	87
3.4.4.1. De KRW als instrumentele en programmatische basis	87
3.4.4.2. Beperking van waterschaarste en bevordering van duurzaam watergebruik als juridisch afdwingbare doelstelling van de KRW?	88
3.4.4.3. De rol van waterschaarste en duurzaamheid binnen de programmatische benadering van de KRW	90
3.4.4.4. De bevordering van duurzaam en efficiënt watergebruik door adequaat prijsstellingsbeleid	92
3.4.5. Tussenconclusies	93
3.5. Conclusies	95

Hoofdstuk 4 Nationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

4.1. Inleiding	97
4.2. De ontwikkelingen binnen het Nederlandse adaptatiebeleid	98
4.2.1. Algemeen	98
4.2.2. Impulsen voor beleidsvorming door groeiende klimaatgedreven waterrisico's	99
4.2.3. Integraal nationaal adaptatiebeleid	100
4.2.4. Adaptatiebeleid binnen de kaders van het nationale waterbeheer	103
4.2.5. Concrete ontwikkelingen in het Nederlandse waterveiligheidsbeleid en het beleid inzake de zoetwatervoorziening	106
4.2.5.1. Ontwikkelingen in het waterveiligheidsbeleid	106
4.2.5.2. Ontwikkelingen in het beleid inzake de zoetwatervoorziening	108
4.2.6. Adaptatiebeleid binnen de kaders van het regionale waterbeheer	111
4.2.7. Tussenconclusies; vijf algemene kenmerken van Nederlands adaptatiebeleid	112
4.3. Taken en bevoegdheden in het Nederlandse waterbeheer	114
4.3.1. Algemeen	114
4.3.2. De waterbeheerder als centrale figuur	115
4.3.3. De wettelijke taken en bevoegdheden van waterbeheerders in vogelvlucht	116
4.3.4. Enkele taken en bevoegdheden nader belicht	118
4.3.4.1. Doelstellingen van de Waterwet	118
4.3.4.2. De afdwingbaarheid van zorgplichten in het waterbeheer	119
4.3.4.3. De genormeerde zorgplichten voor de waterveiligheid	120
4.3.4.4. De genormeerde zorgplicht ter bescherming tegen wateroverlast	122
4.3.4.5. Gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer	122
4.3.4.6. De zorgplicht voor de zoetwatervoorziening	124
4.3.4.7. Toezicht door hoger gezag	127
4.3.4.8. Strategische en uitvoeringsgerichte planvormen	127
4.3.5. Tussenconclusies	129
4.4. Verplichtingen voor waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	129
4.4.1. Algemeen	129

Inhoudsopgave

4.4.2. Zelfstandige verplichtingen en beperkingen op basis van de doelstellingen van de Waterwet?	130
4.4.3. Verplichtingen en beperkingen op basis van wettelijke zorgplichten	131
4.4.3.1. Concreet genormeerde zorgplichten	131
4.4.3.2. Niet concreet genormeerde zorgplichten	134
4.4.4. Adaptatieverplichtingen in verband met de beleidsvorming	135
4.4.4.1. Onduidelijkheid over de strekking van verplichtingen in het kader van de beleidsvorming	135
4.4.4.2. Verplichtingen op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel	135
4.4.4.3. Aanbevelingen ter wettelijke explicitering van de adaptatieverplichtingen in verband met de beleidsvorming	137
4.4.4.4. Afbakening van de zorgplichten van waterbeheerders ten opzichte van de eigen verantwoordelijkheid van particulieren	140
4.4.5. Aanvulling of verduidelijking door middel van algemene regels op grond van art. 3.11 Waterwet	141
4.4.6. Aanvullende adaptatieverplichtingen op grond van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm?	142
4.4.6.1. Relevante vragen in verband met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm	142
4.4.6.2. De zelfstandige betekenis van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm	143
4.4.6.3. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en verplichtingen in het kader van de beleidsvorming	145
4.4.7. Het verzorgingsbeginsel: naar een verzorgingsbenadering in het Nederlandse waterbeheer	147
4.4.8. Tussenconclusies	150
4.5. Beschikbare instrumenten en bevoegdheden	152
4.5.1. Algemeen	152
4.5.2. De legger met beschermings- en reserveringszones	152
4.5.3. Peilbesluiten	154
4.5.4. De aanleg of wijziging van waterstaatswerken	155
4.5.4.1. Het projectplan en de projectprocedure	155
4.5.4.2. Oppervlaktewaterlichamen	156
4.5.4.3. Waterkeringen; deltadijken en compartimentering	158
4.5.4.4. Bergingsgebieden en alternatieve manieren van waterberging	159
4.5.5. Calamiteiten en gevaar voor waterstaatswerken	160
4.5.6. Maatregelen in het kader van de (her)verdeling van waterrechten	162
4.5.6.1. Wijzigingen in het verdelingsbeleid	163
4.5.6.2. Wijzigingen in de vergunningverleningssystematiek	164
4.5.6.3. De wijziging of aanvulling van watervergunningen	166
4.5.6.4. De intrekking van watervergunningen	167
4.5.7. Tussenconclusies	170
4.6. Conclusies	171

Deel II ≈ Aansprakelijkheid

**Hoofdstuk 5 Algemeen over schade, schadeorzaken en
competentieverdeling**

5.1. Inleiding	175
5.2. Schade en schadeorzaken in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	176
5.2.1. Algemeen	176
5.2.2. Categorisering van overheidsgedragingen	177
5.2.2.1. Vier hoofdcategorieën	177
5.2.2.2. Categorie 1: Feitelijke handelingen	178
5.2.2.3. Categorie 2: Rechtshandelingen	178
5.2.2.4. Categorie 3: Nalaten ondanks een verzoek tot handelen	179
5.2.2.5. Categorie 4: Zuiver nalaten	179
5.2.3. Soorten schade; klimaatschade en gevolgschade	180
5.2.3.1. Klimaatschade	181
5.2.3.2. Gevolgschade	182
5.2.4. Tussenconclusies	183
5.3. De competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter	184
5.3.1. Algemeen	184
5.3.2. De bevoegdheid van de rechter	185
5.3.3. De ontvankelijkheid van de eiser	186
5.3.4. De (nieuwe) competentieverdeling bij vorderingen tot schadevergoeding	188
5.3.4.1. Vorderingen wegens onrechtmatige appellabele besluiten	189
5.3.4.2. Vorderingen wegens rechtmatige overheidsgedragingen	191
5.3.5. De formele rechtskracht van appellabele besluiten	192
5.3.6. Tussenconclusies	194
5.4. De competentieverdeling per categorie overheidsgedragingen	195
5.4.1. Algemeen	195
5.4.2. Feitelijke handelingen	195
5.4.3. Rechtshandelingen	196
5.4.4. Vormen van nalaten ondanks een tot de overheid gericht verzoek tot handelen	196
5.4.5. Zuiver nalaten	197
5.5. Conclusies	197

**Hoofdstuk 6 Aansprakelijkheid voor klimaat- en gevolgschade wegens
onrechtmatige gedragingen**

6.1. Inleiding	199
6.2. Kort over de grondslag en ratio van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad	200

6.3. Het onrechtmatigheidscriterium	202
6.3.1. Algemeen	202
6.3.2. Inbreuk op subjectieve rechten	203
6.3.3. Schending van wettelijke plichten	204
6.3.3.1. De onrechtmatigheid van appellabele adaptatiebesluiten wegens strijd met de wet	205
6.3.3.2. De onrechtmatigheid van niet-appellabele publiekrechtelijke rechtshandelingen wegens strijd met de wet	207
6.3.3.3. De onrechtmatigheid van feitelijke handelingen wegens strijd met de wet	209
6.3.3.4. Tekortschieten in publiekrechtelijke wettelijke zorgplichten	210
6.3.4. Schending van ongeschreven rechtsregels	213
6.3.4.1. Erkende ongeschreven publiekrechtelijke rechtsbeginselen	214
6.3.4.2. De zelfstandige betekenis van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm naast de concreet genormeerde zorgplichten uit de Waterwet	215
6.3.4.3. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en het voorzorgsbeginsel	218
6.3.5. Rechtvaardigingsgronden	219
6.3.6. Tussenconclusies	221
6.4. Bijzonderheden omtrent het beginsel van de formele rechtskracht	223
6.4.1. Algemeen	223
6.4.2. Ongelijkheid door de formele rechtskracht	224
6.4.2.1. Aanvaardbare ongelijkheid tussen belanghebbenden onderling	224
6.4.2.2. Onaanvaardbare ongelijkheid tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden	225
6.4.3. De 'houdbaarheid' van de formele rechtskracht	227
6.4.4. Formele rechtskracht en het 'samenhangcriterium'	228
6.4.5. Formele rechtskracht en de 'vrijwarende werking'	230
6.4.6. Risicoverdeling bij de uitvoering van besluiten zonder formele rechtskracht	233
6.4.7. Tussenconclusies	234
6.5. Het causaal verband	234
6.5.1. Algemeen	234
6.5.2. Het causaliteitsleerstuk in vogelvlucht	235
6.5.3. Causaliteit en de vernietigingsgrond bij publiekrechtelijke rechtshandelingen	238
6.5.4. Het condicio-sine-qua-nonverband en klimaatschade wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht	239
6.5.4.1. Een hoge bewijsrechtelijke drempel	239
6.5.4.2. De klimaatschade zou ook zijn ontstaan door latere gebeurtenissen	240
6.5.5. Toepasbaarheid van de omkeringsregel in verband met klimaatschade	242
6.5.5.1. Rol van de omkeringsregel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht	242
6.5.5.2. Toepasbaarheid van de omkeringsregel bij tekortschieten in wettelijke zorgplichten	244
6.5.6. Klimaatschade en de toerekening naar redelijkheid	246
6.5.7. Tussenconclusies	248

6.6. Het toerekenbaarheids criterium	249
6.6.1. Algemeen	249
6.6.2. De toerekening krachtens verkeersopvatting	249
6.6.3. Uitzondering bij privaatrechtelijke feitelijke overheidshandelingen	251
6.6.4. Uitzonderingen op de leer van de toerekening naar verkeersopvatting in het kader van adaptatie?	252
6.6.5. Tussenconclusies	254
6.7. Het relativiteitsvereiste	255
6.7.1. Algemeen	255
6.7.2. De privaatrechtelijke relativiteitseis in het overheidsaansprakelijkheidsrecht	257
6.7.3. Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste	258
6.7.4. Het relativiteitsvereiste in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	260
6.7.4.1. Het beschermingsdoel van de onderscheiden zorgplichten: de leer van de ‘parallele belangen’	261
6.7.4.2. De beschermingsomvang van de onderscheiden zorgplichten	263
6.7.5. Tussenconclusies	264
6.8. Conclusies	264
6.8.1. Onrechtmatigheid	265
6.8.2. Formele rechtskracht	266
6.8.3. Causaliteit	267
6.8.4. Toerekenbaarheid	267
6.8.5. Relativiteit	268

Hoofdstuk 7 Opstallenaansprakelijkheid wegens gebreken aan waterstaatswerken

7.1. Inleiding	269
7.2. Risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen in vogelvlucht	269
7.2.1. Kort over fout- en risicoaansprakelijkheid	269
7.2.2. Criteria voor de vestiging van opstallaansprakelijkheid	270
7.2.2.1. Gebrekkige opstallen	271
7.2.2.2. Verwezenlijking van gevaar door een gebrek	272
7.2.2.3. De bezitter is aansprakelijk	272
7.2.2.4. De tenzij-clausule	273
7.3. Risicoaansprakelijkheid voor water- en klimaatschade door gebrekkige waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstal?	274
7.3.1. Algemeen	274
7.3.2. Overzicht van argumenten tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in het waterbeheer	274
7.3.3. Welke (soorten) waterstaatswerken zijn aan te merken als opstallen?	275
7.3.3.1. Oppervlaktewaterlichamen	276
7.3.3.2. Bergingsgebieden	276
7.3.3.3. Kunstwerken	277
7.3.3.4. Waterkeringen	277

Inhoudsopgave

7.3.3.5. Een rechtspolitieke keuze	278
7.3.4. Schade en schadeoorzaken	279
7.3.4.1. Water- en klimaatschade door gebrekkige opstallen	279
7.3.4.2. De rechtspolitieke keuze herbezocht	280
7.3.5. De bezitter is aansprakelijk.....of toch liever de beheerder?	281
7.3.5.1. Toepassing van art. 6:174 BW heeft onwenselijke gevolgen in het waterbeheer	281
7.3.5.2. Art. 6:174 BW dient buiten toepassing te blijven	282
7.3.5.3. De beheerder als 'bedrijfsmatige gebruiker'?	283
7.3.6. De invulling van het gebreks criterium	286
7.3.6.1. Het algemene belang van het <i>Wilnis</i> -arrest	286
7.3.6.2. Algemene lessen uit het <i>Wilnis</i> -arrest?	288
7.3.6.3. De (on)kenbaarheid van gebreken en gevaren	290
7.3.7. De beleidsvrijheid komt in het gedrang bij de toepassing van art. 6:174 BW	293
7.3.8. De (gebrekkige) toepasbaarheid van de tenzij-clausule	295
7.4. Conclusies en aanbevelingen	298
7.4.1. Algemene conclusies: een aanzienlijke aansprakelijkheidsdreiging	298
7.4.2. Argumenten tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW	300
7.4.3. Aanbeveling tot aanpassing art. 6:174 BW	302
Hoofdstuk 8 Aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens rechtmatige gedragingen	
8.1. Inleiding	303
8.2. Het égalitébeginsel als algemene grondslag voor nadeelcompensatie	304
8.3. Bijzonderheden bij de toepassing van de nieuwe regeling in het waterbeheer	307
8.4. Het toepassingsbereik van de relevante nadeelcompensatieregelingen	309
8.4.1. Algemeen	309
8.4.2. Formele wetgeving	310
8.4.3. Privaatrechtelijke rechtshandelingen	311
8.4.4. Nalaten	312
8.4.5. Tussenconclusies	315
8.5. De speciale last	315
8.5.1. Algemeen over de speciale last	315
8.5.2. De speciale last in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	318
8.6. Het normaal maatschappelijk risico	319
8.6.1. Algemeen over het normaal maatschappelijk risico	319
8.6.1.1. De abstracte en concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico	320
8.6.1.2. Voorzienbaarheid 'in abstracto' en 'in concreto'	321
8.6.1.3. Het normaal maatschappelijk risico uitgedrukt in kortingspercentages	322
8.6.2. Adaptatie als normale maatschappelijke ontwikkeling?	323
8.6.2.1. De <i>abstracte</i> voorzienbaarheid van adaptatiemaatregelen	324
8.6.2.2. De <i>concrete</i> voorzienbaarheid van adaptatiemaatregelen	325

8.6.2.3. Het principe van ‘aan onzekerheid evenredige matiging van voorzienbaarheid’	325
8.6.3. Enkele nuanceringen in het licht van verschillende typen adaptatiemaatregelen	327
8.6.3.1. Het belang van onderscheid	327
8.6.3.2. Maatregelen in het kader van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast	327
8.6.3.3. Maatregelen in het kader van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten en het voorkomen van waterschaarste	329
8.6.4. Tussenconclusies	330
8.7. De risicoaanvaarding	331
8.7.1. Algemeen over het leerstuk van de risicoaanvaarding	331
8.7.1.1. Verschillen tussen het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding als toetsingscriteria	332
8.7.1.2. Actieve en passieve risicoaanvaarding	332
8.7.2. Risicoaanvaarding in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	334
8.7.2.1. Enkele voorbeelden	335
8.7.3. Tussenconclusies	337
8.8. De schadebeperkingsplicht	338
8.8.1. Algemeen over de schadebeperkingsplicht	338
8.8.1.1. De redelijkheid als maatstaf	339
8.8.1.2. De vergoeding van redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade	340
8.8.2. Drie vormen van schadebeperking	341
8.8.3. De schadebeperkingsplicht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	344
8.8.4. Tussenconclusies	344
8.9. De verrekening van voordeel	345
8.9.1. Algemeen over het leerstuk van de voordeelverrekening	345
8.9.2. Voordeelverrekening in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	346
8.9.2.1. De (on)aanvaardbaarheid van de verrekening van individueel merkbaar maatschappelijk voordeel	346
8.9.2.2. Het ‘speciale lust’-criterium	347
8.9.3. Tussenconclusies	348
8.10. Conclusies en aanbevelingen	349
8.10.1. Toepassingsbereik	350
8.10.2. De speciale last	350
8.10.3. Het normaal maatschappelijk risico	351
8.10.4. De risicoaanvaarding	352
8.10.5. De schadebeperkingsplicht	353
8.10.6. De voordeelverrekening	354

Deel III ≈ Preventieve werking

Hoofdstuk 9 Het preventieleerstuk en de adaptatie aan klimaatverandering

9.1. Inleiding	357
9.2. Functies van het aansprakelijkheidsrecht: compensatie en preventie	358
9.2.1. Algemeen	358
9.2.2. De discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht in vogelvlucht	358
9.2.2.1. Compensatie en preventie als zelfstandige functies	359
9.2.2.2. Discussie over de 'hoofd functie' van het aansprakelijkheidsrecht	360
9.2.3. De juridische discussie over de compensatiefunctie	361
9.2.3.1. De traditionele visie op de compensatiefunctie	361
9.2.3.2. Kritiek op de traditionele visie	362
9.2.3.3. Bevestiging van de zelfstandige compensatiefunctie	363
9.2.4. De juridische discussie over de preventiefunctie	365
9.2.4.1. Het 'vroeg' juridische debat over de preventiefunctie	365
9.2.4.2. Het recentere juridische debat over de <i>ex-antehandhaving</i> van rechtsregels	367
9.2.4.3. Aanbevelingen ter verrijking van het preventiedebat	370
9.2.5. De functies van het aansprakelijkheidsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief	373
9.2.6. Tussenconclusies	375
9.3. Het preventieleerstuk nader belicht	376
9.3.1. Algemeen	376
9.3.2. Het preventieleerstuk en de centrale gedragspresumptie	376
9.3.2.1. De centrale gedragspresumptie binnen het preventieleerstuk	376
9.3.2.2. Het preventieleerstuk in de rechtseconomie	377
9.3.3. De toepasbaarheid van het preventieleerstuk in verband met overheidsgedragingen	379
9.3.4. De concrete doelstellingen van verschillende aansprakelijkheidssystemen	380
9.3.4.1. Het systeem van de onrechtmatiggedaadsaansprakelijkheid	381
9.3.4.2. Het systeem van de nadeelcompensatie	382
9.3.4.3. Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid	384
9.3.5. Naar het schetsen van verwachtingen op basis van de gedragspresumptie	385
9.3.5.1. Verwachtingen op basis van de rechtseconomische benadering	386
9.3.5.2. Verwachtingen op basis van de juridische benadering	388
9.3.6. Tussenconclusies	389
9.4. Verwachtingen omtrent de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid op de beslissingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering	390
9.4.1. Algemeen	390
9.4.2. De oriëntatiefase	390
9.4.2.1. Beslissing 1: moeten adaptatiemaatregelen worden getroffen?	391
9.4.2.2. Beslissing 2: welke (soorten) maatregelen moeten worden getroffen?	392
9.4.3. De voorbereidingsfase	394

9.4.4. De uitvoeringsfase	394
9.4.5. Samenvatting	396
9.5. Conclusies	398

Hoofdstuk 10 Praktijkonderzoek

10.1. Inleiding	401
10.2. Verantwoording van selectie en aanpak	401
10.3. Duinversterking ‘zwakke schakel’ Noordwijk	403
10.3.1. Achtergrond en feiten	403
10.3.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid	407
10.3.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht	407
10.3.2.2. Schending van gedragsvoorschriften	408
10.3.2.3. Nadeelcompensatie	408
10.3.3. Samenvatting	410
10.4. Versteving van veenkaden na kadeverschuiwing Wilnis	410
10.4.1. Achtergrond en feiten	410
10.4.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid	414
10.4.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht	414
10.4.2.2. Schending van gedragsvoorschriften	415
10.4.2.3. Nadeelcompensatie	416
10.4.3. Samenvatting	416
10.5. Hemelwateroverlast in het Westland	417
10.5.1. Achtergrond en feiten	417
10.5.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid	421
10.5.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht	421
10.5.2.2. Schending van gedragsvoorschriften	422
10.5.2.3. Nadeelcompensatie	423
10.5.3. Samenvatting	424
10.6. Toetsing van de geschetste verwachtingen aan de praktijkgegevens	424
10.6.1. De oriëntatiefase: de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen	425
10.6.1.1. Verwachtingen	425
10.6.1.2. Praktijk	425
10.6.1.3. Conclusie	426
10.6.2. De oriëntatiefase: de keuze voor concrete maatregelen	426
10.6.2.1. Verwachtingen	426
10.6.2.2. Praktijk	427
10.6.2.3. Conclusie	427
10.6.3. De voorbereidingsfase	428
10.6.3.1. Verwachtingen	428
10.6.3.2. Praktijk	428
10.6.3.3. Conclusie	429
10.6.4. De uitvoeringsfase	430
10.6.4.1. Verwachtingen	430

Inhoudsopgave

10.6.4.2. Praktijk	430
10.6.4.3. Conclusie	430
10.6.5. Nuancering van de gedragspresumptie	431
10.7. Conclusies	432

***Deel IV* ≈ Conclusies**

Hoofdstuk 11 Conclusies

11.1. Inleiding	437
11.2. Overzicht thematisch kader	438
11.3. Adaptatiebeleid	440
11.4. Adaptatieverplichtingen	442
11.4.1. Internationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen	442
11.4.1.1. Het internationale klimaatregime	442
11.4.1.2. Mensenrechten	444
11.4.2. Europeesrechtelijke adaptatieverplichtingen	445
11.4.2.1. Europees constitutioneel recht	445
11.4.2.2. Overstromingsrisicobeheer	446
11.4.2.3. Waterschaarste en droogte	447
11.4.3. Nationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen	449
11.4.3.1. Doelstellingen	450
11.4.3.2. Zorgplichten	450
11.4.3.3. Planstelsel	453
11.5. Aansprakelijkheid	454
11.5.1. Onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid	455
11.5.1.1. Onrechtmatigheid	456
11.5.1.2. Formele rechtskracht	459
11.5.1.3. Causaal verband	460
11.5.1.4. Toerekenbaarheid	461
11.5.1.5. Relativiteit	461
11.5.2. Opstallenaansprakelijkheid	462
11.5.2.1. De beheerder is niet altijd bezitter	463
11.5.2.2. Opstallenaansprakelijkheid en objectief onkenbare risico's	464
11.5.2.3. Opstallenaansprakelijkheid en de integrale beheertaak	465
11.5.2.4. Opstallenaansprakelijkheid buiten toepassing	465
11.5.3. Nadeelcompensatie	466
11.5.3.1. Toepassingsbereik	467
11.5.3.2. Speciale last	467
11.5.3.3. Normaal maatschappelijk risico	468
11.5.3.4. Risicoaanvaarding	469
11.5.3.5. Schadebeperking	469
11.5.3.6. Voordeelverrekening	470
11.6. Preventie	471

11.6.1. Theorie	471
11.6.1.1. Discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht	471
11.6.1.2. Een nieuwe fase in het debat: fundamentele uitgangspunten	472
11.6.1.3. Een nieuwe fase in het debat: de gedragspresumptie en praktijkonderzoek	474
11.6.1.4. Verwachtingen	475
11.6.2. Praktijk	478
11.6.2.1. Oriëntatiefase (beslissing 1)	478
11.6.2.2. Oriëntatiefase (beslissing 2)	479
11.6.2.3. Voorbereidingsfase	480
11.6.2.4. Uitvoeringsfase	481
11.6.2.5. Afsluitend	481
Summary	483
Geraadpleegde literatuur	493
Jurisprudentieregister	531
Curriculum vitae	539

≈ Afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AOSIS	Alliance of Small Island States
ARK	Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	College van burgemeester en wethouders
BAPA	Buenos Aires Plan of Action
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CAW	Commissie van Advies inzake de Waterstaatwetgeving
Chw	Crisis- en herstelwet
COP	Conferentie van de Partijen bij het Klimaatverdrag (Conference of the Parties)
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EUV	EU-Verdrag
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EZ	Ministerie van Economische Zaken
Gst.	de Gemeentestem
HvJEG	Hof van Justitie van de EG
I&M	Ministerie van Infrastructuur en Milieu
INC	International Negotiating Committee
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IPO	Interprovinciaal Overleg
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JM	Jurisprudentie Milieurecht
KNMI	Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut
KRW	Kaderrichtlijn Water
LNV	Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
M&R	Milieu & Recht
MNP	Milieu- en Natuurplanbureau

Afkortingen

MOP	Bijeenkomst van de Partijen bij het Kyoto Protocol (Meeting of the Parties)
NAPA(s)	National Adaptation Plan(s) of Action
NAS	Nationale Adaptatiestrategie
NBW(-Actueel)	Nationaal Bestuursakkoord Water (Actueel)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
O&A	Overheid & Aansprakelijkheid
Pb(EG)	Publicatieblad van de EG
Pb(EU)	Publicatieblad van de EU
PBL	Planbureau voor de Leefomgeving
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
Ror	Richtlijn overstromingsrisicobeheer
RvdW	Rechtspraak van de Week
SBSTA	Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
STOWA	Stichting Toegepast Onderzoek Waterbeheer
TAW	Technische Adviescommissie voor de Waterkeringen
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
UNCED	United Nations Conference on Environment and Development
UNEP	United Nations Environment Programme
UNFCCC	Klimaatverdrag (United Nations Framework Convention on Climate Change)
UvW	Unie van Waterschappen
V&W	Ministerie van Verkeer en Waterstaat
VN/UN	Verenigde Naties/United Nations
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VROM	Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
VWEU	EU-Werkingsverdrag
WCC	World Climate Conference
Wm	Wet milieubeheer
WMO	World Meteorological Organization
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wsw	Waterschapswet
Wwk	Wet op de waterkering

≈ 1 Inleiding

1.1. Inleiding en aanleiding

De klimaatverandering houdt de wetenschappelijke en politieke gemoederen al geruime tijd bezig. Hoewel het op bepaalde punten nog een controversieel thema betreft, is tegenwoordig de overtuiging breed gedragen dat het mondiale klimaat daadwerkelijk verandert en dat de gevolgen daarvan op de korte en de langere termijn wereldwijd merkbaar zullen zijn. Ook lijkt men het erover eens dat de klimaatverandering de komende eeuwen zal doorzetten, ook al wordt de uitstoot van broeikasgassen op korte termijn zeer sterk teruggedrongen. Over het algemeen wordt een wereldwijde gemiddelde temperatuurstijging verwacht, evenals een stijging van de zeespiegel en veranderingen in weer- en neerslagpatronen.¹ Over de concrete, regionale gevolgen van klimaatverandering bestaat echter nog een grote mate van onduidelijkheid en onzekerheid. De risico's die de klimaatverandering met zich draagt, zijn daarom *onzekere klimaatrisico's* te noemen. Het wetenschappelijke en politieke klimaatdebat richt zich in belangrijke mate op de omgang met deze onzekerheid. Binnen dat debat staan grofweg twee benaderingen van het klimaatprobleem centraal: de mitigatiebenadering en de adaptatiebenadering. De eerste betreft het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen, teneinde de antropogene klimaatverandering te beperken. De tweede betreft de aanpassing aan de onvermijdelijke gevolgen van klimaatverandering. In dit proefschrift staat de adaptatiebenadering centraal. Daarmee is niet gezegd dat aan deze benadering het meeste belang toekomt; beide worden tegenwoordig in de literatuur en het beleid beschouwd als noodzakelijke en complementaire reacties op klimaatverandering.

De adaptatiebenadering geniet de laatste twee decennia een groeiende politieke en wetenschappelijke belangstelling. Dat komt mede door de ontwikkeling van het inzicht dat het klimaatprobleem met enkel mitigatiemaatregelen niet valt op te lossen. Gaandeweg heeft de adaptatiebenadering een belangrijke conceptuele verandering doorgemaakt.² Aanvankelijk werd daarin het zelfstandige adaptieve vermogen van maatschappelijke en ecosystemen als uitgangspunt genomen. De onzichtbare hand van de marktwerking en de natuurlijke selectie zou in die visie zorgen voor de noodzakelijke aanpassingen, zodat menselijk ingrijpen niet nodig werd geacht. Deze benadering stuitte op felle kritiek. Aan het eind van de 20^e en het begin van de 21^e eeuw ontstond de overtuiging dat menselijk ingrijpen wel degelijk noodzakelijk zou zijn om de weerstand van kwetsbare systemen tegen de nadelige gevolgen van klimaatverandering te vergroten, teneinde onomkeerbare klimaatschade te voorkomen of te beperken.

¹ Zie voor een uitgebreid overzicht IPCC 2007 en IPCC 2007a.

² Zie Schipper 2004 en Schipper 2006.

Inleiding

Dit leidde tot de ontwikkeling van de huidige adaptatiebenadering, die in de loop der tijd een volwaardige zelfstandige positie verwierf naast de mitigatiebenadering. Zoals gezegd, worden adaptatie en mitigatie tegenwoordig beschouwd als complementair. Hoewel de effecten van adaptatie- en mitigatiemaatregelen op verschillende niveaus merkbaar zijn en tevens naar hun aard verschillen, wordt een (optimale) combinatie van beide soorten maatregelen synergetische krachten toegeschreven. Dit vormt, met weinig woorden, de kern van de zogenoemde ‘realistische benadering’ van het klimaatprobleem.

De verwachtingen omtrent de concrete regionale gevolgen van klimaatverandering en de daarmee samenhangende klimaatrisico's vertonen wereldwijd grote verschillen in aard, ernst en omvang. Ook op het Europese en Nederlandse grondgebied verwacht men uiteenlopende, vaak seizoensgebonden effecten, die zich zullen doen voelen op alle maatschappelijke niveaus en binnen feitelijke alle (beleids)sectoren.³ Het valt daarbij op dat veel klimaatrisico's in hun kern zijn te herleiden tot risico's in de watersector. Zo vormen vooral in het zuidelijke deel van het continent droogte, verdroging en verwoestijning de voornaamste risico's. De gehele Europese kustregio krijgt voorts te maken met de risico's die samengaan met de verwachte zeespiegelstijging. Veranderende weer- en neerslagpatronen zorgen in andere delen van het continent voor toenemende overstromingsrisico's, risico's omtrent wateroverlast en andere veiligheidsrisico's. Ten slotte brengen langdurige perioden van droogte in grote delen van Europa verdrogingsrisico's en andere risico's in verband met waterschaarste met zich. In Nederland wijzen de verwachtingen hoofdzakelijk in de richting van toenemende overstromingsrisico's en risico's omtrent wateroverlast door grotere rivierafvoeren, zeespiegelstijging en heviger neerslag. Daarnaast verwacht men toenemende risico's in verband met waterschaarste door langdurige perioden van droogte. In Nederland bestaat reeds lang ervaring met de omgang met dergelijke ‘waterrisico's’. De onzekerheid in verband met de klimaatverandering geeft aan die risico's echter een extra dimensie. In dat opzicht onderscheiden de hier bedoelde klimaatrisico's zich van de ‘normale’ waterrisico's, hoewel het lastig is een scherp onderscheid te maken. In dit proefschrift staan de onzekere klimaatrisico's in de Nederlandse watersector centraal. Het betreft dus, met andere woorden en kort gezegd, de onzekere klimaatgedreven risico's omtrent overstromingen, wateroverlast en waterschaarste. Met de omgang daarmee bestaat vooralsnog minder ervaring binnen de kaders van het Nederlandse waterbeheer.

Onzekere klimaatrisico's vragen om een (deels) andere benadering, dan risico's in de watersector waaromtrent meer zekerheid of duidelijkheid bestaat. Wanneer bijvoorbeeld een concrete kans op een overstroming bestaat, ligt het spoedig treffen van veiligheidsverhogende maatregelen in de rede. Dat kan niet zonder meer worden gesteld, indien die dreiging onzeker is en bovendien in de toekomst is gelegen. Daarentegen kan ook niet worden gesteld dat met een dergelijk risico geen rekening kan of moet worden gehouden. Onzekere klimaatrisico's vragen om een proactieve

³ Zie bijvoorbeeld IPCC 2007b, p. 541-580; COM(2007) 354; COM(2009) 147; KNMI 2006a; KNMI 2006b; en KNMI 2009. Zie tevens <www.knmi.nl>.

benadering, waarin de mate van onzekerheid een van de factoren is waarmee bij de in het kader daarvan te nemen beslissingen op een zorgvuldige wijze rekening dient te worden gehouden. De genoemde adaptatiebenadering biedt daartoe een geschikt kader. Daarbij moet worden bedacht dat deze benadering geen concrete soorten maatregelen voorschrijft en evenmin bepaalt onder welke omstandigheden het al dan niet geboden is feitelijke maatregelen te treffen. Ook biedt deze benadering op zichzelf geen antwoord op de vraag wie verantwoordelijk is voor het treffen van dergelijke maatregelen of het nemen van beslissingen in dat verband. Deze benadering heeft wat dat betreft geen normatief karakter, maar biedt eerder een algemeen kader voor het maken van zorgvuldige afwegingen omtrent de omgang met onzekere klimaatrisico's. Deze afwegingen kunnen zowel betrekking hebben op de verdeling van verantwoordelijkheden, als op de vraag of en welke maatregelen onder bepaalde omstandigheden dienen te worden getroffen. Het is evident dat bij het maken van dergelijke afwegingen veel discretionaire ruimte bestaat om tot uiteenlopende beslissingen te komen. Dat neemt niet weg dat dergelijke beslissingen tot stand moeten komen binnen de algemene en bijzondere normatieve (juridische) kaders.

In de loop van het eerste decennium van de 21^e eeuw is onder meer op Europees en nationaal niveau adaptatiebeleid tot stand gebracht. Zo valt op Europees niveau te wijzen op het Groenboek en Witboek inzake de adaptatie aan klimaatverandering,⁴ de Europese Waterschaarste- en droogtestrategie,⁵ en de beleidsontwikkelingen in verband met overstromingsrisico's,⁶ en bovenal op de recent verschenen Europese Adaptatiestrategie.⁷ Op nationaal niveau valt te wijzen op het Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat,⁸ de Nationale Adaptatiestrategie,⁹ het advies van de Deltacommissie (commissie Veerman),¹⁰ het Deltaprogramma,¹¹ en verschillende passages in het Nationaal Waterplan.¹² Ook op regionaal niveau zijn in verschillende beleidsdocumenten passages te vinden inzake de adaptatie aan klimaatverandering. Dit beleid is over het algemeen nog verkennend van aard en bevat nog weinig concrete uitvoeringsgerichte beleidsvoornemens, maar weerspiegelt wel duidelijk de (veranderende) politieke benadering van het klimaatprobleem. Hierin lijkt de proactieve benadering van het klimaatprobleem steeds duidelijker gestalte te krijgen. In dit proefschrift wordt uitgebreid stilgestaan bij de ontwikkeling van adaptatiebeleid op de verschillende niveaus. Dat is onder meer van belang om een beeld te krijgen van de houding die op die niveaus wordt aangenomen ten opzichte van onzekere klimaatrisico's. In het beleid worden immers belangrijke beslissingen neergelegd ten aanzien van de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheidslagen onderling en tussen de publieke en de private sector. Het lijkt er wat dat betreft op dat de adaptatie aan

4 Zie COM(2007) 354 respectievelijk COM(2009) 147.

5 Zie COM(2007) 414; COM(2008) 875; COM(2010) 228; COM(2011) 133; en COM(2012) 673.

6 Zie COM(2004) 472 en COM(2006) 15.

7 Zie COM(2013) 216.

8 Zie ARK 2006.

9 Zie NAS 2007.

10 Zie Deltacommissie 2008.

11 Zie Deltaprogramma 2011 en Deltaprogramma 2012.

12 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015.

klimaatverandering vanuit politiek opzicht in belangrijke mate wordt beschouwd als overheidsverantwoordelijkheid. Het is de vraag in hoeverre dat aansluit bij de huidige juridische verdeling van verantwoordelijkheden in het Nederlandse waterbeheer en andere onderdelen van het omgevingsrecht.

De klimaatverandering en de daarmee gepaard gaande onzekerheden geven aanleiding voor een groot aantal juridisch getinte vragen. Het betreft niet in de laatste plaats vragen omtrent de verdeling van juridische verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid. In de juridische literatuur zijn dergelijke vragen reeds op tamelijk grote schaal aan de orde gesteld. Daarbij ligt de nadruk vooralsnog echter sterk op de mitigatie en de vraag wie in welke mate verantwoordelijk is voor de klimaatverandering, en of en in hoeverre op basis daarvan grond kan bestaan voor de vestiging van aansprakelijkheid voor de eventuele nadelige gevolgen daarvan.¹³ Dergelijke vragen in verband met de mitigatie komen in dit proefschrift niet aan de orde. Aan de adaptatiebenadering is in de recente juridische literatuur minder aandacht geschonken.¹⁴ Toch bestaan ook te dien aanzien belangrijke juridische vragen in verband met verantwoordelijkheidsverdeling en aansprakelijkheid. Zo is het vanuit juridisch opzicht nog onduidelijk in hoeverre op basis van het huidige recht verplichtingen in het kader van de adaptatie (ofwel: ‘adaptatieverplichtingen’)¹⁵ rusten op waterbeheerders en andere overheden. Mede daardoor bestaat tevens onduidelijkheid over de vraag in hoeverre waterbeheerders en andere overheden aansprakelijk kunnen zijn voor eventuele klimaatschade als gevolg van enig tekortschieten in dergelijke verplichtingen. Ook over de invloed van de genoemde onzekerheden op de inhoud en strekking van dergelijke verplichtingen en de bijkomende dreiging van aansprakelijkheid bestaat nog de nodige onduidelijkheid. Dergelijke vragen staan centraal in dit proefschrift. De concrete formulering daarvan en toelichting daarop volgt nog, evenals een toelichting op enkele – hierboven reeds gebezigde – centrale begrippen.

1.2. Afbakening en begripsbepalingen

1.2.1. Afbakening en verantwoording

In de bovenstaande inleiding zijn reeds in grove streken de grenzen van dit proefschrift in kaart gebracht. Het betreft een juridisch proefschrift over de verplichtingen van Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ook staat de dreiging van aansprakelijkheid voor de klimaat- en gevolgschade door hun gedragingen in dat kader centraal, alsmede de mate waarin die dreiging een preventieve werking heeft met het oog op hun gedragingen en beslissingen in dat verband. Deze afbakening berust op een aantal tijdens de voorbereiding van het onder-

13 Zie bijvoorbeeld Teesing (red.) 2012 en Faure & Peeters (red.) 2011, en de in beide werken opgenomen literatuurverwijzingen.

14 Zie bijvoorbeeld Keessen & Van Rijswijk 2012; Gilissen & Schueler 2012; en Driessen & Van Rijswijk 2011.

15 In dit proefschrift gebruik ik als synoniemen voor de term ‘adaptatieverplichtingen’ ook de termen ‘verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering’ en ‘juridische verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering’.

zoek genomen beslissingen. In sommige gevallen leidde de ene beslissing logischerwijs tot de volgende; in andere gevallen moesten knopen worden doorgehakt ten aanzien van de inperking van dit proefschrift. Bij het nemen van dergelijke beslissingen gold een belangrijke doelstelling als uitgangspunt: ik wilde binnen het thematisch kader van de adaptatie aan klimaatverandering een drietal inhoudelijk uiteenlopende, maar tevens samenhangende wetenschappelijk en maatschappelijk relevante en uitdagende onderwerpen aan de orde stellen. De afbakening en de in dat verband genomen beslissingen vragen om een nadere verantwoording en toelichting. De toenemende politieke en wetenschappelijke belangstelling voor de adaptatiebenadering en het gebrek aan juridische duidelijkheid op dat terrein vormen de belangrijkste aanleiding voor de toespitsing op die benadering. Het is een noodzakelijke beslissing geweest om de mitigatiebenadering daarbij in belangrijke mate onbesproken te laten. Beide benaderingen verschillen naar hun aard en de bijbehorende soorten maatregelen dermate veel van elkaar, dat een gecombineerde bespreking niet goed is te vatten binnen het bestek van één proefschrift, vooral niet wanneer de nadruk ligt op verplichtingen en aansprakelijkheid. Toch zal blijken dat een bespreking van de algemenere ontwikkelingen in het kader van het (internationale) wetenschappelijke en politieke klimaatdebat niet achterwege kan blijven, teneinde een duidelijk beeld te geven van de ontwikkeling van de adaptatiebenadering.

De keuze voor een focus op de verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer berust op de praktische overweging dat de adaptatie daarbinnen een steeds belangrijker beleidsthema is. Er bestaan belangrijke op dat specifieke terrein toegespitste juridische vragen omtrent de strekking en de verdeling van verantwoordelijkheden. De aandacht hiervoor is in de juridische literatuur echter nog beperkt, zodat er aanleiding bestaat deze aan nader onderzoek te onderwerpen. De bedoelde verantwoordelijkheidsvragen staan dan ook centraal in deel I van dit proefschrift. Adaptatieverplichtingen kunnen overigens voortvloeien uit internationaal, Europees en nationaal recht. Hoewel daarmee de relevantie van dit proefschrift voor het Nederlandse waterbeheer is gegeven, zijn de bedoelde vragen slechts tot op zekere hoogte in algemeenheid te beantwoorden. Voor de beantwoording van dergelijke vragen en het doen van gerichte aanbevelingen is immers inzicht nodig in de karakteristieke kenmerken van het systeem van het Nederlandse waterbeheer en de plaats daarvan binnen het Nederlandse staatsbestel. De beantwoording van dergelijke vragen en het doen van aanbevelingen met het oog op de verantwoordelijkheden binnen de kaders van het waterbeheer in andere (Europese lid)staten vergt een even grondige analyse van de betreffende nationale waterbeheersystemen en tevens een vergelijking daarvan met het Nederlandse. Dat is een uiterst boeiende exercitie, die de kaders van dit proefschrift echter te buiten gaat. De keuze voor de focus op het Nederlandse waterbeheer heeft overigens ook de doorslag gegeven dit proefschrift in het Nederlands te schrijven. De beperking tot het *water*beheer is, ten slotte, ingegeven door het feit dat de meeste klimaatrisico's zijn terug te voeren tot een risico binnen de beleidssector 'water'. De verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering binnen andere beleidssectoren behoren tot het onderwerp van ander, breder

Inleiding

of juist anders georiënteerd onderzoek. Ik volsta hier met de aanbeveling dergelijk onderzoek te intensiveren.

Op de verantwoordelijkheidsvraag volgen logischerwijs aansprakelijkheidsvragen, die centraal staan in deel II van dit proefschrift. Het is een bewuste keuze om in dat verband niet alleen stil te staan bij de dreiging van aansprakelijkheid voor *klimaatshade* wegens het tekortschieten in de genoemde verplichtingen. Ook het nadeel dat voortvloeit uit het verrichten van uiteenlopende soorten handelingen in verband met de adaptatie, dient te worden aangemerkt als schade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Dergelijke *gevolgschade* kan zowel op rechtmatige als op onrechtmatige wijze worden toegebracht en waterbeheerders kunnen daarvoor aansprakelijk zijn. Elk van deze vormen van aansprakelijkheid is van belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en heeft daarom een plaats in dit proefschrift. Ik besteed in het bijzonder aandacht aan de systemen van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid, de opstallenaansprakelijkheid en de rechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Op de recursieve termen ga ik hieronder nog nader in. Waterbeheerders staan dus in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering – en overigens ook bij de uitoefening van hun ‘normale’ taken en bevoegdheden in het waterbeheer – tussen verschillende aansprakelijkheidsvuren. Hoewel over de concrete dreiging van aansprakelijkheid op voorhand weinig in algemeenheid valt te zeggen, is de vraag van belang in hoeverre in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling zal of dient te worden gegeven aan de afzonderlijke vestigingscriteria en andere toetsingsfactoren, die de betreffende aansprakelijkheidssystemen hun kenmerkende karakter geven. Hierbij dient te worden bedacht dat de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag in voorkomende gevallen uiteindelijk in belangrijke mate afhangt van de omstandigheden van het concrete geval.

Een bijzondere en wetenschappelijk relevante vraag in het kader van de dreigende aansprakelijkheid betreft de preventieve werking die daar mogelijkwijs van uitgaat. Op basis van het zogenoemde preventieleerstuk geldt als algemene gedragspresumptie dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers, kort gezegd, stimuleert tot zorgvuldig gedrag resulterend in schadepreventie. Dit leerstuk kan in zijn algemeenheid worden toegepast op alle soorten aansprakelijkheid. Er bestaan op voorhand ook geen directe belemmeringen dit leerstuk toe te passen in situaties waarin een overheidsorgaan de potentiële schadeveroorzaker is. In verband met het preventieleerstuk moet wel worden bedacht dat de daarin ontwikkelde theorie amper wordt ondersteund door empirisch bewijs. Er bestaat dus een algemene behoefte aan de verbreding van de empirische basis onder dat leerstuk. Deze behoefte bestaat ook op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid, waarbij nog dient te worden opgemerkt dat het preventieleerstuk binnen dat vakgebied zeer weinig aandacht krijgt. De kennisvermeerdering op dat terrein geldt daarom als belangrijkste verantwoording voor de keuze om in deel III van dit proefschrift het preventieleerstuk centraal te stellen. Uiteraard beperk ik me daarbij tot de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid op de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan

klimaatverandering. Ook hier is echter de aanbeveling op haar plaats de wetenschappelijke aandacht te dien aanzien in breder verband te intensiveren.

1.2.2. Begripsbepalingen

In dit proefschrift staat een aantal begrippen centraal. Enkele daarvan zijn hierboven reeds aan de orde gekomen. In deze paragraaf ga ik in op de betekenis van enkele begrippen, die de afzonderlijke delen van dit proefschrift met elkaar in verband brengen. Het betreft in de eerste plaats de begrippen ‘adaptatieverplichtingen’, ‘aansprakelijkheid’ en ‘preventieve werking’. Hoewel deze termen in sterke mate voor zich spreken, bestaat in mijn ogen toch behoefte aan enige nadere verduidelijking en inkdereing. Onder ‘adaptatieverplichtingen’ versta ik in dit proefschrift de juridische verantwoordelijkheden die in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering rusten op Nederlandse waterbeheerders. De concrete invulling van dergelijke verplichtingen vindt plaats aan de hand van uiteenlopende bronnen van geschreven en ongeschreven recht. Onder ‘aansprakelijkheid’ versta ik de aansprakelijkheid van waterbeheerders voor de klimaatschade door hun onrechtmatige nalatigheden in het kader van hun adaptatieverplichtingen, dan wel de aansprakelijkheid van waterbeheerders voor de gevolgschade door hun rechtmatige en onrechtmatige gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Onder ‘preventieve werking’ versta ik de inspanningen die waterbeheerders onder invloed van dreigende aansprakelijkheid verrichten om klimaat- dan wel gevolgschade te voorkomen of te beperken. Deze drie termen staan nauw met elkaar in verband. Bij de nadere invulling daarvan komen de begrippen ‘adaptatie aan klimaatverandering’, ‘waterbeheer(der)’, ‘klimaatschade’ en ‘gevolgschade’ herhaaldelijk terug. Hieronder ga ik, ter verduidelijking van de strekking van de drie thematische begrippen, nader in op deze termen.

Er bestaat geen wettelijke of anderszins juridische definitie van het begrip ‘adaptatie aan klimaatverandering’. Dat begrip heeft op zichzelf dan ook geen normatieve lading, maar vormt hoofdzakelijk een instrumenteel kader voor de totstandkoming en uitvoering van regelgeving en beleid op het terrein van de klimaatverandering. Wel is in de (niet-juridische) literatuur en in diverse beleidsdocumenten nadere invulling aan deze term gegeven. De uitleg van het *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) uit 2001 wordt door de meesten aanvaard als gangbare definitie en komt ook terug in latere rapporten van het IPCC en andere organisaties. Ook ik sluit me daarbij aan. Adaptatie betreft het treffen van aanpassingsmaatregelen in ecologische, sociale of economische systemen als reactie op waargenomen of verwachte veranderingen in het klimaat en de gevolgen daarvan, teneinde de nadelige gevolgen daarvan te verzachten of voordeel te behalen uit ontstane mogelijkheden.¹⁶ De verschillende elementen binnen deze definitie laten in hun algemeenheid veel ruimte voor een nadere invul-

16 Vgl. IPCC 2001b, p. 881. In de toonaangevende literatuur wordt over het algemeen aangesloten bij deze omschrijving (zie bijvoorbeeld Adger e.a. 2005, p. 78) of wordt een sterk vergelijkbare definitie gehanteerd (zie bijvoorbeeld Verheyen 2005, p. 34-35). Smit e.a. geven een opsomming van verschillende definities die tot 2000 aan adaptatie zijn gegeven (zie Smit e.a. 2000, p. 227-228).

ling en een toespitsing op concrete omstandigheden of beleidsterreinen.¹⁷ Ik spits me in dit proefschrift, zoals gezegd, toe op de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. Daarbij richt ik me vooral op de verzachting van de nadelige gevolgen van de klimaatverandering, ongeacht of deze reeds zijn waargenomen of worden verwacht. Ik beperk me niet tot het treffen van fysieke maatregelen. Enerzijds omdat ook ‘zachte’ planmatige maatregelen vaak kunnen worden aangemerkt als adaptatiemaatregel. Anderzijds omdat aan dergelijke fysieke maatregelen in de meeste gevallen een proces van plan- en besluitvorming voorafgaat, waarvan de verschillende stappen kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke ‘gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering’. Dat is, zoals in de afzonderlijke delen van dit proefschrift zal blijken, vooral vanuit juridisch oogpunt van groot belang.

Wat betreft de term ‘waterbeheer’, zoek ik aansluiting bij de definitie daarvan in art. 1.1 lid 1 Waterwet. Het betreft de overheidszorg die is gericht op de in art. 2.1 Waterwet genoemde doelstellingen. Ik richt me in dat verband hoofdzakelijk op de in het eerste lid sub a en c genoemde doelstellingen: het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, respectievelijk de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen. De term ‘waterbeheer’ heeft een breder bereik dan de ook in de Waterwet voorkomende term ‘beheer’. Deze laatste term is tevens gericht op de genoemde doelstellingen van de Waterwet, maar beperkt zich wat dat betreft tot de overheidszorg met betrekking tot een of meer afzonderlijke watersystemen of onderdelen daarvan.¹⁸ Het beheer in de zin van de Waterwet – in de literatuur ook wel aangeduid als het watersysteembeheer¹⁹ – is dus een onderdeel van het meer omvattende waterbeheer. Daaronder vallen immers ook de in hoofdstuk 3 van de Waterwet uitgewerkte gemeentelijke watertaken en andere taken en bevoegdheden die op grond van die wet aan overheidsorganen zijn toebedeeld. Dat betekent dat met de term ‘waterbeheerder’ in dit proefschrift niet slechts wordt gedoeld op de organen van de met het watersysteembeheer belaste overheidslichamen.²⁰ Ik versta onder die term met nadruk óók de met watertaken belaste gemeentelijke bestuursorganen, en voorts de met regelgevende, planvormende en toezichthoudende taken en bevoegdheden belaste provinciale bestuursorganen. Zodoende worden alle met taken en bevoegdheden in het kader van het waterbeheer belaste overheidsorganen aangemerkt als waterbeheerder.²¹

Andere centrale termen in dit proefschrift zijn ‘klimaatschade’ en ‘gevolgschade’. Beide soorten schade spelen een rol in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Onder ‘klimaatschade’ versta ik de schade die zich voordoet of dreigt voor te doen in verband met de nadelige gevolgen van klimaatverandering. Het betreft in het bijzonder (dreigende) schade door overstromingen, wateroverlast en waterschaarste.

¹⁷ Zie ook Klein 2002, p. 34-35.

¹⁸ Onder de term ‘watersysteem’ begrijpt men een ‘samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken’.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Havekes & Van Rijswijk 2010; Van Rijswijk 2009; en Groothuijse 2009.

²⁰ Vgl. de definitie van de term ‘beheerder’ in art. 1.1 lid 1 Waterwet: ‘het bevoegde bestuursorgaan van het overheidslichaam dat belast is met beheer’.

²¹ Zie wat dat betreft ook Van Rijswijk 2009.

Klimaatschade is in de zin van dit proefschrift dus een bijzondere vorm van waterschade, namelijk waterschade die in verband kan worden gebracht met bepaalde klimatologische veranderingen. Er bestaat geen aanleiding deze soort schade ook steeds in verband te brengen met eventuele tekortkomingen van waterbeheerders in het kader van de op hen rustende adaptatieverplichtingen.²² Deze verplichtingen zijn immers niet absoluut. De dreiging van klimaatschade draagt bepaalde risico's met zich, die kunnen worden aangeduid als 'klimaatrisico's'. Deze risico's kunnen zijn omgeven met een bepaalde mate van onzekerheid. Het betreft in dat geval dus onzekere klimaatrisico's of een onzekere dreiging van klimaatschade. De mate van onzekerheid neemt over het algemeen toe naarmate een klimaatrisico verder in de toekomst is gelegen. Onder 'gevolgschade' versta ik de schade die zich voordoet als gevolg van de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Dat kunnen uiteenlopende feitelijke handelingen zijn, maar het kan ook verschillende soorten rechtshandelingen betreffen.²³ Dergelijke gedragingen kunnen rechtmatig of onrechtmatig zijn. Gevolgschade kan dus zowel op rechtmatige wijze, als op onrechtmatige wijze worden toegebracht. Anders dan klimaatschade, dient de gevolgschade wel steeds in verband te worden gebracht met een gedraging van een waterbeheerder in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

1.3. Hoofdvraag en deelvragen

1.3.1. De hoofdvraag opgedeeld in drie deelvragen

De hoofdvraag van dit proefschrift is driedelig. Elk geletterd onderdeel (a, b en c) correspondeert met een van de reeds op hoofdlijnen besproken en met Romeinse cijfers aangeduide delen van dit proefschrift (I, II, en III). De hoofdvraag luidt:

In hoeverre rusten op Nederlandse waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering (a), in hoeverre geldt voor hen in dat kader een dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade (b), en welke invloed heeft die dreiging naar verwachting op hun gedragingen in dat verband (c)?

In de volgende paragraaf licht ik de afzonderlijke onderdelen van de hoofdvraag nader toe in de vorm van drie deelvragen. Ook deze deelvragen zijn, zoals zal blijken, op hun beurt weer op te delen in afzonderlijke elementen. Daarop is de hoofdstukindeling van dit boek in belangrijke mate gebaseerd. Deze deelvragen luiden:

1. *In hoeverre rusten op Nederlandse waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en waartoe strekken die verplichtingen? Welke aanbevelingen kunnen voorts worden gedaan tot de verduidelijking daarvan?*

²² Dat verband is slechts relevant in het kader van het aansprakelijkheidsvraagstuk.

²³ In paragraaf 5.2.2 breng ik een categorisering aan in de 'gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering'.

2. *In hoeverre geldt voor Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade? In hoeverre krijgen de afzonderlijke toetsingsfactoren van de te onderscheiden aansprakelijkheidssystemen naar verwachting een bijzondere invulling of toepassing in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering?*
3. *In hoeverre en op welke wijze is de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade naar verwachting van invloed op de beslissingen en gedragingen van Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? In hoeverre vormen die verwachtingen een waarheidsgetrouwe weerspiegeling van de praktijk?*

1.3.2. Korte toelichting op de deelvragen

In hoeverre rusten op Nederlandse waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en waartoe strekken die verplichtingen?

Deze vraag staat centraal in deel I van dit proefschrift. Het belangrijkste doel van deel I is om door middel van een analyse van de relevante rechtsbronnen op verschillende niveaus duidelijkheid te verschaffen over de aard en de strekking van de verplichtingen die op basis van het huidige recht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering rusten op Nederlandse waterbeheerders. De grondslag voor dergelijke adaptatieverplichtingen kan worden gevonden in geschreven en ongeschreven bronnen op verschillende juridische niveaus, in het bijzonder het internationale, het Europese en het nationale. Op elk van deze niveaus is klimaat- en adaptatiebeleid tot stand gebracht en vooralsnog sterk in ontwikkeling. Vooraleer in de afzonderlijke hoofdstukken 2, 3 en 4 te onderzoeken welke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering per niveau gelden, geef ik een beschrijving van de ontwikkelingen binnen het adaptatiebeleid op het betreffende niveau. Hieruit kan immers in algemene zin worden afgeleid in hoeverre de adaptatie aan klimaatverandering op dat niveau wordt beschouwd als verantwoordelijkheid van de overheid en aan de hand van welke strategieën en instrumenten men van plan is de feitelijke adaptatie op het betreffende niveau vorm te geven of te stimuleren. Na de bespreking van de beleidsontwikkelingen volgt een analyse van de relevante bepalingen en ongeschreven bronnen waarop verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen worden gebaseerd. Daarbij is het vooral van belang in hoeverre dergelijke bronnen dwingen tot de anticipatie op onzekere klimaatrisico's.

In hoeverre geldt voor Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade?

Deze vraag staat centraal in deel II van dit proefschrift. Het belangrijkste doel van deel II is om door middel van een analyse van drie aansprakelijkheidssystemen duidelijkheid te verschaffen over de dreiging van aansprakelijkheid in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het betreft in het bijzonder het systeem van de

onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid, dat van de opstallenaansprakelijkheid, en dat van de rechtmatigedaadsaansprakelijkheid. De vraag is in hoeverre deze systemen en de daarbinnen geldende vestigingscriteria en andere toetsingsfactoren in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling of toepassing krijgen. De mogelijke onzekerheid omtrent de concrete gevolgen van klimaatverandering speelt daarbij een belangrijke rol. In hoeverre is deze onzekerheid bijvoorbeeld van invloed op de invulling van het onrechtmatigheids criterium of het normaal maatschappelijk risico? Om dergelijke vragen te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk eerst inzicht te geven in de algemene strekking van de verschillende aansprakelijkheidssystemen en de daarbinnen geldende vestigingscriteria en andere toetsingsfactoren. De afzonderlijke hoofdstukken in deel II van dit proefschrift staan in nauw verband met hetgeen in deel I is opgemerkt over de strekking van de verantwoordelijkheden van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Wanneer waterbeheerders hun verantwoordelijkheden niet naar behoren uitoefenen, ontstaat immers een dreiging van aansprakelijkheid. Maar ook wanneer waterbeheerders wel handelen in lijn met hun verplichtingen, kunnen zij aansprakelijk zijn voor de gevolgen van hun gedragingen.

In hoeverre en op welke wijze is de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade naar verwachting van invloed op de beslissingen en gedragingen van Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? Deze vraag staat centraal in deel III van dit proefschrift. Het belangrijkste doel van deel III is het leveren van een bijdrage aan de kennis op het terrein van het preventie-leerstuk, enerzijds door een inhoudelijke analyse van dit leerstuk en een toespitsing daarvan op het thema van dit proefschrift, en anderzijds door een toetsing daarvan in het kader van een aantal praktijkgevallen. Aan het preventieleerstuk ligt, zoals gezegd, de gedragspresumptie ten grondslag dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers stimuleert tot zorgvuldigheid bij hun afwegingen in verband met schadeveroorzakende gedragingen. Het is de vraag welke verwachtingen op basis daarvan kunnen worden uitgesproken omtrent de gedragingen van waterbeheerders met het oog op de verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Daarbij dient te worden bedacht dat de verschillende soorten aansprakelijkheidsdreiging de gedragingen van waterbeheerders in verschillende fasen van het adaptatieproces op uiteenlopende wijze kunnen beïnvloeden. Er bestaat bij de toespitsing van het preventieleerstuk op het thema van dit proefschrift dus betrekkelijk veel ruimte voor nadere nuancering. Daarnaast is de vraag van belang in hoeverre het preventieleerstuk in de praktijk daadwerkelijk opgaat. In hoeverre laten waterbeheerders hun gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in de praktijk beïnvloeden door de in deel II besproken meervoudige dreiging van aansprakelijkheid? Deze vraag is even belangrijk, als lastig in algemeenheid te beantwoorden. Ik onderzoek voor drie casus of en in welke mate dreigende aansprakelijkheid in die praktijkgevallen van invloed is geweest op de gedragingen van waterbeheerders.

1.4. Methode van onderzoek

Aan dit proefschrift ligt vanuit methodologisch oogpunt hoofdzakelijk traditioneel juridisch onderzoek ten grondslag. Dat betekent dat het in belangrijke mate het resultaat is van de analyse van relevante literatuur, wet- en regelgeving, jurisprudentie en beleidsdocumenten. Voorafgaand aan het eigenlijke onderzoek is op basis van enkele voorstudies in grote lijnen de structuur van het proefschrift in kaart gebracht, en zijn de centrale vraag en de deelvragen geformuleerd. Voorts is volgens het ontwikkelde onderzoekskader te werk gegaan en zijn de drie inhoudelijke delen van dit proefschrift tot stand gebracht. Gaandeweg de totstandkoming daarvan zijn deze verenigd en zijn dwarsverbanden gelegd. Aan deel I en II van dit proefschrift ligt geen empirisch onderzoek ten grondslag; er is volstaan met de analyse van de genoemde bronnen en de verslaglegging daarvan. Bij de totstandkoming van deel III is daarnaast ook praktijkonderzoek uitgevoerd. De verslaglegging hiervan in hoofdstuk 10 dient vooral ter illustratie en tevens ter toetsing van de in hoofdstuk 9 geschetste verwachtingen. Voor de uitvoering van het praktijkonderzoek is inspiratie opgedaan uit de door Yin ontwikkelde methode voor 'single case studies'.²⁴ Voorts zijn hoofdzakelijk relevante beleidsdocumenten geanalyseerd en zijn gesprekken gevoerd met betrokkenen. Van de analyse en de gesprekken zijn verslagen opgemaakt, die hebben gediend als basis voor de uiteindelijke verslaglegging in hoofdstuk 10. Bij het praktijkonderzoek is tevens gebruikgemaakt van (advies)onderzoek dat het Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid heeft uitgevoerd in opdracht van publieke partijen. Het onderzoek als geheel past binnen de kaders van het nationale onderzoeksprogramma *Kennis voor Klimaat*, en tevens binnen de nieuwe onderzoeksstructuur van het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht. Als zodanig past het binnen de kaders van de onderzoeksprogramma's van de 'parel' *Water en Duurzaamheid* en het zwaartepunt *Verantwoordelijkheid en Aansprakelijkheid*. Een deel van het onderzoek is gefinancierd vanuit het onderzoeksprogramma *Next Generation Infrastructures* (NGI).²⁵

1.5. Relevantie van het onderzoek

Dit proefschrift is zowel wetenschappelijk, als maatschappelijk relevant. Het draagt bij aan de ontwikkeling en vermeerdering van juridische kennis op het actuele en relevante, maar relatief jonge onderzoeks- en beleidsterrein van de adaptatie aan klimaatverandering. Op dat terrein bestaat nog op een groot aantal punten gebrek aan wetenschappelijke en praktische kennis en ervaring. Hierboven bracht ik dergelijke lacunes reeds met grove streken in beeld. Zo is vooralsnog onduidelijk in hoeverre en welke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op basis van het huidige recht rusten op waterbeheerders. Ook is onduidelijk hoe de verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering precies zijn of

²⁴ Zie Yin 2009.

²⁵ Voor meer informatie over dit onderzoeksprogramma zij verwezen naar de website: <<http://www.next-generationinfrastructures.eu/>>.

moeten worden verdeeld tussen publieke actoren onderling, en tussen de overheid en particulieren. Een algemener punt van onduidelijkheid betreft de wijze waarop kan en moet worden omgegaan met onzekerheden omtrent de gevolgen van klimaatverandering op de langere termijn. Dit zijn voorbeelden van onduidelijkheden die in de praktijk tot vragen en problemen kunnen leiden, maar die evenzeer van wetenschappelijk belang zijn. In de recente literatuur komen dergelijke vragen echter nog niet uitgebreid aan de orde. Dit proefschrift draagt bij aan de opvulling van kennislacunes ten aanzien van de (verdeling van) juridische verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Daarbij wordt deels voortgebouwd op bestaande kennis, maar zullen ook nieuwe inzichten het daglicht zien. Het nut daarvan is niet slechts wetenschappelijk van aard. Ook in de praktijk van het Nederlandse waterbeheer kunnen deze kennis en inzichten vanzelfsprekend waardevol zijn. Ten slotte kunnen ook particuliere partijen er baat bij hebben te weten wat zij van waterbeheerders kunnen verwachten, waarop zij hen eventueel kunnen aanspreken, en waarvoor zij zelf verantwoordelijk zijn. Een en ander draagt bij aan de adequate adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer.

Het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid heeft een uiterst brede algemene basis in de juridische literatuur. Daaraan valt weinig algemeen toe te voegen met een thematisch ingekaderd proefschrift als dit. Dat is dan ook niet het doel. Toch bestaan ook op dat terrein de nodige punten van onduidelijkheid in verband met de adaptatie aan klimaatverandering, waaraan tot op heden in de literatuur nog geen of nauwelijks aandacht is geschonken. Die onduidelijkheden hangen nauw samen met de bovengenoemde onduidelijkheden inzake adaptatieverplichtingen en de verdeling van verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Voorts is nog onduidelijk hoe in het aansprakelijkheidsrecht moet worden omgaan met de onzekerheid waarmee de gevolgen van klimaatverandering kunnen zijn omgeven, en op welke wijze die onzekerheid van invloed is of kan zijn op de invulling en toepassing van de voor de afzonderlijke systemen kenmerkende vestigingscriteria en andere toetsingsfactoren. De grootste wetenschappelijke uitdaging van dit proefschrift te dien aanzien betreft het wegnemen van dergelijke onduidelijkheden en het leggen van een verband tussen de thema's 'adaptatieverplichtingen' en 'aansprakelijkheid'. Daarin rust tevens een maatschappelijk belang. Voor waterbeheerders ontstaat op basis daarvan de mogelijkheid na te gaan met welke soorten aansprakelijkheid zij in welke mate en in welke fase van het adaptatieproces te maken kunnen krijgen. Zij kunnen daarmee rekening houden bij de totstandkoming en tenuitvoerlegging van hun adaptatiebeleid en de (uitvoeringsgerichte) beslissingen die zij in dat verband nemen. Ook particuliere partijen kunnen hierbij voordeel hebben. Zij kunnen op basis van de onderzoeksgegevens omtrent verplichtingen en aansprakelijkheid een inschatting maken van hun kansen in juridische procedures. Het is van algemeen belang een realistisch beeld te schetsen van de rol, evenals van de kansen en de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

In deel III van dit proefschrift staat het preventieleerstuk centraal. Het betreft een gevestigd leerstuk met een brede theoretisch-wetenschappelijke basis in de juridische en rechtseconomische literatuur. Aan deze theorie valt in conceptueel opzicht weinig

toe te voegen. Wel valt nog veel te leren over de toepassing en de toepasbaarheid daarvan op terreinen van het recht waar deze theorie nog goeddeels onbekend is, althans weinig toepassing vindt. Zo heeft deze theorie nooit een prominente rol gespeeld in het Nederlandse bestuurs- en omgevingsrecht. Ook is de aandacht voor deze theorie in het overheidsaansprakelijkheidsrecht lange tijd beperkt geweest. Momenteel geniet die theorie binnen dat rechtsgebied groeiende aandacht, maar deze lijkt zich vooralsnog te beperken tot de wereld van het financiële toezicht. Aan deze theorie is voorts, voor zover ik kan nagaan, nooit aandacht geschonken binnen het leerstuk van de nadeelcompensatie. Als algemene tekortkoming geldt dat deze theorie vooral steunt op een brede theoretische basis, terwijl een empirische ondersteuning in dat verband op grote schaal ontbreekt. Dit proefschrift brengt deze theorie onder de aandacht op het terrein van het Nederlandse omgevingsrecht. Dat leidt tot deels nieuwe inzichten in de rol die het overheidsaansprakelijkheidsrecht in brede zin op dat terrein kan spelen. In dat opzicht is dit proefschrift vanuit wetenschappelijk oogpunt vernieuwend en opent het deuren voor nader onderzoek naar de mogelijke invloed van dreigende aansprakelijkheid op de gedragingen van overheidsorganen, waterbeheerders in het bijzonder. In die hoedanigheid vormt dit proefschrift tevens een basis voor de empirische onderbouwing of juist voor de nadere nuancering van het preventieleerstuk, hetgeen ook van algemeen rechtswetenschappelijk belang is.

1.6. Opbouw van het proefschrift en leeswijzer

1.6.1. Opbouw

Dit proefschrift bevat, naast een inleiding, drie inhoudelijke delen, in elk waarvan een geletterd onderdeel van de hierboven gepresenteerde hoofdvraag aan de orde komt. Ik ben hierboven reeds op verschillende punten ingegaan op de strekking van de afzonderlijke delen. Daaraan besteed ik in deze paragraaf dan ook geen aandacht. Deel I gaat, kort gezegd, over verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Deel II handelt over de dreiging van aansprakelijkheid die zich in dat verband kan voordoen. In deel III komt het preventieleerstuk aan de orde. Daarop volgt een afsluitend deel met conclusies en aanbevelingen (deel IV).

Deel I van dit proefschrift bestaat uit drie hoofdstukken. In hoofdstuk 2 geef ik een overzicht van de ontwikkeling van het adaptatieleerstuk binnen de kaders van het internationale wetenschappelijke en politieke klimaatdebat. Ik ga voorts in op de verplichtingen die uit het internationale recht voortvloeien met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering. Ik beperk me wat dat betreft tot het internationale klimaatregime en enkele bepalingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In hoofdstuk 3 bespreek ik de ontwikkelingen binnen het Europese adaptatiebeleid. Daarop volgt een bespreking van de verplichtingen die in verband met de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien uit het Europese recht. Ik beperk me in dat hoofdstuk tot de adaptatieverplichtingen op het terrein van de waterveiligheid en de zoetwatervoorziening. In hoofdstuk 4 bespreek ik de ontwikkelingen binnen het

Nederlandse adaptatiebeleid. Ik vervolg met een analyse van de verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op basis van het Nederlandse recht. Ook hier beperk ik me tot de adaptatieverplichtingen in het kader van de bescherming tegen overstromingen, wateroverlast en waterschaarste. Ik doe in dat hoofdstuk aanbevelingen tot de wettelijke integratie van een adaptatiebenadering in het hart van het Nederlandse waterbeheer.

Deel II van dit proefschrift bestaat uit vier hoofdstukken. Hoofdstuk 5 is algemeen van aard. Ik bespreek daarin de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in aansprakelijkheidszaken. Daarnaast maak ik een algemeen onderscheid tussen soorten overheidsgedragingen waarmee men in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering te maken kan krijgen. Ook ga ik in dat verband nader in op het onderscheid tussen klimaat- en gevolgschade. In hoofdstuk 6 staat het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid centraal. Ik bespreek de afzonderlijke toetsingscriteria die dit systeem rijk is en vraag me daarbij af in hoeverre deze naar verwachting een bijzondere invulling krijgen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik besteed ook aandacht aan de rol van het beginsel van de formele rechtskracht. In hoofdstuk 7 staat het systeem van de opstellenaansprakelijkheid centraal. Ook hier bespreek ik de afzonderlijke toetsingscriteria. Mijn betoog strekt er echter toe dat dit aansprakelijkheidssysteem zich niet goed leent voor toepassing in het Nederlandse waterbeheer en dus buiten toepassing dient te blijven. In hoofdstuk 8 staat het systeem van de nadeelcompensatie centraal. Ook hier bespreek ik in hoeverre de afzonderlijke toetsingscriteria in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling krijgen.

Deel III van dit proefschrift bestaat uit twee hoofdstukken. In hoofdstuk 9 komt de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde. In dat verband bespreek ik de ontwikkeling van het preventieeleerstuk in de juridische (en rechtseconomische) literatuur. Voorts schets ik verwachtingen over de wijze waarop dreigende aansprakelijkheid op basis van het preventieeleerstuk van invloed is op de gedragingen van waterbeheerders op verschillende beslismomenten tijdens het adaptatieproces. In hoofdstuk 10 bespreek ik drie praktijkgevallen. Deze bieden illustratiemateriaal over de wijze waarop en de mate waarin de gedragingen van waterbeheerders in die gevallen zijn beïnvloed door dreigende aansprakelijkheid. Aan het eind van dat hoofdstuk plaats ik de uitkomsten van het praktijkonderzoek in het licht van de eerder geschetste verwachtingen. Op basis van dit praktijkonderzoek worden voorzichtige conclusies getrokken over de vraag in hoeverre de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering worden beïnvloed door verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid.

Zoals gezegd, is in deel IV van dit proefschrift (hoofdstuk 11) ruimte voor conclusies.

1.6.2. Leeswijzer

Met het oog op de overzichtelijkheid en het leesgemak is dit proefschrift niet alleen opgedeeld in drie thematische delen, maar zijn de afzonderlijke hoofdstukken daarvan tevens opgesteld volgens een vaste en herkenbare structuur. Deze is uiterst eenvoudig en biedt de lezer, naast een integrale lezing, per hoofdstuk de mogelijkheid om in kort tijdbestek inzicht te krijgen in de hoofdlijnen daarvan, zonder essentiële informatie te missen. Elk hoofdstuk begint met een inleidende paragraaf, waarin de in dat hoofdstuk centrale vraag uiteen wordt gezet en waarin inzicht wordt gegeven in de structuur van het hoofdstuk op paragraafniveau. Aan het eind van elk hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen gebundeld in een concluderende paragraaf. Voor een vluchtig overzicht van de materie volstaat voor zeer gehaaste lezers in beginsel de lezing van deze inleidende en afsluitende paragrafen. Voor een nadere, maar niet integrale bestudering is ook op paragraafniveau voorzien in een vergelijkbare structuur. Elke paragraaf begint – waar dat de overzichtelijkheid bevordert – eveneens met een inleidende subparagraaf, en sluit af met een concluderende of resumerende subparagraaf. Deze subparagrafen bevatten vanzelfsprekend gedetailleerdere informatie over de te bespreken of zojuist besproken materie, dan de eerder genoemde inleidende en concluderende paragrafen. Bovendien wordt in deze subparagrafen waar nodig ingegaan op de onderlinge verbanden tussen (en vooruit- en teruggeblikt op) de afzonderlijke onderdelen van een hoofdstuk. De lezing van deze inleidende en afsluitende subparagrafen geeft een tamelijk gedetailleerd overzicht van de materie binnen de kaders van een hoofdstuk, overigens zonder verwijzingen naar relevante bronnen. De geïnteresseerde, maar desalniettemin gehaaste lezer kan in beginsel volstaan met de lezing van de bedoelde subparagrafen. Wie de materie volledig wil doorgronden, is aangewezen op de integrale lezing van (delen van) dit proefschrift. Een selectieve lezer weet raad met de inhoudsopgave.

Deel I

Adaptieverplichtingen

In deel I van dit proefschrift staat de vraag centraal in hoeverre voor waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien uit achtereenvolgens het internationale (hoofdstuk 2), het Europese (hoofdstuk 3), en het nationale (water)recht (hoofdstuk 4). Ik spits me toe op de vraag welke verplichtingen het betreft en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan om deze te verduidelijken. Dergelijke verplichtingen kunnen niet goed worden begrepen zonder in te gaan op de diverse ontwikkelingen in het wetenschappelijke en politieke debat en het beleid omtrent de adaptatie aan klimaatverandering op de verschillende niveaus. Daarom begin ik elk genoemde hoofdstuk met een bespreking van die ontwikkelingen, tegen de achtergrond waarvan de nadere bespreking en analyse van de adaptatieverplichtingen dient te worden begrepen.

≈ 2 Internationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre uit het internationale recht verplichtingen voortvloeien met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering en welke dat zijn. Daarbij valt in de eerste plaats en hoofdzakelijk te denken aan de verplichtingen op basis van het internationale klimaatregime, te weten het Klimaatverdrag, het Kyoto Protocol en de besluiten van de Conferentie van de Partijen. Daarnaast kunnen ook adaptatieverplichtingen voortvloeien uit andere milieuverdragen en mensenrechtenbepalingen. De verplichtingen uit andere milieuverdragen blijven in dit proefschrift buiten beschouwing. Wat betreft de mensenrechten beperk ik me tot de positieve verplichtingen die kunnen voortvloeien uit het recht op leven (art. 2 EVRM), het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM), en het recht op bescherming van eigendom (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP)).¹ Vooraleer over te gaan tot de inhoudelijke bespreking van de genoemde relevante internationaalrechtelijke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, is het van belang in te gaan op de ontwikkeling van de adaptatiebenadering binnen de kaders van het internationale wetenschappelijke en politieke klimaatdebat. Deze benadering heeft daarin immers haar wortels en is in die hoedanigheid van belang voor de wijze waarop wereldwijd op uiteenlopende bestuurlijke en maatschappelijke niveaus wordt aangekeken tegen het klimaatprobleem en de wijze waarop men zich daartegen kan wapenen. De internationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen dienen te worden beschouwd tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen. De bedoelde ontwikkelingen komen aan de orde in paragraaf 2.2. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 2.3 in hoeverre en welke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien uit het internationale klimaatregime. In paragraaf 2.4 staan de verplichtingen centraal die kunnen worden afgeleid uit de genoemde mensenrechtenbepalingen. Ik sluit dit hoofdstuk af met de nodige conclusies in paragraaf 2.5.

¹ Ik besteed wel aandacht aan de mogelijke rol van mensenrechten in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, omdat de relatie tussen klimaatverandering en mensenrechten een belangrijk thema is in het huidige (internationale) politieke en wetenschappelijke debat.

2.2. De ontwikkeling van het adaptatieleerstuk in het internationale klimaatdebat

2.2.1. Algemeen

In deze paragraaf staan de ontwikkelingen omtrent de adaptatie aan klimaatverandering in het internationale klimaatdebat centraal. Om deze ontwikkelingen en de achtergrond daarvan te begrijpen, is het van belang eerst een beeld te schetsen van de algemenere ontwikkelingen in het klimaatdebat. In dat debat bestond aanvankelijk vooral wetenschappelijke aandacht voor het adaptatieleerstuk. Het concept 'adaptatie' is dus hoofdzakelijk binnen de kaders van dat debat tot stand gekomen en heeft gaandeweg een belangrijke conceptuele verandering doorgemaakt.² De huidige benadering heeft zich vooral ontwikkeld tijdens de latere fasen van het klimaatdebat – aanvankelijk op een wetenschappelijk zijspoor, maar later ook in het politieke debat. Men kan voorzichtig stellen dat de aandacht voor het adaptatieleerstuk is gegroeid naarmate het lastiger bleek politieke consensus te bereiken omtrent de concrete verplichtingen inzake de mitigatie van het klimaatprobleem. Momenteel heeft het concept adaptatie, naast de mitigatie, expliciet de status van onmisbaar en complementair element in de adequate reactie op klimaatverandering, in het bijzonder in de watersector.³ Zoals gezegd, schets ik in paragraaf 2.2.2 een beeld van de algemenere ontwikkelingen in het internationale debat. Tegen de achtergrond daarvan bespreek ik in paragraaf 2.2.3 de ontwikkelingen inzake de adaptatie als internationaal beleidsthema. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 2.2.4.

2.2.2. Algemene ontwikkelingen in het internationale klimaatdebat

2.2.2.1. Het internationale klimaatdebat in vogelvlucht

Bodansky maakt ten aanzien van de ontwikkelingen binnen het internationale klimaatdebat een onderverdeling in vijf kenmerkende perioden. In de eerste periode werd voornamelijk wetenschappelijke kennis opgedaan over (de relatie tussen) klimaatverandering en de opwarming van de aarde. De tweede periode van ongeveer 1985 tot 1988 kenmerkte zich doordat klimaatverandering van een hoofdzakelijk wetenschappelijk thema steeds meer een politiek aandachtspunt werd. Deze periode wordt beschouwd als politieke agenderingsperiode voor latere onderhandelingen. Tijdens de derde periode van ongeveer 1988 tot 1990 kwam de politieke betrokkenheid bij het klimaatdebat tot volle wasdom. Tijdens deze periode werd klimaatverandering een politiek discussiepunt en werden strategische posities ingenomen als voorbereiding op de volgende periode, de onderhandelingsperiode. Tijdens deze vierde periode vonden onderhandelingen plaats, die uiteindelijk hebben geleid tot het sluiten van het Klimaatverdrag. Tijdens de laatste door Bodansky onderscheiden periode werd aan-

² Zie bijvoorbeeld Schipper 2006. Zie ook paragraaf 2.2.3.2 en 2.2.3.3.

³ Zo is bijvoorbeeld op het vijfde Wereldwaterforum van 18 tot 21 maart 2009 in Istanbul gediscussieerd over hoe de beleidsthema's adaptatie en water – náást de aanpak van de oorzaken van klimaatverandering – een plaats kunnen krijgen binnen het internationale klimaatdebat. Zie <www.worldwatercouncil.org>.

dacht besteed aan de uitwerking en implementatie van het Klimaatverdrag, en werden initiatieven genomen tot het nauwkeuriger uitwerken van verdragsverplichtingen in protocollen, zoals het Kyoto Protocol.⁴ Na 2001 zijn globaal nog twee perioden te onderscheiden. Het betreft ten eerste de periode tot inwerkingtreding van het Kyoto Protocol (1997-2005). Deze periode kenmerkt zich door een hoge mate van politieke twist en feitelijke stilstand in het politieke klimaatdebat. Daarop volgt een periode die aanvangt met de inwerkingtreding van het Kyoto Protocol (2005-heden). Tijdens deze periode lijken de ontwikkelingen in het politieke internationale klimaatbeleid zich weer enigszins te hervatten. Toch moet worden gesteld dat de klimaatverandering ook nu nog een politiek zwaar beladen thema is, hetgeen geregeld een frustrerende werking heeft op de ontwikkelingen die zich binnen dat kader voordoen. In de bespreking hieronder volg ik in grote lijnen het door Bodansky gemaakte (en door mij aangevulde) onderscheid in kenmerkende perioden.

2.2.2.2. Klimaatverandering op de politieke agenda

Reeds aan het eind van de 19^e eeuw werd – onder meer door de Zweedse scheikundige Svante A. Arrhenius in samenwerking met de geoloog Thomas C. Chamberlin – onderzoek gedaan naar de relatie tussen uitstoot van koolstofdioxide door de verbranding van fossiele brandstoffen en de opwarming van de aarde. Aanvankelijk beschreef Arrhenius in 1896 het ‘natuurlijke broeikaseffect’.⁵ Hij stelde, kort gezegd, dat de gemiddelde temperatuur met ongeveer 5 °C zou stijgen, indien de concentratie koolstofdioxide in de atmosfeer zou worden verdubbeld.⁶ Het onderzoek naar de invloed van menselijke activiteiten op temperatuurstijging werd later door beiden voortgezet.⁷ Tot het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw hebben de klimaatverandering en de opwarming van de aarde vooral de wetenschappelijke gemoederen beziggehouden. Daarvóór ging er nog weinig politieke aandacht naar uit, onder meer omdat de kennis over de te verwachten gevolgen van klimaatverandering nog te beperkt was om enigszins concreet beleid te vormen. Ondanks de voortschrijdende wetenschappelijk inzichten en de ontwikkeling van methoden om de toekomstige gevolgen van klimaatverandering te kunnen voorspellen, bestaan tot op heden nog tamelijk veel onzekerheden over de concrete gevolgen van klimaatverandering. Wel is de politieke belangstelling voor het klimaat sinds de vroege jaren tachtig van de 20^e eeuw sterk toegenomen, mede onder invloed van wetenschappelijke resultaten en groeiende consensus. De omgang met onzekere klimaatrisico’s heeft in de wetenschap en de politiek een centrale positie verworven.

De politieke aandacht voor het klimaatprobleem heeft dus zijn wortels in het vroege wetenschappelijke klimaatdebat. Zo worden verschillende wetenschappelijke conferenties geacht te hebben bijgedragen aan de toenemende politieke belangstel-

4 Zie Bodansky 2001, p. 23-24.

5 Het ‘natuurlijke broeikaseffect’ was toen al bekend. Het werd voor het eerste beschreven door Jean-Baptiste Joseph Fourier in 1824.

6 Zie Arrhenius 1896.

7 Zie Fleming 1998, m.n. hoofdstuk 6 en 7.

ling. In de eerste plaats kan worden gewezen op de eerste *World Climate Conference* in februari 1979 te Genève, en voorts op de door de *World Meteorological Organization* (WMO), *United Nations Environment Programme* (UNEP) en *International Council for Science* (ICSU) gesponsorde conferenties van 1985 en 1987 in Villach (Oostenrijk) en de conferentie van 1987 in Bellagio (Italië).⁸ De groeiende politieke betrokkenheid kwam echter het duidelijkst tot uitdrukking door de grootschalige aanwezigheid van regeringsleiders en andere overheidsvertegenwoordigers op de door Canada gesponsorde *Conference on the Changing Atmosphere*, gehouden in 1988 te Toronto. Hoewel niet primair bedoeld als intergouvernementele bijeenkomst, wordt deze conferentie door velen beschouwd als de definitieve overbrugging van de kloof tussen de wetenschap en de (politieke) praktijk.⁹ In Toronto werd in tamelijk duidelijke bewoordingen onder meer verklaard dat de emissie van koolstofdioxide in 2005 met twintig procent zou moeten zijn teruggedrongen. Ook werd verklaard dat op korte termijn een (raam)verdrag ter bescherming van de atmosfeer zou worden opgesteld en dat op korte termijn het *World Atmosphere Fund* zou worden opgericht. Voorts werd gewezen op de primaire verantwoordelijkheid van geïndustrialiseerde landen om op te treden tegen klimaatverandering en om ontwikkelingslanden daarin (financieel) te steunen.¹⁰ De politieke aandacht concentreerde zich vanaf dat moment nog hoofdzakelijk op de mitigatie van het klimaatprobleem. De adaptatie werd vooralsnog beschouwd als een fatalistische benadering.¹¹

2.2.2.3. De oprichting van het IPCC

Naarmate de internationale politieke aandacht voor klimaatverandering groeide en de discussie een steeds intergouvernementeler karakter kreeg, bleek het steeds moeilijker om overeenstemming te bereiken. Ook ontstond er tijdens (politieke) conferenties steeds meer terughoudendheid om afspraken te maken en verklaringen vast te stellen. Door grote tegenstellingen in belangen liepen onderhandelingen steeds vaker vast of leidden tot ambigue, uiterst onduidelijke afspraken. Extra complicierend daarbij was dat niet alleen de traditionele tegenstellingen tussen 'Noord' (geïndustrialiseerde landen) en 'Zuid' (ontwikkelingslanden) een rol speelden, maar dat ook tussen geïndustrialiseerde landen en tussen ontwikkelingslanden onderling grote tegenstellingen in wensen en belangen bleken te bestaan.¹² Deze tegenstellingen hebben lange tijd hun stempel gedrukt op het klimaatdebat en het verloop van de ontwikkelingen daarin. Hiermee moet terdege rekening worden gehouden bij de toepassing en interpretatie van relevante documenten, zoals het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol. Ook de

⁸ Zie voor een inhoudelijk overzicht Jäger 1992.

⁹ Zie bijvoorbeeld Jäger 1992, p. v en Bodansky 1993, p. 462.

¹⁰ Zie de Toronto Conference Statement, p. 296, 297, 298 resp. 295.

¹¹ Zie uitgebreider paragraaf 2.2.3.1.

¹² Zie Hunter, Salzman & Zaelke 2002, p. 612-614. Binnen de G-77 (het overlegkader voor ontwikkelingslanden) bleken vooral grote tegenstellingen te bestaan tussen kleine eilandstaten, olieproducerende landen en landen in het Amazonegebied. Binnen de westerse wereld ontstonden fundamentele meningsverschillen tussen de EU en de VS.

ontwikkelingen omtrent het adaptatieleerstuk moeten tegen deze achtergrond worden begrepen.

Kort voor de conferentie in Toronto hebben het UNEP en de WMO, op verzoek van enkele nationale overheden, het *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) opgericht, hoofdzakelijk om de internationale wetenschappelijke en politieke benadering van het klimaatprobleem kracht bij te zetten en te sturen. De belangrijkste doelstellingen van deze oprichting waren het vergroten van de kennis betreffende de mondiale effecten van klimaatverandering, en het onderzoeken van mogelijke en realistische strategieën voor regionale, nationale en mondiale reacties op klimaatverandering.¹³ Het IPCC hield voor het eerst zitting op 11 september 1988 in Genève.¹⁴ Tot op heden zijn er vier IPCC-rapporten verschenen.¹⁵ Een vijfde rapport wordt verwacht in de loop van 2014. De rapporten bouwen in grote lijnen op elkaar voort, geven een steeds nauwkeuriger beeld van de te verwachten effecten van klimaatverandering, en schetsen de mogelijk te nemen maatregelen. Opvallend is dat vooral de laatste twee rapporten concluderen dat klimaatverandering niet geheel te voorkomen is door het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen: naast mitigatie wordt ook adaptatie noodzakelijk geacht. Nationale overheden kennen over het algemeen een grote waarde toe aan de rapporten van het IPCC, hoewel die rapporten welbeschouwd weinig juridische betekenis hebben. Het zijn bijvoorbeeld geen besluiten, waartegen rechtsbescherming (op welk niveau dan ook) openstaat.¹⁶ Vooral op het laatste rapport is in 2009 en 2010 forse kritiek geuit, omdat zou zijn gerommeld met onderzoeksgegevens. In de media werd zelfs gesproken van een ‘*climategate*’.¹⁷

2.2.2.4. De totstandkoming van het Klimaatverdrag

Eind 1988 werd klimaatverandering door de Algemene Vergadering van de VN bestempeld als ‘gemeenschappelijke zorg voor de mensheid’.¹⁸ Voorts werd tijdens de tweede *World Climate Conference* (WCC) in 1990 te Genève de behoefte aan een internationale overeenkomst benadrukt. Mede als reactie daarop werd in december 1990 bij resolutie van de Algemene Vergadering besloten dat een *Intergovernmental Negotiating Committee* (INC) zou aanvangen met de voorbereiding van een raamverdrag inzake klimaatverandering.¹⁹ Ondertussen was tijdens twee conferenties in Den Haag (maart 1989) en Noordwijk (november 1989) de complexiteit van het klimaatprobleem en de verhoudingen tussen staten binnen het klimaatdebat duidelijk gewor-

13 Zie Fitzgerald 1990, p. 233-234.

14 Het IPCC is onderverdeeld in drie werkgroepen. Werkgroep I is belast met het vergaren en uitwerken van wetenschappelijke informatie over klimaatverandering. Werkgroep II richt zich op de milieukundige en socio-economische effecten van klimaatverandering. Werkgroep III formuleert mogelijke strategieën als reactie op klimaatverandering. De Werkgroepen schrijven afzonderlijke *Assessment Reports*, waarvan de belangrijkste bevindingen worden gebundeld in een *Synthesis Report*.

15 Respectievelijk in 1990, 1995, 2001 en 2007.

16 Zie Verheyen 2005, p. 19.

17 Zie voor een overzicht van het debat in de media Nerlich 2010.

18 Resolutie 43/53 van 6 december 1988. Dat werd benadrukt in Resolutie 44/207 van 22 december 1989.

19 Resolutie 45/212 van 21 december 1990.

den. Hoewel de conferentie in Noordwijk een intergouvernementele bijeenkomst was – en de uitkomsten daarvan dus afhankelijk waren van de opstelling van staten in het onderhandelingsproces – was deze conferentie tamelijk succesvol te noemen. Zo werd de algemene doelstelling vastgelegd dat de broeikasgasuitstoot moest worden teruggedrongen en dat de ‘putten’ die broeikasgassen uit de atmosfeer verwijderden en (tijdelijk) opslaan, moesten worden uitgebreid. Hiermee werd beoogd de concentratie broeikasgassen terug te brengen tot een met de natuurlijke capaciteit van de aarde verdraagzaam niveau, zodat ecosystemen de mogelijkheid zouden hebben zich binnen een toereikend tijdsbestek op natuurlijke wijze aan te passen aan klimaatverandering.²⁰ Tijdens de tweede WCC werden de in Noordwijk uitgesproken doelstellingen bekrachtigd.²¹ Ook tastten de betrokken staten tijdens deze conferentie de standpunten af, die zij tijdens de toekomstige onderhandelingen over de inhoud van het Klimaatverdrag zouden innemen. Daarom wordt deze conferentie ook wel bestempeld als de ‘generale repetitie’ voor de INC.²²

In een periode van vijftien maanden (februari 1991 – mei 1992) belegde de INC vijf zittingen om overeenstemming²³ te bereiken over het precieze doel en de inhoud van het Klimaatverdrag.²⁴ De tekst van het verdrag moest gereed zijn vóór de *United Nations Conference on Environment and Development* die stond gepland in juni 1992. De periode van ondertekening van het verdrag zou tevens aanvangen tijdens die conferentie.²⁵ Er stond dus nogal wat druk op de INC en de onderhandelende partijen. De onderhandelingen verliepen uiterst stroef, mede omdat de economische belangen meer en meer op de voorgrond traden, vaak ten koste van milieubelangen. Op 9 mei 1992 – dus op tijd – werd in New York het VN Raamverdrag inzake klimaatverandering vastgesteld.²⁶ Hoewel het Klimaatverdrag nagenoeg alle standpunten van de onderhandelende partijen – en daarmee ook de grote meningsverschillen over de op te nemen afspraken – weerspiegelt, was het voor géén van die partijen een bevredigende uitkomst van het onderhandelingsproces.²⁷ Een belangrijk hoogtepunt voor verdere ontwikkelingen in het klimaatdebat en voor de toepassing van het verdrag was de instelling van een Conferentie van de Partijen (*Conference of the Parties*; COP).²⁸ De COP is het hoogste orgaan onder het Klimaatverdrag en is onder meer belast met de regelmatige toetsing van de correcte toepassing van het verdrag en de daarbij geldende akten (protocollen). De COP is tevens bevoegd besluiten te nemen ter bevordering van

20 Deze ‘langetermijndoelstelling’ komt in sterke mate overeen met de uiteindelijke doelstelling, zoals verwoord in art. 2 Klimaatverdrag.

21 Het was aanvankelijk de bedoeling deze doelstellingen tijdens de tweede WCC nader te concretiseren. Daarvan is weinig terechtgekomen, zodat feitelijk kan worden gesproken van een herhaling van zetten.

22 Zie Bodansky 1993, p. 469.

23 Er zou worden onderhandeld totdat consensus was bereikt, mede om de mondiale betrokkenheid te garanderen.

24 Zittingen vonden achtereenvolgens plaats in: Chantilly (februari 1991), Genève (juni 1991), Nairobi (september 1991), Genève (december 1991) en New York (februari en mei 1992). Voor een beschrijving van de (resultaten van de) afzonderlijke zittingen: Bodansky 1993, p. 474-491.

25 Zie Resolutie 45/212, punt 7.

26 Zie Trb. 1992, 189.

27 Zie Sands 2003, p. 359.

28 Zie art. 7 Klimaatverdrag.

de toepassing van het verdrag. Bovenal is de COP een belangrijk jaarlijks bijeenkomend orgaan voor het bespreken van actuele internationale klimaataangelegenheden en voor het agenderen van toekomstige acties tegen klimaatverandering.²⁹

Van 3 tot 14 juni 1992 vond in Rio de Janeiro de *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED) plaats. Als sluitstuk van deze conferentie werd de *Rio Declaration on Environment and Development* (de Verklaring van Rio) getekend.³⁰ Deze verklaring bevat een groot aantal algemene beginselen, en geldt – ondanks de zwakke juridische binding die ervan uitgaat³¹ – tegenwoordig als betekenisvol universeel document waarin algemene rechten en verplichtingen voor staten ten aanzien van het milieu zijn vastgelegd.³² Enkele van de in de Verklaring van Rio opgenomen beginselen zijn ook opgenomen in het Klimaatverdrag³³ dat, zoals gezegd, tijdens de Conferentie van Rio ter ondertekening is neergelegd. Het Klimaatverdrag is door een groot aantal landen en landengroepen, waaronder Nederland, de Europese Gemeenschap (thans de EU) en de Verenigde Staten, ondertekend. Op 21 maart 1994 is het in werking getreden.

2.2.2.5. De totstandkoming van het Kyoto Protocol

Na de inwerkingtreding van het Klimaatverdrag stonden de verdere ontwikkelingen hoofdzakelijk in het kader van de (voorbereiding van) onderhandelingen met betrekking tot de nadere uitwerking van de verdragsbepalingen in een of meer protocollen. Hierbij lag de nadruk expliciet op de primaire doelstelling van het Klimaatverdrag, te weten het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen tot een aanvaardbaar niveau (mitigatie). Tijdens de eerste Conferentie van de Partijen (COP-1) in 1995 te Berlijn werd het zogenoemde Mandaat van Berlijn (besluit 1/CP.1) vastgesteld.³⁴ In Berlijn werd bepaald dat de uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen³⁵ niet concreet en adequaat genoeg waren om aan de doelstellingen van het verdrag te voldoen. Daarom werd in het Mandaat onder meer bepaald dat ontwikkelde landen ‘gekwantificeerde beperkingen en reductiedoelstellingen’ voor de periode ná 2000 moesten vaststellen. Hiertoe zouden vooral de verplichtingen voor ontwikkelde landen op grond van art. 4 lid 2 Klimaatverdrag moeten worden aangescherpt in een protocol.³⁶

Er werden afspraken gemaakt om de onderhandelingen over het aanscherpen van de genoemde verplichtingen te beginnen. Deze onderhandelingen duurden twee jaar en verliepen moeizaam, vooral omdat er grote tegenstellingen bestonden

29 De COP is tot op heden achttien keer bijeengekomen. Het succes van de afzonderlijke bijeenkomsten wisselt sterk. Hieronder komen enkele hoogte- en dieptepunten aan de orde.

30 Deze verklaring bevestigt en bouwt voort op de Verklaring van Stockholm van 16 juni 1972.

31 Zie Birnie & Boyle 2002, p. 82.

32 De in de Verklaring van Rio opgenomen beginselen worden nader uitgewerkt in ‘Agenda 21’, die is te raadplegen op <<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>>.

33 Zie art. 3 Klimaatverdrag.

34 Zie FCCC/CP/1995/7/Add.1.

35 Ontwikkelde landen moesten onder meer hun broeikasgasuitstoot in het jaar 2000 hebben teruggebracht tot het emissieniveau van 1990.

36 Hoe deze aangescherpte verplichtingen zouden komen te luiden, werd in Berlijn niet vastgesteld. Wel zijn enkele uiteenlopende modellen voorgesteld. Zie Arts & Rüdiger 1995.

tussen Europa en de VS. Een belangrijk omslagpunt in de onderhandelingen vond plaats tijdens de tweede Conferentie van de Partijen (COP-2) in 1996 te Genève.³⁷ In een Ministeriële Verklaring³⁸ werd onder meer het Mandaat van Berlijn bekrachtigd en werden de bevindingen uit het tweede *Assessment Report* van het IPCC onderschreven.³⁹ Tevens werd bepaald dat besluiten voortaan niet meer op basis van consensus hoefden te worden genomen. Vooral dit laatste heeft de voortgang van de onderhandelingen en de besluitvorming een sterke impuls gegeven.⁴⁰ Tijdens de derde Conferentie van de Partijen (COP-3) te Kyoto werd op 11 december 1997 uiteindelijk het Kyoto Protocol gesloten (besluit 1/CP.3).⁴¹

In het Kyoto Protocol zijn onder meer concrete verplichtingen⁴² vastgelegd voor geïndustrialiseerde landen om uiterlijk in 2012 de gemiddelde emissie van broeikasgassen te hebben verminderd met ten minste vijf procent.⁴³ Daarnaast voorziet het protocol in verschillende juridische mechanismen om op een flexibele wijze aan die verplichtingen te kunnen voldoen. Het betreft achtereenvolgens de mogelijkheid van gezamenlijke implementatie (*joint implementation*), het *Clean Development Mechanism* en de mogelijkheid van emissiehandel.⁴⁴ In het protocol is bepaald dat de Bijeenkomst van de Partijen bij het Kyoto Protocol (*Meeting of the Parties*; MOP) tegelijkertijd⁴⁵ zou plaatsvinden als de Conferentie van de Partijen bij het Klimaatverdrag (COP).⁴⁶

Al snel na het sluiten van het Kyoto Protocol werd duidelijk dat internationaal nog veel onenigheid bestond over de uitleg en implicaties van de bepalingen uit het protocol. In eerste instantie werd verwacht dat deze meningsverschillen tijdens de vierde Conferentie van de Partijen (COP-4) in 1998 te Buenos Aires zouden kunnen worden opgelost. Dat bleek echter op korte termijn niet mogelijk, zodat tijdens COP-4 een actieplan (het *Buenos Aires Plan of Action*; BAPA) werd opgesteld om binnen twee jaar de onenigheden te hebben weggewerkt en om tijdens COP-6 in 2000 te Den Haag tot een bevredigend resultaat te komen (besluit 1/CP.4).⁴⁷ Het actieplan omvatte een omvangrijke lijst van tijdens COP-5 en COP-6 te bespreken agendapunten.

37 Zie Newell & Paterson 1996.

38 Zie FCCC/CP/1996/15/Add.1.

39 Zie IPCC 1996 te raadplegen op <<http://www.ipcc.ch/ipccreports/assessments-reports.htm>>. In dit rapport werd onder meer benadrukt dat klimaatverandering niet alleen een aandachtspunt voor de lange termijn was, maar dat het klimaat reeds veranderde, zodat ook het vaststellen van doelstellingen en programma's voor de korte termijn noodzakelijk was.

40 Zie Bodansky 2001, p. 35-36.

41 Zie FCCC/CP/1997/7/Add.1. Zie ook de besluiten 2/CP.3 en 3/CP.3.

42 Het gaat ten opzichte van het Klimaatverdrag niet om bijkomende verplichtingen, maar om concretisering van verplichtingen uit dat verdrag.

43 Zie art. 3 Kyoto Protocol.

44 Zie art. 6, 12 resp. 17 Kyoto Protocol. Uitgebreider over deze verplichtingen en de mechanismen in het Kyoto Protocol: Cozijnsen & Addink 1998, p. 153-154; Yamin 1998; en Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 363-368.

45 Omdat niet alle staten die partij zijn bij het Klimaatverdrag tevens partij zijn bij het Kyoto Protocol kunnen de COP en MOP niet worden geïntegreerd.

46 Zie art. 13 Kyoto Protocol. Vanaf het moment van inwerkingtreding van het protocol zullen de COP en de MOP dus gezamenlijk plaatsvinden. Dit was voor het eerst in 2005 (COP-11 en COP/MOP-1) in Montreal, Canada.

47 Zie FCCC/CP/1998/16/Add.1.

Zoals verwacht, werden tijdens COP-5 in 1999 te Bonn te dien aanzien weinig concrete resultaten geboekt.⁴⁸ De onderhandelingen liepen tijdens COP-6 zelfs helemaal vast door hoog oplopende politieke twisten over onder meer de mogelijkheid om de opname van koolstofdioxide door bossen en landbouwgronden in de VS te betrekken in de berekening van de uiteindelijke Amerikaanse reductieverplichtingen.⁴⁹ Verder bestond er verschil van mening over de consequenties die zouden worden verbonden aan het niet voldoen aan de reductiedoelstelling. De conferentie werd zonder noemenswaardig resultaat geschorst. Al snel daarna verklaarden de VS niet meer deel te nemen aan de onderhandelingen betreffende het Kyoto Protocol. Europa en een groot aantal andere landen verklaarden de onderhandelingen hoe dan ook voort te zetten. De conferentie werd hervat in Bonn (COP-6 bis), waar de VS zich aan hun woord hielden door bij 'Kyoto-onderhandelingen' slechts een waarnemersfunctie te bekleden. Onverwachts werd er over de meeste onderhandelingspunten overeenstemming bereikt. De resterende punten van geschil kwamen op de agenda van de volgende Conferentie van de Partijen (COP-7) in 2001 te Marrakesh. Uiteindelijk zijn tijdens deze conferentie de onderhandelingen over de uitleg en toepassing van het Kyoto Protocol afgerond, en zijn relatief duidelijke regels over het behalen van de doelstellingen van het protocol vastgelegd in de zogenoemde Akkoorden van Marrakesh (besluit 2/CP.7 tot en met 24/CP.7).⁵⁰ Daarmee is het Kyoto Protocol opengesteld voor ondertekening.

Mede door de strenge vereisten voor inwerkingtreding en de weigering van de VS om het protocol alsnog te ondertekenen, heeft het lang geduurd eer het Kyoto Protocol daadwerkelijk in werking kon treden.⁵¹ Na de Russische ratificatie op 16 februari 2005 trad het protocol – dat zijn charme ontleent aan zijn robuuste verplichtingen en het kenmerkende handhavingsmechanisme⁵² – uiteindelijk in werking. Parallel aan de elfde Conferentie van de Partijen (COP-11) in 2005 te Montreal vond de eerste Bijeenkomst van de Partijen bij het Kyoto Protocol plaats (COP/MOP-1). Hiermee ontstond 'eindelijk weer wat hoop' in het klimaatdebat.⁵³

48 Zie Tangen 1999. Het succes van het tijdens COP-4 overeengekomene werd op voorhand sterk bekritiseerd.

49 Op grond van berekeningen door de VS zou hierdoor aan een kwart tot de helft van de Amerikaanse reductieverplichtingen worden voldaan, zodat de VS hun uitstoot nog nauwelijks zouden hoeven terug te dringen.

50 Zie FCCC/CP/2001/13/Add.1 en FCCC/CP/2001/13/Add.2. Voor adaptatie is vooral besluit 5/CP.7 van belang.

51 Zie art. 25 Kyoto Protocol. Dit artikel bepaalt dat het protocol pas in werking treedt wanneer ten minste 55 landen die tevens partij zijn bij het Klimaatverdrag, waaronder in Bijlage I opgenomen Partijen van wie de totale kooldioxide-emissies ten minste 55 procent van de totale kooldioxide-emissies in 1990 van de in Bijlage I opgenomen Partijen bedroegen, hun akten van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding hebben neergelegd.

52 Zie art. 18 Kyoto Protocol. Het protocol bevat zelf geen handhavingsmechanisme. Dat mechanisme is overeengekomen in de Verklaringen van Marrakesh. Het handhavingsmechanisme onder het Kyoto Protocol is een van de meest uitgewerkte en vernieuwende mechanismen binnen het internationale milieurecht. Zie Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 368-370.

53 Zie Schipper & Boyd 2006.

2.2.2.6. Recente ontwikkelingen (2005-heden)

In de periode voor, maar vooral ook na de inwerkingtreding van het Kyoto Protocol is er ten aanzien van klimaatverandering en de wereldwijde emissie van broeikasgassen veel veranderd. Op wetenschappelijk niveau is de kennis over klimaatverandering, de menselijke invloed daarop en de uiteindelijke gevolgen daarvan, in hoog tempo toegenomen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het vierde *Assessment Report* van het IPCC.⁵⁴ Hieruit volgt onder meer dat verdergaande mondiale regelgeving noodzakelijk is. Kyoto-verplichtingen lijken niet meer toereikend, aangezien ontwikkelingen in emissieniveaus (vooral in zich sterk ontwikkelende landen zoals India en China) sneller gaan dan verwacht. Aangezien de Kyoto-verplichtingen slechts strekken tot 2012 zijn relatief kort na de inwerkingtreding daarvan reeds onderhandelingen gestart over de (inhoud van) een opvolger van het Kyoto Protocol. De twaalfde, dertiende en veertiende Conferenties van de Partijen (COP-12, COP-13 en COP-14) stonden in belangrijke mate in het teken van de voorbereiding daartoe. Een belangrijke stap in dat proces was de vaststelling van de zogenoemde *Bali Roadmap*⁵⁵ tijdens COP-13 in 2007 op Bali – na wat wel de langste, maar desalniettemin succesvolle⁵⁶ diplomatieke veldslag in het internationale klimaatdebat wordt genoemd.⁵⁷ Deze *Roadmap* bevat een groot aantal besluiten, waaronder het *Bali Action Plan* (besluit 1/CP.13).⁵⁸ Daarin worden nieuwe internationale onderhandelingen over de aanpak van het klimaatprobleem na 2012 voorgesteld en is tevens een *Ad-hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action under the Convention* (AWG Long-Term) opgericht. Deze werkgroep ondersteunt en faciliteert de genoemde onderhandelingen.

Het uiteindelijke doel was om tijdens de vijftiende Conferentie van de Partijen (COP-15), die in december 2009 plaatsvond in Kopenhagen, nieuwe, verdergaande internationale overeenkomsten inzake klimaatverandering te sluiten.⁵⁹ Daarbij zouden niet alleen nieuwe afspraken worden gemaakt over mitigatie, maar nadrukkelijk ook over adaptatie, ontbossing, financiering van (adaptatie)maatregelen, en kennisontwikkeling en -overdracht.⁶⁰ In plaats van een bindende overeenkomst werd in Kopenhagen echter een politiek akkoord gesloten, hetgeen door velen werd beschouwd als een teleurstelling.⁶¹ Ook tijdens de zestiende Conferentie van de Partijen (COP-16) in 2010 te Cancún kon men het niet eens worden over de inhoud van nieuwe bindende over-

54 Zie IPCC 2007; IPCC 2007a; IPCC 2007b; en IPCC 2007c.

55 Te raadplegen op <http://unfccc.int/meetings/cop_13/items/4049.php>.

56 Zie Spence e.a. 2008. Hoewel de verwachtingen van het publiek misschien te hooggespannen waren, zijn op Bali belangrijke afspraken gemaakt voor toekomstige onderhandelingen, en is een duidelijke *deadline* vastgesteld voor de beëindiging daarvan. Het feit dat de afspraken niet erg gedetailleerd zijn, wordt eerder beschouwd als kracht, dan als zwakte, omdat zij een hoge mate van flexibiliteit bieden. Een belangrijk succespunt van praktisch belang is dat de VS, na langdurige en zware druk van de andere partijen, verklaarden bereid te zijn de onderhandelingen over nieuwe klimaatovereenkomsten te hervatten.

57 Zie Ott, Sterk & Watanabe 2008, p. 91.

58 Zie FCCC/CP/2007/6/Add.1.

59 Zie Depledge 2008.

60 Zie Christoff 2008, p. 470-471.

61 Zie uitgebreid over de conferentie in Kopenhagen Bodansky 2010.

eenkomsten, hoewel nieuwe onderhandelingen niet werden uitgesloten.⁶² Wel werd in Cancún een basis gelegd voor de oprichting van het zogenoemde *Green Climate Fund* en werd bij besluit 1/CP.16 het *Cancún Adaptation Framework* opgericht, evenals het *Adaptation Committee*.⁶³

Meer succes ten aanzien van de totstandkoming van nieuwe bindende klimaatovereenkomsten werd behaald tijdens de zeventiende Conferentie van de Partijen (COP-17) in 2011 te Durban. Tijdens deze conferentie werd weliswaar geen nieuwe overeenkomst gesloten, maar werd wel besloten daarin uiterlijk in 2015 te voorzien (besluit 1/CP.17).⁶⁴ Dit werd beschouwd als een grote doorbraak. In Durban werden tevens verdergaande afspraken gemaakt over de financiering van adaptatiemaatregelen in ontwikkelingslanden vanuit het *Green Climate Fund*. Tijdens de achttiende Conferentie van de Partijen (COP-18) in 2012 te Doha werd de werkingsduur van het Kyoto Protocol verlengd tot 2020, zij het in een enigszins afgezwakte vorm. Deze ontwikkeling staat bekend als de *Doha Climate Gateway*.

2.2.3. De ontwikkelingen inzake adaptatie binnen het internationale klimaatdebat

In deze paragraaf staat de ontwikkeling van het adaptatieleerstuk tegen de achtergrond van het reeds beschreven internationale klimaatdebat centraal. Het concept adaptatie heeft zich op internationaal niveau ontwikkeld van een passieve benadering van het klimaatprobleem, waaraan weinig wetenschappelijke en politieke aandacht werd geschonken, tot een actieve benadering met een brede wetenschappelijke en politieke achterban. Op het huidige wetenschappelijke en internationaal-politieke niveau bestaat momenteel consensus dat adaptatie een wereldwijd noodzakelijke reactie is op het klimaatprobleem. Daarbij verdient het opmerking dat de uiteindelijke gevolgen van klimaatverandering regionaal sterk uiteen kunnen lopen en voorsnog in grote mate zijn gehuld in een sluier van onzekerheid. Mede daarom is het lastig om op internationaal niveau gebiedsgericht adaptatiebeleid tot stand te brengen. De totstandkoming van concreet probleemgestuurd, sectoraal en gebiedsgericht adaptatiebeleid is daarom hoofdzakelijk een regionale aangelegenheid, waarin een samenspel van alle betrokken publieke en private actoren op verschillende bestuurlijke en maatschappelijke niveaus en sectoren noodzakelijk is.⁶⁵ De ontwikkelingen op het internationale niveau zijn mede daardoor sterk conceptueel van aard.⁶⁶ Daarnaast gaat op dat niveau, zoals hierboven reeds bleek, hoofdzakelijk aandacht uit naar de (financiële) ondersteuning van de feitelijke adaptatie in ontwikkelingslanden.

62 Zie uitgebreid Oberthür 2011.

63 Zie FCCC/CP/2010/7/Add.1. Zie tevens <http://unfccc.int/adaptation/cancun_adaptation_framework/items/5852.php>.

64 Zie FCCC/CP/2011/9/Add.1.

65 Zie wat dat betreft de bespreking van de ontwikkelingen in het adaptatiebeleid op Europees en nationaal niveau in paragraaf 3.3 respectievelijk 4.2.

66 Zie bijvoorbeeld Schipper 2004 en Schipper 2006.

2.2.3.1. De vroege adaptatiebenadering en de kritiek daarop

Tijdens de jaren zeventig en tachtig van de 20^e eeuw werd de vraag of klimaatverandering zich voordoet en of dat zorgwekkend is in de wetenschappelijke literatuur bevestigend beantwoord. Als vervolg daarop is de vraag gerezen of en op welke wijze op het klimaatprobleem zou kunnen of moeten worden gereageerd. Al gauw leken zich bij de beantwoording van die vraag twee ‘kampen’ te vormen. Het ene kamp stelde dat de door menselijk handelen toenemende concentratie van broeikasgassen in de atmosfeer een grote bedreiging vormde voor mens en natuur, zodat directe actie (voornamelijk gericht op het terugdringen van de uitstoot van deze gassen) noodzakelijk werd geacht om verdere antropogene klimaatverandering te voorkomen. Daarmee hing dit kamp het mitigatieleerstuk aan. Binnen het andere kamp heerste de mening dat geen specifieke actie nodig was, omdat de klimaatverandering zich dermate geleidelijk voordoet, dat de onzichtbare hand van de natuurlijke selectie en de marktwerking ervoor zou zorgen dat ecosystemen en maatschappijen zich als vanzelf zouden aanpassen aan veranderende en andere klimatologische omstandigheden. Het eerstgenoemde kamp stond bekend als het kamp van de ‘limitationisten’, het andere als dat van de ‘adaptationisten’.⁶⁷ Mitigatie is een reactie die zich hoofdzakelijk richt op het actief treffen van maatregelen met betrekking tot de bron van antropogene klimaatverandering: de emissie van broeikasgassen. Binnen die benadering werd een actieve opstelling van de betrokken partijen noodzakelijk geacht, en mede daarom ook de totstandkoming van eenduidig (internationaal) beleid. Op basis van de vroege adaptatiebenadering werd een actieve opstelling van de betrokken partijen niet noodzakelijk geacht, zodat te dien aanzien ook geen beleid tot stand hoefde te worden gebracht.⁶⁸

De adaptatie heeft in de vroegste stadia van het klimaatdebat dan ook relatief weinig politieke, noch wetenschappelijke aandacht gekregen. Wel heeft de capaciteit van ecosystemen om zich op natuurlijke wijze aan te passen lange tijd gediend als maatstaf om na te gaan hoeveel (en welke) mitigatiemaatregelen zouden moeten worden getroffen. Daarbij stond de vraag centraal welke mate van klimaatverandering ecosystemen en maatschappelijke systemen zouden kunnen verdragen, voordat zich daarbinnen onomkeerbare negatieve effecten zouden voordoen. Het onderzoek richtte zich dus hoofdzakelijk op de kwetsbaarheid van dergelijke systemen voor veranderingen in het klimaat. Het gedeelte antropogene klimaatverandering dat deze absolute bovengrens overschreed, zou moeten worden gemitigeerd. Het adaptief vermogen van maatschappelijke en ecosystemen werd, met andere woorden, hoofdzakelijk beschouwd als ‘rekenfactor’ ter bepaling van de noodzakelijke intensiteit van mitigatiemaatregelen.⁶⁹ Afgezien daarvan werd de vroege adaptatiebenadering vanuit verschillende invalshoeken sterk bekritiseerd. Ook daarin zijn redenen gelegen waarom

⁶⁷ Zie Kates 1997, p. 31-32.

⁶⁸ Zie Schipper 2004, p. 49 en Schipper 2006, p. 88.

⁶⁹ Zie Meadows e.a. 1972. Tijdens de onderhandelingen voorafgaand aan het Klimaatverdrag is deze visie meerdere malen onderschreven, onder meer tijdens de conferentie in Villach (1987), tijdens de conferentie in Noordwijk (1989) en tijdens de tweede *World Climate Conference* in 1990.

de ontwikkeling van het adaptatieleerstuk vroeg in het wetenschappelijke klimaatdebat sterk is achtergebleven bij die van de mitigatiebenadering.

De kritische houding kwam tot uiting in vijf argumenten. In de eerste plaats werd het aanhangen van de adaptatieleer als tegendraads beschouwd, in een tijd waarin de overtuiging heerste dat klimaatverandering met het terugdringen van de emissies van broeikasgassen binnen de perken zou kunnen worden gehouden. Aanhangers van de adaptatieleer werd verweten ten onrechte een passieve, slappe houding aan te nemen. Hen werd tevens verweten dat zij op voorhand twijfelden aan de effectiviteit van mitigatie, zonder daartegen overtuigende argumenten in stelling te kunnen brengen. Daarmee zouden zij (moedwillig) vertraging toebrengen aan de ontwikkeling en toepassing van het mitigatieconcept. Ten tweede werd gevreesd dat de aanvaarding van het adaptatieleerstuk het onderhandelingsproces sterk zou bemoeilijken en dus vertragen, een en ander ten koste van een voortvarende mitigatie van het klimaatprobleem. De adaptatiebenadering werd ten derde beschouwd als een fatalistische benadering van het klimaatprobleem en een passieve bevestiging van de menselijke invloed op het klimaat. Deze benadering kwam, met andere woorden, voort uit luiheid en arrogantie. Ten vierde werd betoogd dat de tijd nog niet rijp was voor adaptatie, aangezien over de concrete (regionale) gevolgen van klimaatverandering nog te weinig bekend was. Dat argument ging niet op voor de mitigatiebenadering, omdat regionale mitigatie tot mondiaal nut zou strekken. Ten slotte ontstond tijdens de onderhandelingen over financiële steun aan ontwikkelingslanden voor het treffen van adaptatiemaatregelen in het kader van het Klimaatverdrag de vrees dat daarmee de verantwoordelijkheid voor het veroorzaken van klimaatverandering door ontwikkelde landen impliciet zou worden erkend.⁷⁰

Deze argumenten hebben een belemmering gevormd voor de ontwikkeling van de adaptatiebenadering binnen de kaders van het vroege internationale klimaatdebat. Daarbij verdient het overigens opmerking dat de ontwikkeling van die benadering niet alleen is tegengewerkt door de aanhangers van de mitigatiebenadering. Ook vanuit het kamp van de adaptationisten is het verrichten van diepgaand wetenschappelijk onderzoek naar de mogelijkheden van adaptatie feitelijk tegengewerkt. Vanuit het mitigatiekamp werd gevreesd dat dergelijk onderzoek de bereidheid van staten tot het terugdringen van hun broeikasgasemissies negatief zou beïnvloeden. De aanhangers van de adaptatieleer zagen daarentegen uit blind vertrouwen in het adaptatieve vermogen van ecosystemen en maatschappelijke systemen geen noodzaak om de adaptatiebenadering verder tot ontwikkeling te brengen.⁷¹ Een en ander heeft ertoe geleid dat de mitigatiebenadering zich tijdens de eerste stadia van het wetenschappelijke klimaatdebat sneller en sterker heeft ontwikkeld dan de adaptatiebenadering. Dit heeft een zware stempel gedrukt op de latere ontwikkelingen binnen het internationale klimaatdebat.

70 Zie Schipper 2006, p. 84-85 en Pielke 1998, p. 162. Pielke vindt het niet vreemd dat adaptatie vroeg in het klimaatdebat uit de smaak viel: *'Who wants to be viewed, at best, as working prematurely on adaptation studies and, at worst, as obstructionist, lazy, arrogant, and anti-environmental?'*

71 Zie Kates 1997, p. 32 en Kates 2000, p. 5-6.

2.2.3.2. Toenemende aandacht voor de adaptatiebenadering: de inluiding van een conceptuele verandering

De wetenschappelijke aandacht ging dus vanaf het begin van het klimaatdebat vooral uit naar de mitigatie. Ook toen het klimaatprobleem meer politieke aandacht begon te krijgen en de onderhandelingen over het Klimaatverdrag aanvingen, werd aan de mitigatie de meeste prioriteit toegekend. De adaptatie aan klimaatverandering was zowel vanuit politiek, als vanuit wetenschappelijk oogpunt van ondergeschikt belang. Dit volgt ook duidelijk uit het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag.⁷² Een van de eersten die in de literatuur een betoog hield om het adaptatieleerstuk te (her)overwegen – en daarmee het onderzoek naar de mogelijkheden van adaptatie een impuls te geven –, was Paul Waggoner. Hoewel Waggoner de noodzaak van mitigatie niet ontkende, stelde hij dat deze benadering van het klimaatprobleem zijn grenzen kent en dat de klimaatverandering daarmee moeilijk is te voorkomen. Daarom moest volgens hem in de eerste plaats de pure afkeer van de adaptatiebenadering overboord worden gezet. Voorts zou men op zoek moeten gaan naar effectieve adaptatiemogelijkheden.⁷³ Min of meer parallel aan het betoog van Waggoner, pleitten enkele zogenoemde ‘kleine eilandstaten’ voor het opnemen van krachtig adaptatiebeleid binnen het internationale klimaatregime.⁷⁴ Dit beleid moest volgens hen hoofdzakelijk zijn gericht op (het op financiële wijze voorzien in) de aanpassingsbehoeften van kwetsbare ontwikkelingslanden.⁷⁵ De adaptatiebenadering begon dus langzaam maar zeker terrein te winnen, zowel op de politieke, als op de wetenschappelijke agenda. Dit luidde een conceptuele verandering van die benadering in. Zo won de overtuiging terrein dat, naast de onzichtbare hand van de natuurlijke selectie en de marktwerking, ook mensenhanden een bijdrage zouden kunnen leveren aan de aanpassing van maatschappelijke en ecosystemen aan de negatieve effecten van klimaatverandering.

Ondanks de toenemende aandacht voor de adaptatiebenadering vindt deze geen duidelijke juridische weerklank in het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol. De partijen bij het verdrag worden wel aangespoord nationaal adaptatiebeleid tot stand te brengen en uit te voeren.⁷⁶ Daarnaast werd de adaptatie sinds de totstandkoming van het verdrag geleidelijk aan een steeds belangrijker en zelfstandiger thema binnen de besluiten en overwegingen van de Conferentie van de Partijen. Eén van de

72 Zie art. 2 Klimaatverdrag. Dat verdrag is immers primair gericht op de stabilisering van de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer tot een niveau waarop gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatstelsel wordt voorkomen. Vervolgens moet dit niveau worden bereikt binnen een tijdsbestek dat toereikend is voor ecosystemen om zich op natuurlijke wijze aan te passen aan klimaatverandering. Zie tevens Bodansky 1993, p. 499-500, en paragraaf 2.3.3.

73 Zie Waggoner 1992, p. 146.

74 Bij Resolutie 44/206 (22 december 1989) verwelkomde de Algemene Vergadering de toenemende wereldwijde aandacht voor de mogelijke negatieve gevolgen van zeespiegelstijging voor kustgebieden, en drong erop aan dat de internationale gemeenschap de door zeespiegelstijging bedreigde landen zou ondersteunen in het ontwikkelen en uitvoeren van strategieën om zichzelf te beschermen tegen de gevolgen daarvan. Zie ook Soons 1989.

75 Vanuatu stelde in 1991 namens de *Alliance of Small Island States* (AOSIS) voor een financieel zekerheidsmechanisme tot stand te brengen voor de bekostiging van adaptatiemaatregelen in kwetsbare ontwikkelingslanden (zie document A/AC.237/Misc.1/Add.3).

76 Zie ook paragraaf 2.3.5.

eerste besluiten over adaptatie betrof de financiering van adaptatiemaatregelen. Dit besluit werd genomen op de eerste Conferentie van de Partijen in 1995 (besluit 11/CP.1).⁷⁷ Veel latere besluiten en handelingen bouwen daarop voort. Dit besluit vormde een nadere uitwerking van art. 11 Klimaatverdrag, en stelde beleidslijnen, prioriteiten en toekenningscriteria voor de financiering van adaptatiemaatregelen. De moeizame onderhandelingen die aan de totstandkoming van het Kyoto Protocol voorafgingen en de lange periode vol politieke twist voorafgaand aan de inwerkingtreding daarvan, zijn een vruchtbare bodem gebleken voor verdere ontwikkeling van de ‘nieuwe’ politieke en wetenschappelijke adaptatieleer. Actief adaptatiebeleid werd steeds meer beschouwd als realistische en noodzakelijke reactie op klimaatverandering,⁷⁸ hoewel in de literatuur werd gesteld dat voor een goede implementatie ervan tamelijk veel institutionele, politieke en economische hindernissen zouden moeten worden genomen.⁷⁹ Zowel het politieke, als het wetenschappelijke internationale adaptatiedebat richtte zich in hoofdzaak op de (financiële) steun van ontwikkelde landen aan kwetsbare ontwikkelingslanden (zoals blijkt uit diverse besluiten die onderdeel uitmaken van de Akkoorden van Marrakesh uit 2001).⁸⁰

2.2.3.3. Adaptatie: een belangrijk wapen in de strijd tegen klimaatverandering

In 2001 verscheen het derde *Assessment Report* van het IPCC.⁸¹ In de bijdrage van Werkgroep II werd adaptatie afgeschilderd als belangrijke mogelijke reactie of strategie, naast mitigatie. Zelfs wanneer de broeikasgasuitstoot met succes zou worden teruggedrongen, zou nog temperatuurstijging plaatsvinden, zouden andere veranderingen in het klimaat – ook de extremere varianten – zich waarschijnlijk blijven voordoen, en zou de zeespiegel blijven stijgen. De boodschap was, kort gezegd, dat klimaatverandering zich hoe dan ook voordoet, zodat naast mitigatiemaatregelen ook adaptatiemaatregelen noodzakelijk zijn.⁸² Deze bevindingen werden door de Conferentie van de Partijen onderschreven (onder meer in besluit 1/CP.8).⁸³ Een jaar later werd een verzoek gedaan aan de *Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice* (SBSTA) om onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van klimaatverandering en de mogelijkheden die het adaptatieleerstuk in dat kader biedt (besluit 10/CP.9).⁸⁴ Dit leidde ertoe dat in 2004 in Buenos Aires een werkprogramma met betrekking tot adaptatie

77 Zie UNFCCC/CP/1995/7/Add.1.

78 Zie bijvoorbeeld Pielke 1998, p. 160.

79 Zie Pilifosova 2000, p. 140-141.

80 Zie voornamelijk de besluiten 5/CP.7, 6/CP.7, 7/CP.7 en 10/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.1). Bij besluiten 27/CP.7 en 28/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add. 4) werd bepaald dat de meest prioritaire adaptatiebehoefte van de minst ontwikkelde landen (en andere ontwikkelingslanden) nader zouden worden omschreven in zogenaamde *National Adaptation Plans of Action* (NAPA). Deze NAPAs worden beschouwd als de enige documenten binnen het klimaatregime die zich exclusief richten op adaptatie. Hierover ook Verheyen 2005, p. 122-124.

81 Zie IPCC 2001.

82 Zie IPCC 2001b, p. 881.

83 Dit besluit staat beter bekend als de *Delhi Ministerial Declaration on Climate Change and Sustainable Development*. Zie FCCC/CP/2002/7/Add.1.

84 Zie FCCC/CP/2003/6/Add.1.

werd opgesteld (besluit 1/CP.10).⁸⁵ De vaststelling van dit programma betekende een definitieve bevestiging van het adaptatieleerstuk. Toch werden de bestaande voorzieningen (de verschillende financieringsmechanismen⁸⁶ en het werkprogramma) nog als ontoereikend beschouwd.⁸⁷ Om de effectiviteit van adaptatiestrategieën te vergroten, zijn zelfs voorstellen gedaan om een Adaptatieprotocol op te stellen. Zo ver is het in de praktijk (nog) niet gekomen. Wel heeft het werk van de SBSTA in 2006 geleid tot het vaststellen van het Werkprogramma van Nairobi (besluit 2/CP.11).⁸⁸ Dat programma strekt tot de ondersteuning van de bij het Klimaatverdrag betrokken partijen in hun besluitvorming over het treffen van concrete adaptatiemaatregelen, hoofdzakelijk door middel van onderzoek naar de uiteindelijk te verwachten gevolgen van klimaatverandering.⁸⁹

Sinds 2004 is de aandacht voor het adaptatieleerstuk in de internationale politiek dus noemenswaardig toegenomen. Sindsdien wordt de adaptatiebenadering beschouwd als volwaardige en zelfstandige strategie in de strijd tegen het klimaatprobleem. De beschreven conceptuele verandering van deze benadering in de literatuur heeft hieraan een belangrijke bijdrage geleverd. In 2007 verscheen het vierde *Assessment Report* van het IPCC, waarin de zogenoemde (in paragraaf 2.2.3.4 nader te bespreken) 'realistische benadering' tot uitdrukking kwam.⁹⁰ Hierin werd de wereldwijde complementaire werking van mitigatie en adaptatie benadrukt en werd gewezen op de dwarsverbanden tussen mitigatie en adaptatie, en de manier waarop optimaal tegen klimaatverandering kan worden opgetreden.⁹¹ Tijdens COP-13 werden de bevindingen van het vierde *Assessment Report* benadrukt en werd dit rapport bestempeld als de meest samenhangende en gezagdragende beoordeling van het klimaatprobleem tot dan toe (besluit 5/CP.13).⁹² Tijdens diezelfde conferentie werd het eerder genoemde *Bali Action Plan* vastgesteld (besluit 1/CP.13). In dit plan werd de adaptatie formeel op gelijke voet geplaatst met de mitigatie. De adaptatie werd daarmee beschouwd als een van de officiële strategieën binnen het internationale klimaatregime. Alle partijen werden aangespoord om in hun nationale beleid klimaatbestendige ontwikkelingen mogelijk te maken en hun kwetsbaarheid te verkleinen door het treffen van adequate adaptatiemaatregelen. Internationale samenwerking werd daarbij onmisbaar geacht, evenals het stimuleren van en investeren in technologische ontwikkelingen, de onderlinge informatieoverdracht, en het voorzien in voldoende financiële middelen⁹³ om de benodigde maatregelen mogelijk te maken.

85 Zie FCCC/CP/2004/10/Add.1.

86 Zie hierover Verheyen 2002, p. 134-142.

87 Zie Schipper 2006, p. 90.

88 Zie FCCC/CP/2005/5/Add. 1.

89 Zie Spence e.a. 2008, p. 150.

90 Zie IPCC 2007.

91 Zie IPCC 2007b, hoofdstuk 18.

92 Zie FCCC/CP/2007/6/Add.1.

93 Onderhandelingen over financiering leidden tot grote meningsverschillen tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden, die in Bali (gedeeltelijk) werden opgelost door een onafhankelijk bestuur (*Adaptation Fund Board*) op te richten, dat zou functioneren onder de COP/MOP. Zie besluit 1/CMP.3 (FCCC/KP/CMP/9/Add.1).

Naarmate de hierboven beschreven ontwikkelingen vorderden, werd de adaptatie een vast terugkerend thema tijdens de opeenvolgende Conferenties van de Partijen. Zo zou de adaptatiebenadering een stevige basis moeten krijgen in de in 2009 te Kopenhagen te sluiten nieuwe overeenkomsten inzake de actie tegen klimaatverandering. Zoals ik hierboven reeds heb besproken, is *'The New Climate Deal'* echter nooit een feit geworden. Een mijlpaal in de recente ontwikkelingen is de oprichting van het *Cancún Adaptation Framework* en de *Adaptation Committee* tijdens de zestiende Conferentie van de Partijen in 2010. Het 'adaptatiekader' strekt ertoe de actie op het terrein van de adaptatie te intensiveren en te uniformeren. Het adaptatiekader rust op vijf pijlers, te weten de implementatie en integratie van nationaal adaptatiebeleid, de ondersteuning van ontwikkelingslanden door ontwikkelde landen in het adaptatieproces, de oprichting van internationale, nationale en regionale instellingen ter bevordering van de eerder genoemde punten, de bevestiging en naleving van de leidende beginselen en principes, en de garantie voor de betrokkenheid van alle belanghebbenden en belanghebbende organisaties.⁹⁴ Het 'adaptatiecomité' heeft als belangrijkste taak de bevordering en intensivering van de totstandkoming en uitvoering van adaptatiebeleid, mede door te voorzien in technische ondersteuning en de ontwikkeling van instrumenten en procedures voor een adequate informatie-uitwisseling. Wat betreft de (financiële) ondersteuning van ontwikkelde landen aan ontwikkelingslanden wees ik reeds op de ontwikkelingen in het kader van het *Green Climate Fund*. Deze ontwikkelingen zijn nog in volle gang.

2.2.3.4. De 'realistische benadering'

Ik stelde reeds dat tamelijk vroeg in het klimaatdebat twee kampen zijn ontstaan: de limitationisten en de adaptationisten. Laatstgenoemde kamp kenmerkte zich aanvankelijk door een passieve benadering van het klimaatprobleem. Gaandeweg, mede onder invloed van wetenschappelijke vooruitgang in het klimaatonderzoek, is adaptatie zich steeds meer gaan ontwikkelen als alternatieve *actieve* reactie op het klimaatprobleem, naast – en los van – mitigatie. Het derde *Assessment Report* van het IPCC (2001) bracht daarin verandering: adaptatie en mitigatie moesten niet als alternatieve reacties worden beschouwd, maar juist als complementair en synergetisch. Na een uitgebreide wetenschappelijke discussie en de benadrukking van dit complementaire karakter in het vierde *Assessment Report* van het IPCC (2007), kan worden gesteld dat deze benadering, aangeduid als de 'realistische benadering', de overhand heeft gekregen, zowel in de literatuur als in het internationale klimaatbeleid. Hieronder wordt kort ingegaan op de drijvende gedachten achter deze nieuwe benadering van het klimaatprobleem en de uitdagingen die bij de toepassing daarvan in de praktijk (zullen) spelen.

In de realistische benadering gaat men ervan uit dat klimaatverandering zich hoe dan ook voordoet, óók wanneer de momenteel geldende mitigatieverplichtingen worden nagekomen. Over de concrete toekomstige negatieve gevolgen van klimaatveran-

94 Zie <http://unfccc.int/adaptation/cancun_adaptation_framework/items/5852.php>. Zie tevens <<http://cancun.unfccc.int/adaptation/>>.

dering bestaat echter nog weinig zekerheid. Het staat wel vast dat de gevolgen ervan merkbaar zullen zijn en evenmin wordt uitgesloten dat deze ingrijpend van aard zullen zijn. Het ontbreken van onvoldoende wetenschappelijke zekerheid over de gevolgen van klimaatverandering mag geen reden zijn om het treffen van maatregelen uit te stellen.⁹⁵ Aanpassing is dus noodzakelijk. De mate van mitigatie kan van invloed zijn op de mate waarin men zich zal moeten aanpassen, en vice versa.⁹⁶ Het nemen van bepaalde mitigatiemaatregelen in combinatie met bepaalde adaptatiemaatregelen kan zelfs een synergetisch effect hebben. Dat betekent dat het effect van beide maatregelen gezamenlijk groter is dan de som van het effect van de maatregelen afzonderlijk.⁹⁷ Vooral vanuit het oogpunt van de kosteneffectiviteit kan dus worden gezocht naar een optimale mix van mitigatie- en adaptatiemaatregelen.⁹⁸ Daarbij moet wel worden bedacht dat het lastig is om adaptatie en mitigatie wat betreft hun effecten met elkaar te vergelijken, teneinde beslissingen te nemen omtrent de in een concreet geval te treffen combinatie van soorten maatregelen. Ervan uitgaande dat een optimale mix van maatregelen bestaat, zal deze van geval tot geval en van gebied tot gebied verschillen. Het is in beginsel aan nationale en regionale overheden om een dergelijke afweging te maken in hun plan- en besluitvorming.⁹⁹

Mitigatie- en adaptatiemaatregelen hebben verschillende effecten, verschillende bijkomstige voordelen, verschillende beperkingen, en er zijn verschillende (soorten) kosten aan verbonden. Dit maakt het bepalen van een optimale gecombineerde toepassing ervan in de praktijk lastig, hoewel de mogelijkheden om te combineren in beginsel ongelimiteerd zijn. Wilbanks c.s. beschrijven de verschillen.¹⁰⁰ Zij stellen dat de effecten van beide soorten maatregelen verschillen in tijd, geografisch patroon en sectorale focus. De effecten van mitigatie zullen later in de tijd en mondiaal merkbaar zijn. De effecten van adaptatiemaatregelen zijn daarentegen direct, maar slechts plaatselijk merkbaar. Daarnaast richten mitigatiemaatregelen zich op het terugdringen van broeikasgasemissies en het verwijderen van die gassen uit de atmosfeer, terwijl adaptatiemaatregelen worden genomen om bepaalde kwetsbare (maatschappelijke) sectoren te beschermen. Voorts hebben mitigatiemaatregelen andere bijkomstige voordelen dan adaptatiemaatregelen. Zo kunnen mitigatiemaatregelen een voordelige uitwerking hebben op energieprijzen en luchtverontreiniging. Adaptatiemaatregelen kunnen bijvoorbeeld bepaalde ruimtelijke voordelen en voordelen voor de natuur en recreatie met zich brengen. Beide soorten maatregelen hebben echter ook hun grenzen. De effecten van mitigatiemaatregelen zijn over het algemeen pas laat merkbaar en deze maatregelen hebben alleen invloed op antropogene klimaatverandering. Met het nemen ervan zal klimaatverandering niet kunnen worden stopgezet (het klimaat varieert immers ook van nature), hoogstens worden afgeremd. Adaptatiemaatregelen vragen vaak om de nodige ruimte, die niet altijd en overal beschikbaar is. Daarnaast

95 Vgl. art. 3 lid 3 Klimaatverdrag, waarin het voorzorgsbeginsel wordt uitgewerkt.

96 Zie IPCC 2007b, p. 748 (met name figuur 18.1).

97 Zie IPCC 2007b, p. 754-756.

98 Zie Kane & Shogren 2000.

99 Zie paragraaf 3.4 en 4.4.

100 Zie Wilbanks e.a. 2003, p. 31-32.

zullen (ruimtelijke) adaptatiemaatregelen vaak relatief duur zijn; de kosten daarvan kunnen disproportionele vormen aannemen.

2.2.4. Resumerend

Hierboven ben ik ingegaan op de ontwikkeling van het adaptatieleerstuk binnen het internationale klimaatdebat. Om een duidelijk beeld van die ontwikkelingen te kunnen geven, besprak ik ook de algemenere ontwikkelingen binnen dat debat. De ontwikkeling van de huidige adaptatiebenadering moet immers worden begrepen tegen de achtergrond van die algemenere ontwikkelingen. Aanvankelijk was het klimaatprobleem vooral een (internationaal) wetenschappelijk thema, maar gaandeweg kreeg het ook steeds meer internationale politieke aandacht. Zowel in de wetenschap, als in de politieke opvatting heerste de overtuiging dat de klimaatverandering zou zijn terug te dringen door de uitstoot van broeikasgassen te verminderen. Zodoende kwam het mitigatieleerstuk tot ontwikkeling. De ontwikkeling van het adaptatieleerstuk bleef daarbij in de eerste fasen van het klimaatdebat ver achter. De vroege adaptatiebenadering had weinig aanhang en kon daarenboven rekenen op forse kritiek. Deze benadering proclameerde overigens een passieve houding van de mens ten opzichte van het klimaatsysteem. Menselijk ingrijpen werd niet nodig geacht, omdat de onzichtbare hand van de natuurlijke selectie en de marktwerking ecologische en maatschappelijke systemen als vanzelf zou aanpassen aan de veranderende en andere klimatologische omstandigheden.

In de vroege jaren negentig van de vorige eeuw begon het tij te keren. Zowel in de wetenschap, als in de internationale politiek klonk steeds vaker het geluid dat menselijk ingrijpen wel degelijk zou kunnen bijdragen aan de adequate aanpassing aan de negatieve effecten van klimaatverandering. Naarmate de overtuiging wortel schoot dat met alleen mitigatiemaatregelen de klimaatverandering niet op korte termijn zou kunnen worden haltgehouden, groeide het besef dat óók adaptatie een noodzakelijke reactie is op de te verwachten klimaatveranderingen. Het werd aan de partijen bij het Klimaatverdrag zelf overgelaten te voorzien in concreet adaptatiebeleid. Daarnaast werd bepaald dat de sterkere (ontwikkelde) staten de zwakkere staten financieel of anderszins zouden moeten bijstaan in de aanpassing. De nadruk in het debat zou hoofdzakelijk daarop komen te rusten. Al gauw rees de vraag welke gevolgen op welke termijn waren te verwachten, en voorts hoe het best zou kunnen worden omgegaan met de onzekere risico's die de klimaatverandering ontegenzeggelijk met zich draagt. Deze nieuwe benadering betekende een conceptuele verandering voor het adaptatieleerstuk en won steeds meer aanhang, vooral in de periode van grote politieke twist over de strekking van de feitelijke mitigatieverplichtingen, die de jaren negentig van de 20^e en de eerste jaren van de 21^e eeuw kenmerkte. Een korte leus van Nordhaus geeft de tijdens die periode breed gedragen opvatting duidelijk weer: *'Mitigate we might; adapt we must!'*¹⁰¹

101 Zie Nordhaus 1994.

De adaptatiebenadering verwierf gaandeweg een vaste positie op de politieke en wetenschappelijke agenda, en werd zodoende een terugkerend punt van onderhandeling en debat. Zoals gezegd, lag de nadruk in het internationale debat van begin af aan sterk op de steun van ontwikkelde landen aan kwetsbare ontwikkelingslanden. Het werd niet ontkend dat ook binnen ontwikkelde landen adaptatiemaatregelen zouden moeten worden getroffen, maar dit bleef als discussiepunt buiten het internationale klimaatdebat. Adaptatie lijkt daarmee anders dan mitigatie vooral een eigen verantwoordelijkheid van de betrokken partijen. Dit leidde er onder meer toe dat het adaptatiedebat voortaan ook op andere niveaus dan het internationale werd gevoerd.¹⁰² De ontwikkelingen op het internationale niveau hebben de ontwikkelingen op andere niveaus een sterke conceptuele impuls gegeven en hebben de adaptatiebenadering ook op lagere niveaus op de politieke agenda gezet. Na de bevestiging van de adaptatiebenadering als zelfstandige en noodzakelijk reactie op klimaatverandering, duurde het niet lang voordat een realistische benadering voet aan de grond kreeg. In deze benadering wordt zowel de mitigatie, als de adaptatie beschouwd als onmisbaar wapen in de strijd tegen de nadelige en onzekere gevolgen van klimaatverandering. Een optimale mix van adaptatie en mitigatie zou zelfs een synergetisch effect kunnen hebben. De realistische benadering beschouwt beide benaderingen, ondanks de grote verschillen in effecten, kosten en beperkingen, dus nadrukkelijk als complementair. De huidige realistische benadering, waarin de mitigatie en de adaptatie op gelijk voet staan, kan mijns inziens ook in een leus worden gevat, namelijk: *'Allen voor eenieder én ieder voor zich!'*¹⁰³

2.3. Verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op grond van het internationale klimaatregime

2.3.1. Algemeen

Hierboven is een beeld geschetst van de ontwikkeling van de adaptatiebenadering in het internationale klimaatdebat. Daarbij is reeds gesteld dat de adaptatie hoofdzakelijk wordt beschouwd als eigen verantwoordelijkheid van staten en statengroepen, zoals de Europese Unie. Dat wil zeggen dat zij in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor de totstandkoming van adaptatiebeleid en de uitvoering daarvan, zonder dat daartoe op internationaal niveau vergaande inhoudelijke eisen worden gesteld. De ontwikkelingen op het internationale niveau vormen daarentegen wel een conceptueel kader. Dat is op zichzelf overigens niet vreemd, aangezien de concrete effecten van klimaatverandering naar tijd, plaats en plaatselijke omstandigheden sterk kunnen verschillen en bovendien lang niet altijd grensoverschrijdende gevolgen hebben. Men zal binnen de kaders van het internationale klimaatregime dus tevergeefs zoeken naar een duidelijke en juridisch afdwingbare verplichting tot het treffen van adaptatiemaatregelen. Het huidige klimaatregime wordt gevormd door het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol. Ook

¹⁰² In paragraaf 3.3 bespreek ik de ontwikkelingen van het adaptatiebeleid op het Europese niveau en in paragraaf 4.2 komen de ontwikkelingen op het nationale niveau aan de orde.

¹⁰³ Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 145.

kunnen de besluiten van de Conferentie van de Partijen wat dat betreft van belang zijn. Toch kunnen verschillende onderdelen van het klimaatregime wel relevant zijn met het oog op de adaptatie. Daarom ga ik hieronder in de eerste plaats in op de contouren van enkele centrale begrippen in het klimaatregime (paragraaf 2.3.2). Vervolgens bespreek ik de positie van de adaptatiebenadering ten opzichte van de uiteindelijke doelstellingen van het Klimaatverdrag (paragraaf 2.3.3). Voorts besteed ik in paragraaf 2.3.4 aandacht aan de in het Klimaatverdrag gecodificeerde beginselen, in het bijzonder het voorzorgsbeginsel. In paragraaf 2.3.5 stel ik de voor adaptatie relevante verplichtingen ex art. 4 Klimaatverdrag aan de orde. Het verdient opmerking dat de eerder genoemde verantwoordelijkheid voor financiële ondersteuning van ontwikkelingslanden buiten de kaders van dit proefschrift valt.¹⁰⁴ De vraag is dus steeds in hoeverre uit de te bespreken elementen van het klimaatregime verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen worden afgeleid. Ik sluit in paragraaf 2.3.6 af met de nodige conclusies.

2.3.2. De reikwijdte van het klimaatregime; enkele begripsbepalingen

De voor dit proefschrift relevante bepalingen van het Klimaatverdrag zijn grofweg onder te verdelen in drie categorieën. De eerste categorie wordt gevormd door de uiteindelijke doelstelling van het verdrag. De tweede categorie bestaat uit beginselen waardoor partijen zich bij de uitvoering van het verdrag moeten laten leiden. Ten slotte bevat het verdrag min of meer concrete verplichtingen voor de partijen. Hieronder komen (onderdelen van) deze categorieën afzonderlijk aan bod. Vooraleer daartoe over te gaan, is het van belang in te gaan op enkele centrale begrippen binnen het klimaatregime. Dit is vooral van belang om de reikwijdte van dat regime vast te stellen. Belangrijke termen binnen dat regime zijn ‘klimaatverandering’ en ‘nadelige gevolgen van klimaatverandering’. Onder de nadelige gevolgen van klimaatverandering verstaat men de ‘veranderingen in de levende omgeving ten gevolge van klimaatverandering die aanzienlijke schadelijke effecten hebben op de samenstelling, het herstellingsvermogen of het voortplantingsvermogen van natuurlijke of beheerste ecosystemen of op de werking van sociaal-economische stelsels of op de gezondheid en het welzijn van de mens.’¹⁰⁵ Deze definitie is uiterst breed, maar het is vooralsnog onduidelijk of ook de schade aan individuele eigendommen daaronder valt. De term ‘aanzienlijke schadelijke effecten op het welzijn van de mens’ zou die strekking kunnen hebben. Het feit dat het moet gaan om ‘veranderingen in de levende omgeving’ kan zich keren tegen die uitleg. Duidelijkheid is hier evenwel geboden, aangezien adaptatiemaatregelen mede kunnen strekken tot de bescherming van dergelijke belangen, terwijl de reikwijdte van het klimaatregime mede moet worden afgeleid uit deze begripsbepaling.

Onder de term klimaatverandering verstaat men ‘een verandering in het klimaat die direct of indirect wordt toegeschreven aan *menselijke activiteit*, die de

¹⁰⁴ Zie daarover bijvoorbeeld Mace 2005; Cléménçon 2008; Christoff 2008; Harmeling & Bals 2008; en Klein & Möhner 2011.

¹⁰⁵ Art. 1 lid 1 Klimaatverdrag.

samenstelling van de atmosfeer wijzigt en die *naast natuurlijke klimaatwisselingen* wordt waargenomen gedurende vergelijkbare perioden [cursivering HKG].¹⁰⁶ Het betreft een belangrijke inperking van de reikwijdte van het klimaatregime, dat immers alleen betrekking heeft op antropogene klimaatverandering. De bepalingen zijn dus niet van toepassing op natuurlijke klimaatwisselingen (klimaatvariabiliteit). Deze inperking valt te begrijpen, nu het verdrag zich in belangrijke mate richt op het terugdringen van de concentratie broeikasgassen die door de mens in de atmosfeer zijn gebracht. Deze inperking verdraagt zich echter minder goed met de adaptatiebenadering, die zich immers niet beperkt tot antropogene klimaatverandering. Zo gaat het IPCC er sinds het derde *Assessment Report* van uit dat de adaptatiebenadering zich zowel richt op de nadelige gevolgen van klimaatverandering, als die van klimaatvariabiliteit.¹⁰⁷ Dat is begrijpelijk, aangezien onduidelijk is welk aandeel van de klimaatverandering exact het gevolg is van menselijk handelen en welk aandeel als natuurlijk moet worden aangemerkt. Daarenboven kan worden gesteld dat adaptatiemaatregelen die zich slechts richten tegen de gevolgen van antropogene klimaatverandering, dienen te worden beschouwd als halve maatregelen. Toch kan deze inperking strikt juridisch beschouwd wel van belang zijn voor de eventuele verantwoordelijkheden die het klimaatregime herbergt ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering.

Zoals gezegd, komt noch in de begripsbepaling bij het Klimaatverdrag, noch in die van enige andere internationale rechtsbron een nadere omschrijving voor van hetgeen moet worden verstaan onder het begrip ‘adaptatie’. Wel heeft het IPCC in 2001 voorzien in een algemene omschrijving van dit begrip: ‘*Adaptation refers to adjustments in ecological, social, or economic systems in response to actual or expected climatic stimuli and their effects or impacts. It refers to changes in processes, practices, and structures to moderate potential damages or to benefit from opportunities associated with climate change.*’¹⁰⁸ Het gaat dus om het treffen van maatregelen in ecologische, sociale of economische systemen als reactie op waargenomen of verwachte veranderingen in het klimaat en de gevolgen daarvan, teneinde de nadelige gevolgen daarvan te verzachten of voordeel te behalen uit ontstane mogelijkheden.¹⁰⁹ Aangezien deze begripsomschrijving ook wordt gehanteerd op de officiële website van de *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC), kan ervan worden uitgegaan dat dit de omschrijving is, waarvan bij de toepassing van het klimaatregime moet worden uitgegaan. Het valt daarbij op dat deze omschrijving neutraal is wat betreft de vraag of adaptatie slechts betrekking heeft op antropogene klimaatverandering, of ook op klimaatvariabiliteit. Het IPCC heeft, zoals gezegd, benadrukt dat dat laatste het geval is. Ik sluit me daarbij van harte aan en ga er in onderstaande van uit dat bij de

106 Art. 1 lid 2 Klimaatverdrag.

107 Zie IPCC 2001b, p. 881 (zie figuur 18-1).

108 Zie IPCC 2001b, p. 881. Ook in de literatuur zoekt men aansluiting bij deze omschrijving (zie bijvoorbeeld Adger e.a. 2005, p. 78) of wordt een sterk vergelijkbare omschrijving gehanteerd (zie bijvoorbeeld Verheyen 2005, p. 34-35). Smit e.a. geven een opsomming van verschillende definities die tot 2000 aan adaptatie zijn gegeven (zie Smit e.a. 2000, p. 227-228).

109 Zie tevens paragraaf 1.2.2.

toepassing van het klimaatregime deze uitleg wordt aangehangen. Dat regime heeft in mijn ogen dus wat betreft de adaptatie een ruimer bereik dan wat betreft de mitigatie.

2.3.3. Adaptatie en het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag

Het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag en de daarmee verband houdende juridische instrumenten, zoals het Kyoto Protocol, is aldus art. 2 van dat verdrag ‘het bewerkstelligen (...) van een stabilisering van de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer op een niveau waarop gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatstelsel wordt voorkomen. Dit niveau dient te worden bereikt binnen een tijdbestek dat toereikend is om ecosystemen in staat te stellen zich op natuurlijke wijze aan te passen aan klimaatverandering, te verzekeren dat de voedselproductie niet in gevaar komt en de economische ontwikkeling op duurzame wijze te doen voortgaan.’¹¹⁰ Er heeft onduidelijkheid bestaan over de juridische status van deze verdragsbepaling, maar uitgaande van de gelding van het Weens Verdragenverdrag dient deze bepaling te worden uitgelegd overeenkomstig de *gewone betekenis* van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van *voorwerp en doel* van het verdrag.¹¹¹ Met het oog op de gewone betekenis bevat art. 2 Klimaatverdrag een algemene verplichting voor alle staten om maatregelen te treffen, teneinde de stabilisering van broeikasgassen in de atmosfeer te bewerkstelligen. De verdragsbepaling stelt wat dat betreft geen drempelwaarde,¹¹² maar bepaalt dat *gevaarlijke* antropogene verstoring van het klimaatstelsel zich niet mag voordoen.¹¹³ Daarmee is het voorkomen van gevaarlijke antropogene klimaatverandering het primaire doel van het Klimaatverdrag.¹¹⁴ Staten moeten zich dus onthouden van gedragingen die het voorwerp (gevaarlijke klimaatverandering) en doel (het voorkomen) van het verdrag zouden ontnemen.¹¹⁵ Aan de verwezenlijking van de doelstelling zijn voor de partijen nadere verplichtingen in het leven geroepen.¹¹⁶

Art. 2 Klimaatverdrag stelt het *voorkomen* van gevaarlijke klimaatverandering dus centraal en houdt een uiterst algemene verplichting in om daartoe mitigatiemaatregelen te treffen.¹¹⁷ Voor het bereiken van het doel van het verdrag is geen vaste termijn

110 Zie Verheyen 2005, p. 67. Verheyen stelt dat art. 2 Klimaatverdrag een codificatie is van belangrijk gewoonterecht met een verplichting *erga omnes*.

111 Zie art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag.

112 Uit onderzoek blijkt dat een stabilisatie van de concentratie koolstofdioxide in de atmosfeer op of onder de 550 deeltjes per miljoen deeltjes per volume-eenheid (dpmv) in het jaar 2170 noodzakelijk is om gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatstelsel (ook op korte termijn) te voorkomen. Zie Arnell e.a. 2002.

113 Zie daarover Parry, Carter & Hulme 1996. De auteurs omschrijven het begrip ‘gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatstelsel’ als een menselijke gedraging die leidt tot klimaatverandering, waaraan ecosystemen of socio-economische systemen niet in staat zijn zich tijdig en zonder actief menselijk ingrijpen aan te passen, met significante schade binnen die systemen tot gevolg.

114 Zie Sands 1992, p. 272 en recenter Sands 2003, p. 361.

115 Zie art. 18 Weens Verdragenverdrag. Zie tevens Verheyen 2005, p. 58.

116 Deze zijn in de eerste plaats te vinden in het verdrag zelf, hoofdzakelijk in artikel 4. Deze verplichtingen zijn voorts nader uitgewerkt in het Kyoto Protocol. Ook de besluiten van de Conferentie van de Partijen kunnen gelden als nadere uitwerking of concretisering van deze verplichtingen.

117 Zie Verheyen 2005, p. 67.

gesteld, maar het moet worden bereikt binnen het tijdbestek dat toereikend is om kwetsbare systemen in staat te stellen zich op natuurlijke wijze aan te passen aan klimaatverandering. Zolang de verstoring niet 'gevaarlijk' is, moet de klimaatverandering overigens als goedaardig worden beschouwd, aangezien kwetsbare systemen beschikken over een 'natuurlijk aanpassingsvermogen'.¹¹⁸ Hierin valt de vroege benadering van het klimaatprobleem door de 'adaptationisten' (de onzichtbare hand van de natuurlijke selectie en de marktwerking) te ontwaren.¹¹⁹ Op basis van de huidige redactie van art. 2 Klimaatverdrag kan lastig worden volgehouden dat het voorkomen van klimaatschade door middel van adaptatiemaatregelen een doelstelling van dat verdrag is. De adaptatie vindt volgens die bepaling immers plaats op een natuurlijke wijze, een en ander als gevolg van de *mitigatiemaatregelen* van de partijen. Uit die bepaling kan dus ook geen algemene verplichting worden afgeleid tot het treffen van adaptatiemaatregelen. Adaptatiemaatregelen dragen immers niet bij aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering, maar juist aan het voorkomen of beperken van de nadelige gevolgen daarvan. Het verdient echter wel aanbeveling om bij de totstandkoming van een nieuwe bindende overeenkomst inzake klimaatverandering te overwegen het voorkomen of beperken van de nadelige gevolgen van klimaatverandering expliciet te aanvaarden als (neven)doelstellingen daarvan. Op die wijze wordt de internationale regelgeving immers in lijn gebracht met de huidige politieke en wetenschappelijke discussie en het besef dat daarin is doorgedrongen dat ook adaptatie een noodzakelijke reactie op het klimaatprobleem is.

In de literatuur is ten slotte nog de boeiende vraag opgeworpen of met het verkleinen van de kwetsbaarheid van ecologische of socio-economische systemen door het treffen van adaptatiemaatregelen het te bereiken stabiliseringsniveau naar beneden (en de maximaal toelaatbare concentratie broeikasgassen in de atmosfeer dus naar boven) kan worden bijgesteld.¹²⁰ Zoals beschreven in paragraaf 2.2.3.4, zou de mate van mitigatie van invloed kunnen zijn op de mate waarin men zich moet aanpassen, en vice versa. Als men dus volledig 'dekkende' aanpassingsmaatregelen treft, zou in theorie geen mitigatie meer hoeven plaats te vinden.¹²¹ Toch gaat deze redenering in mijn ogen niet zonder meer op. Dat hangt vooral samen met het schaalniveau waarop de effecten van mitigatie- en adaptatiemaatregelen merkbaar zijn. Wie zichzelf door middel van adaptatiemaatregelen in veiligheid brengt, zal wat betreft die individuele veiligheid inderdaad minder baat hebben bij het treffen van mitigatiemaatregelen. Dat ontslaat hem echter niet van zijn verantwoordelijkheden jegens anderen, die evengoed recht hebben op individuele veiligheid, maar wellicht minder goed in staat zijn zichzelf aan te passen. Daarom lijkt deze redenering vooral in omgekeerde zin op te gaan: het treffen van mitigatiemaatregelen zal in theorie de mondiale behoefte aan adaptatie op termijn doen afnemen. Bijstelling van mitigatieverplichtingen op grond van het uit eigen belang treffen van adaptatiemaatregelen is in mijn ogen onwenselijk en lijkt ook niet de bedoeling van het Klimaatverdrag.

118 Zie Bodansky 1993, p. 500.

119 Zie paragraaf 2.2.3.1.

120 Zie bijvoorbeeld Verheyen 2005, p. 65-66.

121 Zie IPCC 2007b, p. 748.

2.3.4. Adaptatie en het voorzorgsbeginsel uit het Klimaatverdrag

In art. 3 Klimaatverdrag zijn vijf beginselen opgenomen waardoor de partijen zich laten leiden bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag en de uitvoering van de bepalingen ervan.¹²² Uit de preambule bij het Kyoto Protocol volgt dat de partijen bij dat protocol tevens worden geleid door de beginselen uit art. 3 Klimaatverdrag. Dat artikel geeft geen limitatieve opsomming (het bevat immers de term ‘onder andere’), dus ook andere beginselen van internationaal recht kunnen een rol spelen bij de verwezenlijking van de doelstellingen en de uitvoering van de bepalingen van het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol. De beginselen in art. 3 Klimaatverdrag kunnen worden beschouwd als nader uitgewerkte en op klimaatverandering afgestemde afspiegelingen van de in de Verklaring van Rio van 1992¹²³ (en daarvoor in de Verklaring van Stockholm van 1972) vastgelegde algemene milieurechtelijke beginselen. Hieronder bespreek ik eerst kort de juridische status van de beginselen in het Klimaatverdrag (paragraaf 2.3.4.1). Daarna ga ik in op de vraag in hoeverre het voorzorgsbeginsel ex art. 3 lid 3 Klimaatverdrag zelfstandige juridische verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in zich draagt (paragraaf 2.3.4.2).

2.3.4.1. De juridische status van de beginselen in het Klimaatverdrag

In tegenstelling tot de meeste milieuverdragen zijn de beginselen in het Klimaatverdrag in de verdragstekst zelf opgenomen en maken zij daar dus integraal onderdeel van uit.¹²⁴ Men kan zich afvragen wat de juridische status is van beginselen van internationaal (milieu)recht in algemene zin, en de beginselen ex art. 3 Klimaatverdrag in het bijzonder. Hebben beginselen enkel een interpretatieve functie? Of hebben zij een verdergaande juridische waarde en kunnen zij zelfs afdwingbare verantwoordelijkheden voor staten in zich dragen? Naast de gewoonte en verdragen worden ook de ‘door beschaafde volkeren erkende algemene rechtsbeginselen’ erkend als bron van internationaal recht.¹²⁵ Hoewel er verschillende theorieën over de juridische implicatie van algemene rechtsbeginselen bestaan, lijkt het, kort gezegd, onbetwist dat beginselen

122 Het betreft achtereenvolgens 1) het beginsel van de bescherming van het klimaatsysteem ten behoeve van huidige en toekomstige generaties op basis van billijkheid, 2) het beginsel van gezamenlijke, doch verschillende verantwoordelijkheden, 3) het voorzorgsbeginsel, 4) het beginsel van duurzame ontwikkeling, en 5) het beginsel ter bevordering van een ondersteunend en open internationaal economisch stelsel.

123 Zie uitgebreid hierover Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 82-84 en Sands & Peel 2012, p. 40-45.

124 Zie Bodansky 1993, p. 501-502. Het waren vooral de ontwikkelingslanden die tijdens de onderhandelingen van het Klimaatverdrag aandrongen op het opnemen van beginselen in de verdragstekst, omdat dergelijke beginselen volgens hen onmisbaar waren als richtsnoer bij de uitvoering van het verdrag. Ontwikkelde landen, en vooral de VS verzetten zich tegen het opnemen van beginselen in de verdragstekst, en pleitten ervoor dat deze beginselen thuishoren in de preambule. Het belangrijkste argument daarvoor was de onduidelijkheid over de juridische status van beginselen in het internationale recht. Uiteindelijk zijn de beginselen ondanks dit argument toch in de verdragstekst opgenomen, zij het dat er (op aandringen van de VS) wel enkele bepalingen zijn aangebracht die de juridische implicatie ervan inperken. Zo is in een voetnoot bij art. 1 Klimaatverdrag opgenomen dat de titels van de artikelen slechts zijn opgenomen ‘voor het gemak van de lezer’.

125 Art. 38 lid 1 Statuut van het Internationaal Gerechtshof. Zie tevens Kooijmans 2003, p. 13-14.

algemene regels zijn, die géén zelfstandige, directe en concrete verplichtingen voor staten met zich brengen. Uiteraard moeten dergelijke beginselen door staten wel degelijk jegens andere staten in acht worden genomen bij de verrichting van bepaalde gedragingen in verband met de uitvoering van verdragsbepalingen.¹²⁶ Dat geldt onverminderd voor de beginselen die zijn opgenomen in art. 3 Klimaatverdrag. Dat volgt ook uit de inleidende tekst van dat artikel. Bij het nemen van de maatregelen ter verwezenlijking van de doelstellingen en ter uitvoering van de bepalingen van het verdrag *laten* de verdragspartijen *zich leiden* door de opgesomde en nader omschreven beginselen. De juridische status van de beginselen als aanvulling op en richtsnoer voor de interpretatie en uitwerking van het Klimaatverdrag is daarmee onbetwist. Ook de Conferentie van de Partijen dient zich in mijn ogen bij haar op het Klimaatverdrag gebaseerde besluitvorming te laten leiden door deze beginselen. Daarnaast dienen de beginselen, aldus Birnie, Boyle en Redgwell, als richtsnoer bij het agenderen van zaken waarmee te goeder trouw rekening moet worden gehouden bij de onderhandelingen over de vaststelling van nadere instrumenten, zoals protocollen onder het Klimaatverdrag.¹²⁷

2.3.4.2. Het voorzorgsbeginsel ex art. 3 lid 3 Klimaatverdrag

Art. 3 lid 3 Klimaatverdrag vormt een van de vele uitwerkingen van het voorzorgsbeginsel in verdragen die sinds de jaren negentig zijn gesloten. In de Verklaring van Rio en Agenda 21¹²⁸ (beide *soft law*) werd het beginsel erkend als algemeen beginsel van internationaal recht. Het voorzorgsbeginsel wordt tegenwoordig algemene gelding toegeschreven en die gelding wordt in de internationale praktijk alom erkend. Mede daarom dient dit beginsel – in de algemene bewoording van beginsel 15 van de Verklaring van Rio¹²⁹ – te worden beschouwd als een bindend beginsel van internationaal gewoonterecht.¹³⁰ Toch houdt het algemene internationale voorzorgsbeginsel géén concrete verplichting in tot het treffen van specifieke maatregelen. Het geldt eerder als richtsnoer voor het opstellen van nadere wet- en regelgeving en het treffen van maatregelen voor het voorkomen van schade aan het milieu. De belangrijkste juridische implicatie is daarmee dat wordt bevestigd dat het nemen van beschermende maatregelen reeds nodig kan zijn *voordat* wetenschappelijk is komen vast te staan dat (en in welke mate) zich milieuschade zal voordoen. De redelijke verwachting dat zich

126 Zie voor een korte beschrijving van de verschillende theorieën Verheyen 2005, p. 68-69.

127 Zie Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 359.

128 Zie UN Doc.A/Conf.151/26, Vol. III.

129 De officiële tekst luidt: *'In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental damage.'*

130 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van het voorzorgsbeginsel als beginsel van internationaal gewoonterecht bijvoorbeeld Trouwborst 2002 en De Sadeleer 2005, p. 94-100 en p. 315-319. Zie voorts bijvoorbeeld Freestone & Hey 1996 en Sands & Peel 2012, p. 217-228.

op een bepaalde termijn milieuschade zal voordoen, is dus reeds voldoende voor de rechtvaardiging van het treffen van beschermende maatregelen.¹³¹

Het voorzorgsbeginsel in het Klimaatverdrag bepaalt dat de partijen bij het verdrag voorzorgsmaatregelen dienen te treffen 'om te anticiperen op de oorzaken van klimaatverandering, dan wel deze te voorkomen of in te perken, en *de nadelige gevolgen ervan te beperken* [cursivering HKG]'. Uit het gecursiveerde zinsdeel blijkt dat onder voorzorgsmaatregelen ook adaptatiemaatregelen kunnen worden verstaan. Dergelijke maatregelen strekken immers tot het voorkomen of beperken van de nadelige gevolgen van klimaatverandering. Omdat er nog geen volledige wetenschappelijke zekerheid bestaat omtrent de concrete risico's van klimaatverandering, is in het artikel lid een tweede volzin opgenomen: 'Indien ernstige of onherstelbare schade dreigt te ontstaan, mag gebrek aan volledige wetenschappelijke zekerheid niet als grond dienen voor uitstel van die maatregelen, (...)'. Uit de redactie van deze bepaling blijkt niet zozeer dat staten ook bij gebrek aan wetenschappelijke zekerheid zijn gehouden of kunnen worden gedwongen de nodige maatregelen te treffen. Hieruit volgt hoofdzakelijk dat staten zich niet zonder meer kunnen beroepen op een dergelijk gebrek aan zekerheid, indien ernstige of onherstelbare schade dreigt te ontstaan, maar zij desalniettemin geen maatregelen wille treffen. Het is daarbij overigens onduidelijk hoe concreet die schadedreiging dient te zijn. Er zal op voorhand een afweging moeten worden gemaakt over de mate waarin de klimaatschade redelijkerwijs kan worden verwacht. In die hoedanigheid lijkt het voorzorgsbeginsel dus vooral een geschikte bron voor argumenten waarom een maatregel noodzakelijk wordt geacht.

Het voorzorgsbeginsel ziet dus zowel op mitigatie-, als op adaptatiemaatregelen. Men kan zich afvragen welk soort maatregelen op grond van het besproken artikel de voorkeur geniet. Bij de beantwoording van die vraag komt het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag weer in zicht, aangezien de partijen zich bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag laten leiden door de in artikel 3 genoemde beginselen. Het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag is het bewerkstelligen van een stabilisering van de concentraties broeikasgassen in de atmosfeer op een niveau waarop gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatstelsel wordt voorkomen. Adaptatiemaatregelen dragen, zoals ik reeds betoogde in paragraaf 2.3.3, niet bij aan de verwezenlijking van die doelstelling, daar zij slechts strekken tot het voorkomen of beperken van de regionaal merkbare nadelige gevolgen van klimaatverandering. Mitigatiemaatregelen lijken, op basis van het in het Klimaatverdrag verankerde voorzorgsbeginsel in combinatie met de doelstellingen die daaraan ten grondslag liggen, daarom de voorkeur te genieten boven adaptatiemaatregelen. De inspanningen van staten dienen zich er met het oog op hun wederzijdse verantwoordelijkheden dus primair op te richten gevaarlijke vormen van klimaatverandering te voorkomen door middel van mitigatiemaatregelen. Pas wanneer de nadelige gevolgen van klimaatverandering met grensoverschrijdende effecten niet of niet tijdig blijken te kunnen

131 Zie Freestone & Hey 1996, p. 13.

worden voorkomen, dienen deze te worden voorkomen of beperkt door middel van adaptatiemaatregelen.¹³²

2.3.5. Adaptatie en de concrete verplichtingen ex art. 4 Klimaatverdrag

Art. 4 Klimaatverdrag beschrijft de verplichtingen die voor de partijen uit het verdrag voortvloeien. Dat artikel maakt onderscheid tussen algemene verplichtingen die gelden voor alle partijen bij het verdrag (lid 1), en bijzondere verplichtingen die gelden voor ontwikkelde landen en andere in Bijlage I dan wel Bijlage II opgenomen partijen (lid 2 t/m 5). Deze bijzondere verplichtingen behelzen vooral mitigatieverplichtingen en de verplichting voor ontwikkelde landen om ontwikkelingslanden financieel of anderszins bij te staan in de aanpassing aan de nadelige gevolgen van klimaatverandering. Die verplichtingen gaan het bestek van dit proefschrift te buiten. De algemene verplichtingen zijn hier wel van belang. Ik doel met het oog op de adaptatie vooral op de verplichting ex art. 4 lid 1 sub b Klimaatverdrag, die luidt: 'Alle partijen, hun gezamenlijke, doch verschillende verantwoordelijkheden en hun specifieke nationale en regionale ontwikkelingsprioriteiten, doelstellingen en omstandigheden in aanmerking nemend, stellen nationale en, indien van toepassing, regionale programma's op die maatregelen bevatten ter beperking van klimaatverandering (...) alsook maatregelen ter vergemakkelijking van een adequate aanpassing aan klimaatverandering, en voeren deze uit, maken deze openbaar en werken deze regelmatig bij [cursivering HKG].'¹³³ De inhoud van deze programma's en de op grond daarvan ondernomen of voorgenomen stappen moeten periodiek worden bekendgemaakt aan de Conferentie van de Partijen.¹³⁴

Met deze bepalingen bevat het Klimaatverdrag dus een belangrijke uniforme, maar uiterst algemene verplichting voor alle partijen om adaptatiebeleid tot stand te brengen en uit te voeren. Daarbij moet wel worden bedacht dat de partijen te dien aanzien een zeer ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Dat blijkt ook uit de geciteerde passage: de partijen dienen bij de opstelling van de bedoelde programma's hun eigen prioriteiten en doelstellingen, alsmede de heersende omstandigheden in aanmerking te nemen. Deze bepaling bevat voor het overige weinig concrete aanwijzingen over de inhoud en strekking van deze programma's en de daarin op te nemen maatregelen. De enige aanwijzing is dat de maatregelen moeten strekken *ter vergemakkelijking* van een *adequate* adaptatie aan klimaatverandering. Op beide gecursiveerde elementen ga ik hieronder nog nader in. In algemene zin lijkt deze verplichting niet verder te strekken dan *dat* de partijen adaptatiebeleid tot stand

132 Zie ook Verheyen, p. 77. Verheyen stelt dat adaptatie altijd de op-een-na-beste optie is, omdat er geen garantie bestaat dat de schade die is veroorzaakt door klimaatverandering kan worden gecompenseerd door middel van adaptatie. Er bestaat echter ook geen garantie dat klimaatverandering door het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen stopt of tot beheersbare proporties wordt teruggedrongen.

133 In art. 10 lid b Kyoto Protocol wordt deze verplichting in een cosmetisch enigszins aangepaste vorm herhaald. Daarbij wordt tevens aangegeven op welke aspecten die programma's onder meer betrekking kunnen hebben en worden nadere regels gesteld over het verstrekken van informatie over de in de programma's opgenomen maatregelen.

134 Zie art. 4 lid 1 sub j jo. 12 lid 1 Klimaatverdrag. Alle Nationale Mededelingen van de partijen bij het Klimaatverdrag zijn te raadplegen op <http://unfccc.int/national_reports/items/1408.php>.

moeten brengen, waarin zij de te dien aanzien door hen genomen beslissingen nader motiveren. Zij moeten er, met andere woorden, jegens de Conferentie van de Partijen (en dus jegens de andere verdragspartijen) blijk van geven dat zij het klimaatprobleem op een zorgvuldige wijze benaderen in hun (nationale) beleid.¹³⁵ Het is niet uitgesloten dat sancties worden verbonden aan ernstige schendingen van deze verplichting. Zo ver is het bij mijn weten echter nooit gekomen. Om de uniforme totstandkoming van de vijfde serie Nationale Mededelingen in 2010 te bevorderen, is een richtsnoer vastgesteld over de structuur van deze mededelingen en de wijze waarop deze dienen te worden overgelegd. Die richtlijnen bevatten ook nadere informatie over de verplichte onderdelen die in de mededelingen moeten worden opgenomen.¹³⁶ De beoordeling van de Nationale Mededelingen door de Conferentie van de Partijen vindt plaats aan de hand van deze richtlijnen.

Zoals gezegd, dienen de bedoelde programma's op basis van art. 4 lid 1 sub b maatregelen te bevatten ter vergemakkelijking van een adequate aanpassing aan klimaatverandering. Volgens Verheyen is de zelfstandige juridische betekenis van de term 'vergemakkelijking' beperkt. Deze term refereert volgens haar vooral in algemene zin aan maatregelen die een *adequate* aanpassing mogelijk maken.¹³⁷ Dat kunnen sterk uiteenlopende maatregelen zijn, zoals 'zachte' planmatige maatregelen, maar ook fysieke maatregelen. Alle denkbare maatregelen die bijdragen aan de adequaatheid van de adaptatie, zullen dus maatregelen zijn ter vergemakkelijking van die aanpassing. De term 'adequaat' heeft een belangrijkere juridische betekenis. Men kan aannemen dat een adaptatiemaatregel in ieder geval inadequaat is, wanneer met het treffen daarvan inbreuk wordt gemaakt op andere reeds bestaande internationale of nationale verplichtingen of regels, waaronder bijvoorbeeld de doelstellingen en mitigatieverplichtingen uit het Klimaatverdrag en bijbehorende akten zelf, eventuele mensenrechten, of nationale soorten- en gebiedbeschermingswetgeving of andere milieuwetgeving.¹³⁸ Ook zullen adaptatiemaatregelen op grond van het *no-harm* beginsel niet mogen leiden tot aanmerkelijke schade in naburige staten. De kosteneffectiviteit van maatregelen is geen criterium voor de adequaatheid daarvan. Naast andere criteria, zoals duurzaamheid, technische haalbaarheid, uiteindelijk effect en efficiëntie, bestuurlijke en juridische toelaatbaarheid, ruimtelijke inpasbaarheid en maatschappelijke aanvaardbaarheid, kan kosteneffectiviteit uiteraard wel als maatstaf dienen voor de beoordeling van de adequaatheid van een concrete maatregel door een staat zelf.¹³⁹ De adequaatheid van de maatregelen dient immers door de partijen zelf in hun mededelingen aan de Conferentie van de Partijen te worden beargumenteerd. Dat benadrukt het agenderende karakter van art. 4 lid 1 sub b Klimaatverdrag.¹⁴⁰

135 Zie ook Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 359.

136 Het document is te raadplegen op <http://unfccc.int/files/national_reports/annex_i_natcom/application/pdf/nc5outline.pdf>.

137 Zie Verheyen 2002, p. 131-132 en Verheyen 2005, p. 86.

138 Zie Verheyen 2002, p. 132.

139 Zie Verheyen 2005, p. 87.

140 De Europese Unie en Nederland hebben overigens gehoor gegeven aan de mededelingsverplichting en spannen zich tevens in adaptatiebeleid tot stand te brengen. Zie wat betreft de ontwikkelingen in het Europese en Nederlandse adaptatiebeleid paragraaf 3.3 respectievelijk paragraaf 4.2.

2.3.6. Tussenconclusies

Uit bovenstaande volgt de algemene conclusie dat de adaptatiebenadering in juridisch opzicht binnen de kaders van het internationale klimaatregime een ondergeschikte positie inneemt ten opzichte van de mitigatiebenadering. Dat valt hoofdzakelijk te verklaren met het oog op de periode waarin de belangrijkste onderdelen van het klimaatregime tot stand zijn gekomen. Dit is niet in lijn met de huidige stand van de wetenschap en de techniek, zodat het aanbeveling verdient bij de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst met betrekking tot het klimaatprobleem de adaptatiebenadering te aanvaarden als zelfstandige en volwaardige benadering in de strijd tegen onzekere klimaatrisico's. Dat hoeft overigens niet te betekenen dat op de partijen in dat geval een algemene verplichting komt te rusten adaptatiemaatregelen te treffen. De stabiliseringsdoelstelling kan bovendien het hoofddoel van het klimaatregime blijven, zolang maar wordt aanvaard dat adaptatie onmisbaar is, indien die doelstelling niet (tijdig) kan worden bereikt. Het voorkomen of beperken van de nadelige gevolgen van klimaatverandering kan in dat geval worden aanvaard als nevendoelelstelling van het klimaatregime.

Uit het huidige internationale klimaatregime vloeit voor de partijen bij het verdrag in elk geval geen directe en concrete verplichting voort adaptatiemaatregelen te treffen. Een dergelijke algemene verplichting bestaat op basis van art. 2 Klimaatverdrag wel ten aanzien van het treffen van mitigatiemaatregelen. Deze verplichting wordt nader geconcretiseerd in verschillende bepalingen in het verdrag en andere akten. Ook op grond van het in het verdrag gecodificeerde voorzorgsbeginsel kan voor de partijen geen directe en eenduidige verplichting tot het treffen van adaptatiemaatregelen worden afgeleid. Dit beginsel erkent wel de mogelijkheid van de behoefte aan adaptatiemaatregelen, maar stelt die behoefte in verband met de doelstellingen van het verdrag steeds op een tweede en daarmee laatste plaats. Daarnaast kan enkel op basis van dit beginsel geen aanspraak worden gemaakt op maatregelen. Het voorzorgsbeginsel strekt hoofdzakelijk tot de garantie dat eventuele wetenschappelijke onzekerheden omtrent klimaatverandering niet worden gebruikt als argument om geen maatregelen te treffen, en voorts óók als rechtvaardiging voor het treffen van maatregelen tegen klimaatrisico's waaromtrent nog geen volledige wetenschappelijke zekerheid bestaat.

Op basis van art. 4 lid 1 sub b Klimaatverdrag kan voor de partijen wel een verplichting worden afgeleid om nationaal of regionaal adaptatiebeleid tot stand te brengen en uit te voeren. Zij moeten mede hierover periodiek verslag uitbrengen aan de Conferentie van de Partijen. Ook deze verplichting moet met het oog op de adaptatie overigens niet worden overschat. De verplichting tot het opstellen van maatregelenprogramma's behelst immers hoofdzakelijk mitigatiemaatregelen; adaptatiemaatregelen lijken ook hier op de tweede plaats te staan. Daarnaast hebben de partijen veel discretionaire ruimte om te bepalen welke maatregelen zij onder welke omstandigheden noodzakelijk en adequaat achten. Het betreft dus hoofdzakelijk een verplichting tot motivering van het gevoerde nationale of regionale klimaat- en adaptatiebeleid. Toch moet ook het belang van deze bepaling worden onderstreept. Door de partijen te dwingen adaptatiebeleid te voeren, wordt de adaptatie aan klimaatverandering tevens

een zelfstandig beleidsthema op de nationale en regionale beleidsniveaus. De agenderende werking van de bedoelde bepaling moet daarom worden toegejuicht, evenals de toenemende aandacht voor de adaptatiebenadering binnen het internationale wetenschappelijke en politieke debat.

2.4. Mensenrechten als grondslag voor adaptatieverplichtingen?

2.4.1. Algemeen

Het geniet tegenwoordig brede erkenning dat de gevolgen van klimaatverandering een onmiddellijke en vergaande wereldwijde bedreiging vormen voor mens en samenleving, hetgeen verstrekkende en uiteenlopende implicaties kan hebben voor het ongestoorde genot van mensenrechten.¹⁴¹ De relatie tussen mensenrechten en klimaatverandering is inmiddels een terugkerend onderwerp binnen het internationale klimaatdebat, maar daarover vindt ook binnen andere kaders en op andere niveaus discussie plaats. Een belangrijke vraag die binnen die kaders wordt gesteld, is in hoeverre het (bijdragen aan het) veroorzaken van klimaatverandering strijdig kan worden bevonden met de geldende mensenrechten. Men kan dan denken aan de feitelijke uitstoot van broeikasgassen, maar ook aan het nalaten de juiste maatregelen te treffen in beleid of wet- en regelgeving.¹⁴² Het betreft dan hoofdzakelijk een aansprakelijkheidsvraag. In deze paragraaf stel ik echter een verkennende verantwoordelijkheidsvraag centraal. Het betreft de vraag in hoeverre uit de positieve verplichtingen die mensenrechten in zich kunnen dragen ook verplichtingen kunnen voortvloeien in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ter beantwoording van deze vraag ga ik eerst in op de mogelijke rol van mensenrechten binnen het internationale milieurecht (paragraaf 2.4.2). Ik bespreek tevens of en welke waterrechten kunnen worden aangemerkt als mensenrechten (paragraaf 2.4.3). Het vervolg van mijn betoog spitst zich toe op de mogelijke rol van enkele concrete mensenrechtenbepalingen uit het EVRM en het bijbehorende Eerste Protocol in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering (paragraaf 2.4.4).¹⁴³ Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 2.4.5.

2.4.2. De rol van mensenrechten in het internationale milieurecht

Welke rol spelen mensenrechten in het internationale milieurecht en is het internationale milieurecht wellicht ook een bron van mensenrechten?¹⁴⁴ En in hoeverre zijn hieruit voorts verantwoordelijkheden af te leiden met het oog op de adaptatie aan

141 Zie bijvoorbeeld de opeenvolgende resoluties van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties. Zie Resolutie 7/23 van 28 maart 2008, Resolutie 10/4 van 25 maart 2009, en Resolutie 18/22 van 30 september 2011. Deze resoluties zijn met bijgaande informatie te raadplegen op <<http://www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/index.htm>>.

142 Zie over dat laatste bijvoorbeeld Mertens 2012, p. 61-83.

143 Het betreft in het bijzonder het recht op leven (art. 2 EVRM), het recht op de eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM), en het recht op de bescherming van eigendom (art. 1 EP).

144 Zie over mensenrechten en milieurecht uitgebreid Oemrawsingh 2008 en Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 271-302.

klimaatverandering? In het eerste beginsel van de Verklaring van Stockholm van 1972 wordt gesteld dat de mens een fundamenteel recht heeft op vrijheid, gelijkheid en adequate levensomstandigheden, in een leefomgeving met een dergelijke kwaliteit dat een leven vol waardigheid en welzijn mogelijk is. De mens draagt tevens de verantwoordelijkheid om zijn leefomgeving te beschermen en te verbeteren ten behoeve van huidige en toekomstige generaties. Hiermee lijkt een grondvest te zijn gelegd voor een mensenrecht op – wat ik aanduid als – ‘een kwalitatief goede en veilige leefomgeving’, maar het effect van deze bepaling is gering gebleken bij de ontwikkeling van universele mensenrechten in het milieurecht. Wel heeft deze bepaling er vermoedelijk toe bijgedragen dat sinds 1972 steeds meer vergelijkbare bepalingen werden opgenomen in nationaal recht, voornamelijk in nationaal constitutioneel recht.¹⁴⁵ De Nederlandse variant is te vinden in art. 21 Grondwet.¹⁴⁶ Art. 37 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kan worden beschouwd als Europese pendant.¹⁴⁷ Deze bepaling uit de Verklaring van Stockholm is niet letterlijk overgenomen in de Verklaring van Rio van 1992. Het eerste beginsel van die verklaring stelt dat de mens een centrale rol speelt in de zorg voor duurzame ontwikkeling en dat hij recht heeft op een gezond en productief leven in harmonie met de natuur. Voor zover beide bepalingen al een vergelijkbare strekking hebben, kan worden gesteld dat de laatste in elk geval minder omvattend is dan de eerste.

In 1994 is door een VN-subcommissie een voorstel gedaan tot het opstellen van een Verklaring houdende beginselen met betrekking tot mensenrechten en het leefmilieu.¹⁴⁸ Deze ontwerpverklaring is het eerste internationale document waarmee het verband tussen mensenrechten en het leefmilieu met kracht werd benadrukt. Hoewel deze ontwerpverklaring werd opgesteld na het vaststellen van de Verklaring van Rio bestaat inhoudelijk grotere gelijkenis met het eerste beginsel van de Verklaring van Stockholm.¹⁴⁹ De ontwerpverklaring van 1994 bepaalt onder meer dat eenieder het recht heeft op een veilig en gezond leefmilieu met een ecologisch goede hoedanigheid. Tevens wordt bepaald dat eenieder het recht heeft op een leefmilieu waarin huidige generaties op adequate wijze en naar billijkheid in hun behoeften kunnen voorzien, zonder dat diezelfde mogelijkheid voor toekomstige generaties nadelig wordt beïnvloed.¹⁵⁰ Met deze bepalingen lijkt – evenals met het eerste beginsel van de verklaring van Stockholm – een grondvest te zijn gelegd voor de ontwikkeling van een recht op een kwalitatief goede en veilige leefomgeving. Er kan uiteraard discussie plaatsvinden over de reikwijdte en strekking van een dergelijk recht. Daarbij lijkt het, met het

145 Zie Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 275. Zie tevens Larmuseau (red.) 2007.

146 Art. 21 Gw luidt: ‘De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.’

147 Art. 37 Handvest luidt: ‘Een hoog niveau van milieubescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten in het beleid van de Unie worden geïntegreerd en overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling worden gewaarborgd.’

148 Zie *Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment*, beter bekend als de *UN Draft Principles on Human Rights and the Environment*; UN Doc E/CN.4/Sub.2/1994/9, p. 59.

149 In alinea 3 van de preambule bij de Ontwerpverklaring wordt zowel verwezen naar de Verklaring van Stockholm, als naar de Verklaring van Rio en Agenda 21.

150 Zie Deel I art. 2 en 4 van de Ontwerpverklaring.

oog op de vele uiteenlopende thema's binnen het milieurecht, in mijn ogen raadzaam de reikwijdte daarvan niet op voorhand te zeer in te perken. Ook het voorkomen of beperken van de nadelige gevolgen van klimaatverandering behoort daarbinnen naar mijn mening een plaats te krijgen. Tot de feitelijke vaststelling van een mensenrecht op grond van deze bepalingen is het door tegenstand vanuit verschillende richtingen echter vooralsnog niet gekomen.¹⁵¹ Het bedoelde fundamentele recht wordt tot op heden slechts erkend in internationale documenten met een status van *soft law* en, zoals gezegd, in sommige nationale constituties.

Een andere discussie die op internationaal niveau wordt gevoerd, betreft de relatie tussen mensenrechten en klimaatverandering.¹⁵² Zoals gezegd, heeft de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties in maart 2008 in een resolutie te kennen gegeven dat de bezorgdheid bestaat dat klimaatverandering een onmiddellijke en vergaande wereldwijde bedreiging vormt voor mens en samenleving, en dat het ongetwijfeld implicaties zal hebben voor het ongestoorde genot van mensenrechten.¹⁵³ In dat licht is besloten gedetailleerd onderzoek te verrichten naar de exacte relatie tussen klimaatverandering en mensenrechten. Deze studie werd in op 15 januari 2009 afgerond,¹⁵⁴ hetgeen in maart 2009 leidde tot een nieuwe resolutie waarin, kort gezegd, met kracht van argument werd bevestigd dat de gevolgen van klimaatverandering inderdaad verstrekkende en uiteenlopende implicaties hebben voor het ongestoorde genot van mensenrechten. Mensenrechten behoren daarom een centrale rol te spelen in de beleidsvorming op het terrein van de klimaatverandering.¹⁵⁵ In september 2011 werd een derde resolutie aangenomen, waarin vooral dat laatste kracht werd bijgezet.¹⁵⁶ In navolging van deze resolutie heeft in februari 2012 een seminar plaatsgevonden over de implicaties van klimaatverandering voor het genot van mensenrechten. De belangrijkste doelstelling was het vergroten van het inzicht in de relatie tussen mensenrechten en klimaatverandering, het doen van aanbevelingen met het oog op concrete acties, het vinden en benoemen van *best practices*, en het versterken van de internationale en regionale samenwerking op dit terrein. De discussie lijkt sterk gericht op adaptatie, overigens zonder dat die term daarin voorkomt. De boodschap lijkt dat de totstandkoming en uitvoering van adaptatiebeleid mede moet verlopen langs de beschermende lijnen van de hedendaagse mensenrechten. De ontwikkelingen op dit terrein zijn momenteel zowel op politiek, als op wetenschappelijk niveau volop in beweging.

151 Voor een bespreking van (tegen)argumenten, zie Birnie, Boyle & Redgwell 2009, p. 279.

152 Zie hierover uitgebreid Humphreys (red.) 2010.

153 Zie Resolutie 7/23 'Mensenrechten en klimaatverandering' (28 maart 2008).

154 Zie rapport A/HRC/10/61, te raadplegen op <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>>. Zie hierover bijvoorbeeld Knox 2009.

155 Zie Resolutie 10/4 'Mensenrechten en klimaatverandering' (25 maart 2009), tevens te raadplegen via de genoemde link.

156 Zie Resolutie 18/22 'Mensenrechten en klimaatverandering' (30 september 2011), tevens te raadplegen via de genoemde link.

2.4.3. Waterrechten als mensenrechten?

Van Rijswick onderscheidt in haar oratie een zestal voor 'de Europese burger' relevante waterrechten, waaruit te beschermen individuele belangen kunnen voortvloeien. Het betreft het recht op voldoende schoon en gezond drinkwater, het recht op sanitatie, het recht op voldoende bescherming tegen overstromingen en wateroverlast, het recht op voldoende en schoon water voor voedselproductie en economische activiteiten, het recht op voldoende en schoon water ten behoeve van de natuur, en het recht op water ten behoeve van recreatie.¹⁵⁷ Binnen deze onderverdeling onderscheiden zich de rechten *op* water voor verschillende doeleinden (rechten in verband met de watervoorziening) van rechten op de bescherming *tegen* water (rechten in verband met de waterveiligheid).¹⁵⁸ De behartiging van de uit elk van deze waterrechten voortvloeiende belangen kan door klimaatverandering op verschillende wijzen en in verschillende mate onder druk komen te staan. Dat betekent dat steeds verderstreckende en andersoortige inspanningen nodig zullen zijn om het genot van deze rechten tot op een aanvaardbaar of wenselijk niveau te kunnen (blijven) garanderen.¹⁵⁹ Burgers kunnen daar althans aanspraak op willen maken, waarbij niet is uitgesloten dat zij in hun betogen daartoe aansluiting zullen zoeken bij uiteenlopende mensenrechten. Het is dan ook de vraag of en in hoeverre de genoemde waterrechten daadwerkelijk als zodanig bescherming genieten.

Geen van deze waterrechten is expliciet neergelegd in een mensenrechtenverdrag of document met een vergelijkbare status, zodat zij hoogstens kunnen worden afgeleid uit bindende mensenrechtenbepalingen met een algemenere strekking. Men kan beargumenteren dat de genoemde waterrechten onderdeel uitmaken van het recht op een kwalitatief goede en veilige leefomgeving. Zoals ik hierboven betoogde, is de juridische betekenis van dit recht echter beperkt, zodat een beroep daarop weinig kans van slagen heeft. Wat betreft de onderscheiden rechten op water voor verschillende doeleinden, lijken slechts het klassieke recht op een bepaalde minimale hoeveelheid schoon drinkwater en het recht op sanitatie te worden erkend als mensenrechten waarop in beginsel een vruchtbaar beroep mogelijk is.¹⁶⁰ Deze fundamentele rechten worden doorgaans afgeleid uit algemenere bepalingen, zoals art. 11 en 12 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). De andere waterrechten spelen geen voorname rol binnen het kader van de mensenrechtenbescherming, zodat 'het recht op water' in dat verband uiterst terughoudend moet worden uitgelegd. Uiteenlopende rechten in verband met de zoetwatervoorziening, zoals wij die in Nederland kennen, vallen daar niet onder. Dat neemt overigens

157 Zie Van Rijswick 2008, p. 11-14.

158 Van Rijswick wijst overigens ook op de mogelijkheid van onderscheid op basis van een antropologische en een ecologische benadering. Zie Van Rijswick 2008, p. 14-15.

159 Het is voor mijn betoog in deze paragraaf niet relevant wie die inspanningen moet of zou moeten verrichten, en evenmin welk beschermingsniveau aanvaardbaar of wenselijk is. Dat doet niet af aan het belang van dergelijke vragen.

160 Zie voor een uitgebreidere bespreking bijvoorbeeld Smets (red.) 2012; Van Rijswick & Havekes 2012, p. 19-22; en Sultana & Loftus 2011. Zie tevens General Comment no. 15 (2002), te raadplegen via <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>.

niet weg dat de onderscheiden waterrechten buiten het kader van de mensenrechten wel degelijk bescherming genieten. Zo vinden deze rechten nadere uitwerking in secundair Europees recht en nationale wet- en regelgeving.¹⁶¹ De rechten in verband met de waterveiligheid kunnen op hun beurt wel een rol spelen in het kader van de mensenrechtenbescherming. Deze kunnen bijvoorbeeld in verband worden gebracht met art. 2 en 8 EVRM en art.1 EP, op basis waarvan voor overheden zelfs positieve verplichtingen kunnen bestaan. Dergelijke verplichtingen staan centraal in paragraaf 2.4.4.

2.4.4. *Adaptatieverplichtingen op grond van positieve verplichtingen*

Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgt dat uit de bepalingen van het EVRM voor overheden positieve verplichtingen kunnen voortvloeien.¹⁶² De in het kader van dit proefschrift meest relevante bepalingen zijn art. 2 en 8 EVRM (het recht op leven respectievelijk het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven) en art. 1 EP (het recht op ongestoord genot van eigendom). Brans en Winterink brengen de uit deze bepalingen voortvloeiende positieve verplichtingen terecht in verband met het voorzorgsbeginsel, hoewel het Hof daar meestal niet expliciet aan toetst. Zodoende wijzen zij op een aantal uitspraken van het EHRM ‘waaruit volgt dat van een overheid maatregelen mogen worden verwacht gericht op de bescherming van burgers en hun eigendommen, ook als het nog niet zeker is dat de gebeurtenis waardoor deze schade zou kunnen worden veroorzaakt ook werkelijk gaat plaatsvinden.’¹⁶³ Het betreft in het bijzonder de uitspraken in de zaken *Öneryildiz/Turkije*, *Budayeva/Rusland*, en *Tatar/Roemenië*.¹⁶⁴ Onder meer deze zaken kunnen volgens hen ook van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of en onder welke omstandigheden van overheden maatregelen mogen worden verwacht ter bescherming van burgers en hun eigendommen tegen de onzekere nadelige gevolgen van klimaatverandering.¹⁶⁵ Die vraag komt ook hieronder aan de orde.

Uit de genoemde uitspraken volgt dat de betrokken overheidsorganen in zekere mate op de hoogte moeten zijn van een potentieel risico, willen zij naderhand met succes kunnen worden aangesproken op hun positieve verplichtingen. Hoe concreet deze kennis moet zijn volgt niet in algemene bewoordingen uit deze uitspraken. Daaruit volgt wel dat deze niet altijd zeer concreet hoeft te zijn. In de zaak *Öneryildiz/Turkije* was een Turks gemeentebestuur enige jaren voor een methaanexplosie op een vuilnisbelt reeds door een onafhankelijke deskundigencommissie gewezen op het risico van een dergelijke explosie en de mogelijke gevolgen daarvan. Desondanks had men

161 Zie uitgebreid Van Rijswijk & Havekes 2012, p. 22-75. Zie tevens hoofdstuk 3 en 4.

162 Zie hierover bijvoorbeeld Mowbray 2004; Janis, Kay & Bradley 2008; en Brans & Winterink 2012, p. 124-130.

163 Zie Brans & Winterink 2012, p. 125.

164 Zie respectievelijk EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 m.nt. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Budayeva/Rusland*); en EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Tatar/Roemenië*).

165 Zie Brans & Winterink 2012, p. 129-130.

ten onrechte nagelaten veiligheidsmaatregelen te treffen. In de zaak *Budayeva/Rusland* was de Russische centrale overheid meerdere malen op formele wijze gewaarschuwd voor mogelijke ernstige schade wegens zich geregeld voordoende modderstromen. Ondanks deze concrete waarschuwingen was ook in dit geval ten onrechte nagelaten de nodige veiligheidsmaatregelen te treffen. Ook in de zaak *Tatar/Roemenië* werd de betrokken overheid geacht op de hoogte te (kunnen) zijn van het bestaan van een reële kans op gezondheidsrisico's wegens de verontreiniging van het getroffen gebied met uit een goudmijn afkomstige zware metalen door de doorbraak van een dam. In deze zaak was geen sprake van concrete waarschuwingen en voorts bestond er onzekerheid over de aard en omvang van de gezondheidsrisico's. Dit stond er desalniettemin niet aan in de weg dat van de betrokken overheid de nodige beschermingsmaatregelen hadden mogen worden verwacht.

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat uit de positieve verplichtingen ook adaptatieverplichtingen voor overheidsorganen kunnen voortvloeien, althans verplichtingen tot de bescherming van burgers en hun eigendommen tegen de al dan niet onzekere risico's die de klimaatverandering met zich draagt. De jurisprudentie van het EHRM biedt in dat verband de nodige algemene aanknopingspunten, die naar mijn verwachting in verband met de huidige taken en bevoegdheden van waterbeheerders overigens niet gauw tot andere, verderstrekkende resultaten zullen leiden dan het nationale (water)recht.¹⁶⁶ Brans en Winterink stellen in mijn ogen terecht dat in verband met klimaatrisico's eerder beschermingsmaatregelen van de overheid mogen worden verwacht, naarmate de kennis over de gevolgen van klimaatverandering en de daarmee gepaard gaande risico's concreter is.¹⁶⁷ Ook wanneer deze klimaatrisico's nog zijn omgeven met onzekerheden, valt echter niet uit te sluiten dat de betrokken overheidsorganen zijn gehouden adequate beschermingsmaatregelen te treffen. Dat betekent in mijn ogen niet dat met een beroep op die positieve verplichtingen op grote schaal adaptatiemaatregelen kunnen worden afgedwongen. Deze verplichtingen strekken er immers nadrukkelijk niet toe om alle mogelijke risico's weg te nemen.¹⁶⁸ Daarenboven bestaat er, zoals ook in de uitspraak *Budayeva/Rusland* werd benadrukt, een grote mate van discretionaire ruimte bij het stellen van prioriteiten en het nemen van beslissingen in verband met de tenuitvoerlegging van de verplichtingen. Aan die discretionaire ruimte komt zelfs extra belang toe in gevallen waarin niet een gevaarlijke gedraging, maar juist meteorologische factoren aan het risico ten grondslag liggen.¹⁶⁹ In dat opzicht kan worden gesteld dat de positieve verplichtingen de betrokken overheden er hoofdzakelijk toe dwingen zorgvuldige afwegingen te maken ten aanzien van de omgang met (onzekere) risico's, waarbij in het bijzonder acht dient te worden geslagen op de gelding van de universele rechten van de mens.

166 Zie paragraaf 4.3.4.2, 4.4.3 en 6.3.4.2 over de afdwingbaarheid van maatregelen op basis van de in het Nederlandse waterbeheer geldende zorgplichten.

167 Zie Brans & Winterink 2012, p. 129.

168 Zie bijvoorbeeld EHRM 15 december 2009, EHRC 2010/16 (*Kalender/Turkije*).

169 Zie EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Budayeva/ Rusland*) r.o. 135. Zie tevens Brans & Winterink 2012, p. 127.

2.4.5. Tussenconclusies

In het internationale milieurecht bestaat reeds geruime tijd aandacht voor de rol die mensenrechten daarin spelen. Sinds de vroege jaren zeventig van de vorige eeuw vindt het recht op een kwalitatief goede en veilige leefomgeving erkenning in verschillende documenten met de status van *soft law*. Tot een formele vaststelling van dat recht in een bindende bepaling is het vooralsnog niet gekomen. De laatste jaren staat vooral de relatie tussen klimaatverandering en mensenrechten steeds meer in de wetenschappelijke en politieke belangstelling. Het geniet brede erkenning dat mensenrechten een belangrijke rol behoren te spelen bij de totstandkoming en uitvoering van klimaat- en adaptatiebeleid. Daarnaast ligt de nadruk in het debat in belangrijke mate op de vraag of en in hoeverre (de bijdrage aan) het veroorzaken van klimaatverandering een inbreuk vormt op deze fundamentele rechten. Ik ging hierboven daarentegen op verkennende wijze in op de vraag in hoeverre de positieve verplichtingen op grond van bepalingen uit het EVRM ook een juridische basis kunnen vormen voor verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik baseerde me daarbij op drie uitspraken van het EHRM.

Uit die uitspraken volgen vooral algemene lessen, die ook van belang kunnen zijn in verband met de adaptatie aan klimaatverandering. Voor het ontstaan van een verplichting is het van belang dat het betrokken overheidsorgaan kennis heeft of kan hebben omtrent het betreffende risico (Öneryildiz en *Budayeva*). Hoe concreter de kennis omtrent een risico is, hoe eerder van het betrokken overheidsorgaan beschermende maatregelen mogen worden verwacht. De wetenschappelijke of feitelijke onzekerheid omtrent een risico neemt die verantwoordelijkheid niet zonder meer weg, maar kan deze wel redelijkerwijs beperken (*Tatar*). Overheidsorganen hebben veel discretionaire ruimte bij het nemen van beslissingen omtrent de omgang met het betreffende risico. Hieraan komt een bijzonder belang toe, indien het betreffende risico zijn ontstaansgrond heeft in natuurlijke factoren (*Budayeva*). Hoewel men op basis van deze uitspraken terughoudend moet zijn met het trekken van op onzekere klimaatrisico's toegespitste conclusies, kan niet worden uitgesloten dat de positieve verplichtingen ook verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in zich dragen. Aan de hand van de genoemde algemene lessen kan in concrete gevallen een voorzichtige maat aan die verplichtingen worden gegeven.

2.5. Conclusies

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre en welke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien uit het internationale recht. Die vraag dient te worden beantwoord tegen de achtergrond van de ontwikkelingen omtrent de adaptatiebenadering in het politieke en wetenschappelijke klimaatdebat. In dat debat is een groeiende aandacht voor het adaptatieleerstuk waarneembaar. In eerste instantie kon de vroege adaptatiebenadering rekenen op fundamentele kritiek en weinig aanhang. Dat valt te begrijpen, aangezien deze benadering, in de tijd van een breed gedragen overtuiging de klimaatverandering door middel van mitigatiemaatregelen

tot een halt te kunnen roepen, een passieve opstelling proclameerde en de feitelijke adaptatie toeschreef aan de onzichtbare handen van de natuurlijke selectie en de marktwerking. Naarmate meer twijfel en politieke twisten over de 'maakbaarheid' van het klimaat ontstonden, schoot een conceptueel veranderde adaptatiebenadering diepe wortels in het klimaatdebat. Naast de genoemde onzichtbare handen zouden ook mensenhanden een belangrijke bijdrage moeten leveren in de aanpassing aan de onvermijdbare gevolgen van klimaatverandering en de bescherming tegen de daaruit voortvloeiende risico's. De huidige realistische benadering stelt de adaptatie en de mitigatie op gelijke voet, en dicht een 'optimale mix' van beide benaderingen synergetische en complementaire krachten toe.

Het huidige internationale klimaatregime dateert in zijn kern uit de periode waarin de adaptatiebenadering nog weinig aanhang vond. Het verbaast dan ook niet dat de adaptatiebenadering hierin geen sterke doorklank vindt. Zo is het voorkomen en beperken van de nadelige gevolgen van klimaatverandering geen zelfstandige doelstelling van het Klimaatverdrag en komt dit ook wat betreft de toepassing van het daarin uitgewerkte voorzorgsbeginsel ontegenzeggelijk op de tweede, en dus laatste plaats. Het uiteindelijke doel van het Klimaatverdrag is de stabilisering van de concentratie broeikasgassen in de atmosfeer, teneinde gevaarlijke antropogene klimaatverandering te voorkomen. Het treffen van adaptatiemaatregelen draagt niet bij aan de verwezenlijking daarvan. Daarmee loopt het Klimaatverdrag uit de pas met de huidige stand van de wetenschap en de techniek, en tevens met de mede daarop gebaseerde politieke overtuigingen. Ik deed daarom de aanbeveling om bij de onderhandelingen over een nieuwe overeenkomst inzake klimaatverandering expliciet een plaats te reserveren voor de adaptatiebenadering. Dat hoeft overigens niet ten koste te gaan van de mitigatiedoelstelling in welke vorm dan ook. Een belangrijk lichtpunt in het huidige regime is de verplichting voor alle partijen bij het verdrag om maatregelenprogramma's vast te stellen, waarin óók de door hen te treffen adaptatiemaatregelen moeten worden opgenomen. Van de vorderingen te dien aanzien moet periodiek verslag worden uitgebracht aan de Conferentie van de Partijen. Ik beschouw dit als een verplichting om nationaal klimaat- en adaptatiebeleid tot stand te brengen en uit te voeren. Daarbij komt aan de partijen uiteraard een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toe. Mede daardoor heeft het verdrag in combinatie met de ontwikkelingen in het klimaatdebat desalniettemin een sterke agenderende werking op lagere beleidsniveaus.

Ook de relatie tussen klimaatverandering en mensenrechten is tegenwoordig een belangrijk thema in het internationale (klimaat)debat. Zo heeft de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties hierover verschillende resoluties aangenomen, en hierover tevens meermaals bericht aan de Conferentie van de Partijen. Ik stelde hierboven de vraag of en in hoeverre uit de positieve verplichtingen op grond van bepalingen uit het EVRM ook verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen voortvloeien. Ik concludeerde dat dat zeker niet kan worden uitgesloten, maar dat men vooralsnog wel terughoudend moet zijn met het trekken van conclusies uit de op dit moment beschikbare uitspraken van het EHRM. Deze uitspraken hebben betrekking op de vraag of in verband met bepaalde veiligheids- of gezondheidsrisico's van

de betrokken overheidsorganen beschermende maatregelen (hadden) mogen worden verwacht. Over het algemeen geldt dat dergelijke maatregelen eerder mogen worden verwacht, naarmate meer en concretere kennis omtrent het betreffende risico bestaat. Een zekere mate van beleids- en beoordelingsvrijheid kan het betrokken overheidsorgaan bij het nemen van beslissingen in verband met een risico echter niet worden ontzegd, vooral niet wanneer dat risico zijn ontstaansgrond heeft in natuurlijke factoren. De onzekerheid omtrent een risico kan van invloed zijn op de mate van verantwoordelijkheid, maar zal deze niet zonder meer wegnemen. Deze algemene uitgangspunten kunnen worden gehanteerd bij vragen omtrent de verantwoordelijkheden van overheidsorganen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

≈ 3 Europeesrechtelijke adaptatieverplichtingen

3.1. Inleiding

Uit hoofdstuk 2 volgt de conclusie dat het internationale klimaatregime geen krachtige bron is van adaptatieverplichtingen, maar dat daarvan wel een sterke agenderende werking uitgaat. Dit heeft ertoe bijgedragen dat een groot aantal Europese lidstaten zich heeft ingespannen adaptatiebeleid tot stand te brengen, hoofdzakelijk in de vorm van nationale adaptatiestrategieën.¹ Ook op het Europese beleidsniveau zijn sinds de tweede helft van het vorige decennium wat dat betreft diverse (beleids)ontwikkelingen waarneembaar. De recente totstandkoming van de Europese Adaptatiestrategie in april 2013 vormt hiervan een voorlopig sluitstuk.² Deze ontwikkelingen nemen in dit hoofdstuk een centrale positie in. Daarenboven staat in dit hoofdstuk de vraag centraal in hoeverre voor Nederland en dus indirect voor Nederlandse waterbeheerders uit het Europese recht verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien. Er bestaat (vooralsnog) geen richtlijn die of ander juridisch bindend instrument dat de adaptatie als zodanig adresseert.³ Daarentegen kan wel worden gewezen op de vele en veelsoortige beginselen, (zorg)plichten en juridische verantwoordelijkheden die voortvloeien uit primaire en secundaire Europese regelgeving. Zo kan op milieugebied worden gewezen op de algemene en bijzondere bepalingen uit het EU-Werkingsverdrag (VWEU) en het EU-Verdrag (EUV). Concretere bepalingen omtrent de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast en droogte zijn voorts te vinden in de Kaderrichtlijn Water (KRW) en de Richtlijn overstroomingsrisicobeheer (Ror).⁴ Dergelijke bepalingen kunnen met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering een bron zijn voor juridische verantwoordelijkheden. In de literatuur wordt er overigens op gewezen dat op dat terrein nog wel de nodige verbeteringen kunnen worden doorgevoerd om de doeltreffendheid van dergelijke bepalingen te vergroten.⁵ In dit hoofdstuk ga ik per genoemd beleidsthema in op de strekking van dergelijke bepalingen en doe ik waar nodig aanbevelingen tot verbetering.

Dit hoofdstuk is als volgt gestructureerd. In paragraaf 3.2 ga ik in kort bestek in op de verwachte effecten van klimaatverandering op het Europese continent. In paragraaf

1 Voor een vergelijking van nationale adaptatiestrategieën binnen Europa, zie Biesbroek e.a. 2010, p. 440-450 en Swart e.a. 2009.

2 Zie COM(2013) 216.

3 De Europese Adaptatiestrategie stelt bindende regelgeving in het vooruitzicht, indien in 2017 blijkt dat de lidstaten onvoldoende vooruitgang hebben geboekt met het tot stand brengen van nationale adaptatiestrategieën. Zie COM(2013) 216, p. 6.

4 Zie bijvoorbeeld Van Rijswijk & Havekes 2012, p. 254-258 en p. 356-362 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 171-175 en p. 256-261.

5 Zie bijvoorbeeld Keessen & Van Rijswijk 2012.

3.3 stel ik de recente ontwikkelingen in het Europese integrale adaptatiebeleid aan de orde, evenals de relevante ontwikkelingen in het sectorale waterbeleid. In paragraaf 3.4 bespreek ik de verplichtingen die ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeien uit het Europese recht. Daarbij onderscheid ik algemene verplichtingen (paragraaf 3.4.2), verplichtingen in het kader van het overstromingsrisicobeheer (paragraaf 3.4.3), en verplichtingen in het kader van de bescherming tegen waterschaarste en droogte (paragraaf 3.4.4). Ik sluit dit hoofdstuk af met de nodige conclusies in paragraaf 3.5.

3.2. De verwachte effecten van klimaatverandering in Europa⁶

Het wekt geen verbazing dat de effecten van klimaatverandering ook in Europa merkbaar zullen zijn. Deze effecten hangen voornamelijk samen met de verwachte temperatuurstijging en de veranderingen in neerslagpatronen. Net als in alle andere delen van de wereld, zullen de concrete gevolgen in Europa regionaal en lokaal sterk uiteen lopen. Het is dus lastig om met het oog op de aanpassing daaraan één algemeen toepasbare strategie te ontwikkelen of standaard maatregelenpakketten voor te schrijven.⁷ In grote lijnen zijn de verwachte effecten in het noorden van Europa naar hun aard te onderscheiden van de effecten in het zuidelijk deel. Ook wordt verwacht dat de effecten in het zuiden over het algemeen ernstigere gevolgen met zich zullen brengen. In heel Europa valt reeds een gemiddelde temperatuurstijging waar te nemen, die zich de komende eeuw zeer waarschijnlijk zal voortzetten. Vooral in Oost- en Noord-Europa zullen de winters aanmerkelijk zachter worden. In het westen en zuiden van Europa worden vooral de zomers aanmerkelijk warmer. Voorts zal de gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid neerslag in het noorden vermoedelijk toenemen, terwijl deze in het zuiden zal afnemen. De neerslagtoename zal in het westen, noorden en midden van Europa vooral merkbaar zijn in de winterperiode. In het zuiden van Europa zal gedurende de winter minder neerslag vallen. In de zomer neemt de verwachte neerslaghoeveelheid in heel Europa af, waarbij de verwachte afname in het zuiden aanmerkelijk sterker zal zijn dan in het noorden. In de lente en de herfst worden op basis van de voorspellingen in Europa relatief weinig veranderingen in neerslagpatronen verwacht.⁸

De hierboven beschreven effecten van klimaatverandering zullen vooral een sterke invloed hebben op rivierafvoeren op het Europese continent. Reeds op korte termijn (2020) zal de gemiddelde jaarlijkse rivierafvoer in het noorden van Europa toenemen, terwijl de gemiddelde jaarlijkse rivierafvoer in het zuiden en oosten op die termijn zal afnemen. Deze ontwikkelingen zullen zich ook na 2020 vermoedelijk nog voortzetten. De toename van rivierafvoeren zal in Noord- en Oost-Europa vooral merkbaar zijn tijdens de winterperiode. In de zomerperiode wordt in noorden en oosten een afname

⁶ Zie uitgebreider COM(2013) 216, p. 2-4; SWD(2013) 132; en IPCC 2007b, p. 541-580.

⁷ Zie ook Termeer e.a. 2011.

⁸ Zie IPCC 2007b, p. 547-548. Zie tevens Räisänen e.a. 2004 en Giorgi e.a. 2004.

van rivierafvoeren voorspeld,⁹ die echter minder ernstig zal zijn dan de afname in het zuiden en midden van Europa, waar de afname wel vijftig tot tachtig procent kan bedragen. Waar rivierafvoeren toenemen, neemt eveneens het risico op overstromingen en wateroverlast toe. Dit vergroot vooral in het noorden en oosten van Europa de kans op ernstige schade, aangezien daar in laaggelegen delen veel economisch waardevolle en dichtbevolkte gebieden zijn geconcentreerd. De toenemende verharding van de bodem kan het risico vergroten. De afname van rivierafvoeren kan leiden tot ernstige watertekorten. De dreiging hiervan doet zich vooral gedurende de zomerperiode voor in heel Europa. De meest schadelijke effecten hiervan worden echter verwacht in het zuidelijk deel van het continent, en tevens in delen van Midden- en Oost-Europa. Een toename van de hoeveelheid onttrekkingen van grond- dan wel oppervlaktewater vergroot overigens het risico op schade door watertekorten.¹⁰

Ook zeespiegelstijging kan een bedreiging vormen voor het gehele Europese kustgebied, hoewel een groot deel van de Europese kust relatief robuust is. Vooral de laaggelegen delen van (Noord- en West-)Europa en het Middellandse Zeegebied krijgen te kampen met toenemende overstromingsrisico's vanuit zee. Daarnaast zullen door zeespiegelstijging zoutwatertongen in rivieren en estuaria verder landinwaarts trekken, met een verzilting van het grond- en oppervlaktewater als gevolg. Ten slotte zal zeespiegelstijging ook veranderingen in kust- en mariene ecosystemen met zich brengen.¹¹

Uit bovenstaande blijkt dat het treffen van adaptatiemaatregelen in alle delen van Europa noodzakelijk is. Enerzijds dient vooral in het noorden en oosten van Europa voldoende bescherming te worden geboden tegen de toenemende overstromingsrisico's en risico's op wateroverlast door hogere winterafvoeren van rivieren. Anderzijds dient vooral in het zuiden, maar ook in andere delen van Europa tegemoet te worden gekomen aan de dreiging van schade door watertekorten. Ook kunnen adaptatiemaatregelen in de (laaggelegen) Europese kuststreken noodzakelijk zijn om het hoofd te bieden aan de toenemende overstromingsrisico's vanuit zee. De adaptatiecapaciteit in Europa is relatief groot. Ook bestaat relatief veel ervaring met het treffen van beschermende maatregelen ter verkleining van overstromingsrisico's of de risico's van watertekorten. Naast de zogenoemde traditionele maatregelen, zoals het aanleggen van dijken en waterreservoirs, winnen ook alternatieve maatregelen aan populariteit. Te denken valt aan het aanwijzen en inrichten van gebieden voor de tijdelijke berging van overtollig oppervlaktewater,¹² het opstellen van overstromingswaarschuwingssystemen, het hergebruiken van afvalwater, ontzilting,¹³ het opstellen van verdringingsreeksen, het stimuleren van een zuiniger watergebruik in verschillende sectoren, en het voorkomen en dichten van lekken in systemen voor watertransport. Een kenmerk van de genoemde traditionele maatregelen is dat zij vaak kostbaar zijn en een groot beslag leggen op

9 Zo blijkt uit onderzoek dat de rivierafvoer van de Rijn in de winter zal toenemen en in de zomer zal afnemen. Zie bijvoorbeeld Middelkoop & Kwadijk 2001.

10 Zie IPCC 2007b, p. 549-550.

11 Zie IPCC 2007b, p. 550-551.

12 Zie bijvoorbeeld Groothuijse 2009 en Groothuijse 2010.

13 Zie bijvoorbeeld Pelamonia & Keessen 2012.

de openbare ruimte. Bescherming tegen overstromingen of wateroverlast vanuit zee vindt, waar het kustfundament niet robuust genoeg is, vooral plaats door (het aanleggen en versterken van) duinen en het opstellen van plannen voor het beheer van kustlijnen. Tevens vindt de ontwikkeling van nieuwe adaptatiestrategieën voor de bescherming van kustsystemen plaats in een hoog tempo.¹⁴

3.3. Ontwikkelingen in het Europese adaptatiebeleid

3.3.1. De 'vroege' beleidsontwikkelingen: naar een Groenboek inzake adaptatie

Adaptatie aan klimaatverandering is een relatief nieuw fenomeen in het Europese milieubeleid.¹⁵ In het vijfde Milieuactieprogramma van 1992 lag de nadruk nog sterk op de introductie van een sectorale benadering van milieuvraagstukken en de aanpassing van de tot dan toe gebruikelijke hiërarchische structuur van beleidsvorming. Binnen dat programma kwam geen noemenswaardig klimaatbeleid tot stand. In het zesde Milieuactieprogramma van 2002 vindt men de eerste krachtige noties van duurzaamheid in het Europese milieubeleid, evenals een sterke drang naar een integralere benadering van milieuvraagstukken.¹⁶ De klimaatverandering werd in dit programma nadrukkelijk beschouwd als een van de belangrijkste uitdagingen voor de periode 2002-2012. De belangrijkste doelstelling die in dat kader werd verwoord, was het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen tot een niveau waarop geen 'kunstmatige veranderingen' van het aardklimaat meer zouden plaatsvinden. Als concreet doel binnen het Uniebeleid voor de korte termijn gold het bereiken van de doelstellingen van het Kyoto Protocol, waartoe binnen het kader van het Europees Programma inzake Klimaatverandering (2000) een breed scala aan instrumenten en strategieën werd ontwikkeld. Ondanks de toenemende aandacht voor het klimaatprobleem als zodanig, richtte de aandacht op het terrein van het Europese milieubeleid zich volkomen op de mitigatie van de klimaatverandering. De aandacht voor adaptatie bleef ten opzichte daarvan ver achter.¹⁷

Terwijl de adaptatiebenadering in een aantal Europese lidstaten – waaronder Nederland¹⁸ – rond de eeuwwisseling reeds wortel had geschoten in het nationale milieubeleid, duurde het tot 2005 eer ook op het Europese beleidsniveau openlijk werd gewezen op het belang van adaptatie.¹⁹ Een van de eerste documenten waarin dit gebeurde was een mededeling van de Europese Commissie van 9 februari 2005,

14 Zie IPCC 2007b, p. 559.

15 Zie voor een overzicht van ontwikkelingen in het Europese integrale adaptatiebeleid ook Ellison 2010, p. 39-56.

16 Zie bijvoorbeeld McEvoy, Lonsdale & Matczak 2008, p. 3. Zie tevens het zesde Milieuactieprogramma, 'Milieu 2010: Onze toekomst, onze keuze', COM(2001) 31 en Besluit 1600/2002/EG, PB L 242 van 10 september 2002, p. 1-15.

17 Op het moment van schrijven is het zevende Milieuactieprogramma in voorbereiding. De adaptatie aan klimaatverandering lijkt binnen dat programma een belangrijke positie te gaan innemen.

18 Zo betoog ik in paragraaf 4.2 dat het adaptatiebeleid in Nederland hoofdzakelijk tot ontwikkeling is gekomen in het waterbeleid van het begin van de 21^e eeuw.

19 Rond die tijd presenteerden de eerste Europese lidstaten reeds nationale adaptatiestrategieën. Zie bijvoorbeeld Biesbroek e.a. 2010, p. 441.

getiteld 'Naar de zege in de strijd tegen de wereldwijde klimaatverandering'.²⁰ Hierin werd de noodzaak van adaptatie benadrukt en tevens bevestigd dat de EU een belangrijke rol kan spelen bij de vermindering van de kwetsbaarheid voor en de bevordering van de aanpassing aan klimaatverandering.²¹ Hiermee werd vooruitgelopen op een nieuwe fase in het Europees Programma inzake Klimaatverandering (fase II).²² In oktober 2005 ging deze tweede fase van start, waarbij de adaptatie werd gedoopt tot belangrijk Europees beleidsthema. In de loop van 2005 en 2006 onderzocht een speciaal daartoe opgerichte werkgroep de mogelijke rol van de EU ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering en de wijze waarop adaptatiebeleid het best zou kunnen worden geïntegreerd in de diverse relevante beleidsterreinen.²³ Zo onderzocht de werkgroep ook de gevolgen van klimaatverandering voor de watersector en deed zij in dat kader aanbevelingen voor beleidsacties op EU-niveau, mede ter ondersteuning en bekrachtiging van het water- en adaptatiebeleid op het niveau van de lidstaten.²⁴ De resultaten van de onderzoeken van de werkgroep lagen aan de basis van de totstandkoming van het nader te bespreken Groenboek inzake de adaptatie aan klimaatverandering.²⁵

3.3.2. *Het Groenboek inzake adaptatie aan klimaatverandering*

Het Groenboek van 29 juni 2007 geldt als het eerste officiële Europese beleidsdocument waarin de adaptatie aan klimaatverandering centraal staat. In het Groenboek worden de negatieve effecten van klimaatverandering voor Europa beschreven en worden tevens de kwetsbaarste gebieden, gebiedstypen en (maatschappelijke) sectoren aangewezen.²⁶ Voorts wordt benadrukt dat vroegtijdige actie – zowel op EU- als op lidstaatniveau – duidelijke economische voordelen biedt, aangezien het uitblijven daarvan binnen feitelijk alle beleidssectoren reeds op korte termijn tot zeer hoge structurele en incidentele, maar ook vooral onvoorspelbare kosten en schade kan leiden.²⁷ Bij de adaptatie aan klimaatverandering spelen overigens niet alleen de EU en de lidstaten een belangrijke rol, maar zijn ook de regionale en lokale autoriteiten en de particuliere sector betrokken. Bij het treffen van maatregelen dient acht te worden geslagen op subsidiariteit, complementariteit en partnerschap. Zo dient op lokaal niveau optimaal gebruik te worden gemaakt van en te worden ingesprongen op de beschikbare kennis omtrent de plaatselijke natuurlijke en maatschappelijke omstandigheden. Het regionale bestuursniveau lijkt in beginsel het meest geschikt voor de totstandkoming van gebiedsgericht beleid en sectoroverschrijdende planvorming.²⁸ Ook valt op dit niveau

20 Zie COM(2005) 35.

21 Zie COM(2005) 35, p. 8-9.

22 Zie COM(2005) 35, p. 13.

23 Zie McEvoy, Lonsdale & Matczak 2008, p. 3-4.

24 Zie EPK Werkgroep II 2006.

25 Zie Groenboek 'Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie', COM(2007) 354.

26 Zie COM(2007) 354, p. 5-7.

27 Zie COM(2007) 354, p. 10-11.

28 Zie bijvoorbeeld Termeer e.a. 2011.

vermoedelijk de meeste winst te boeken op het terrein van de bewustmaking omtrent de (regionale) klimaatproblematiek. Op nationaal niveau ligt de nadruk hoofdzakelijk op de ontwikkeling en verbetering van het instrumentarium voor risicobeheer en de ontwikkeling van doeltreffende uitvoeringsgerichte adaptatiestrategieën. Het delen van kennis en ervaringen daaromtrent wordt als essentieel beschouwd.²⁹

Volgens de Commissie is ook op EU-niveau actie noodzakelijk. Op dit niveau lijken hoofdzakelijk coördinerende, integrerende en faciliterende taken weggelegd. Zo kan de EU financieel en feitelijk bijdragen aan de coördinatie en facilitering van de uitwisseling en de ontwikkeling van kennis, informatie en ervaringen omtrent de adaptatie aan klimaatverandering. Dergelijke kennis, praktijkervaringen en resultaten van wetenschappelijk onderzoek kunnen voorts worden geïntegreerd in sectoraal en integraal beleid. Daarop kunnen uiteindelijk doeltreffende Europese adaptatiestrategieën worden gebaseerd.³⁰ Onder meer op basis van bovenstaande overwegingen worden in het Groenboek prioritaire opties voor een op vier pijlers gebaseerde EU-benadering inzake adaptatie gepresenteerd.³¹ De eerste pijler betreft de vroegtijdige actie in de EU. Bezien moet worden in hoeverre de adaptatie aan klimaatverandering een plaats heeft of kan krijgen binnen de kaders van reeds bestaand beleid of bestaande regelgeving binnen de relevante sectoren. Wat betreft de watersector wordt gewezen op de toepasbaarheid van de mogelijkheden die de KRW biedt om het waterverbruik in verschillende sectoren te verminderen en de doeltreffendheid van het gebruik te verbeteren, teneinde tegemoet te komen aan maatschappelijke problemen omtrent waterschaarste en droogte.³² Met het oog op de waterveiligheid wordt gewezen op de regelgeving inzake de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's.³³ Voorts worden diverse financieringsprogramma's besproken, waarbinnen rekening wordt of kan worden gehouden met adaptatie aan klimaatverandering. Ook wordt gewezen op de ontwikkeling van nieuwe vormen van beleidsrespons binnen diverse sectoren.³⁴

De derde pijler betreft de vermindering van de onzekerheden door de verbreding van de kennisbasis via geïntegreerd klimaatonderzoek. Daarbij ligt de nadruk op de verbetering van systemen voor het doen van voorspellingen van de effecten van klimaatverandering op regionaal en lokaal niveau. Ook de ontwikkeling van aanpassingsstrategieën staat centraal. Daarbij wordt gewezen op het zevende Kaderprogramma (KP7; 2007-2013) voor wetenschappelijk onderzoek van de EU, waarbinnen veel klimaatonderzoek wordt verricht. Ook worden twaalf punten van de onderzoeksagenda inzake de adaptatie aan klimaatverandering gepresenteerd en

29 Zie COM(2007) 354, p. 12-14.

30 Zie COM(2007) 354, p. 14-15.

31 Zie COM(2007) 354, p. 16-32. De tweede pijler laat ik hier buiten beschouwing. Deze betreft het externe optreden van de EU, bijvoorbeeld in de vorm van het sluiten van nieuwe op kennisvermeerdering en ontwikkelingssamenwerking gerichte bondgenootschappen met partners overal ter wereld.

32 Zie in dat kader ook de aanbevelingen in de mededeling van de Commissie 'De aanpak van waterschaarste en droogte in de Europese Unie' van 18 juli 2007, COM(2007) 414. Zie daarover paragraaf 3.3.4.1 en paragraaf 3.4.4.

33 Zie COM(2007) 354, p. 19-20. Zie ook Keessen & Van Rijswijk 2012. Zie tevens paragraaf 3.3.4.2 en paragraaf 3.4.3.

34 Zie COM(2007) 354, p. 22-25.

nader toegelicht.³⁵ De vierde pijler concentreert zich, ten slotte, op de betrokkenheid van de hele Europese samenleving, het bedrijfsleven en de overheidssector bij de voorbereiding van gecoördineerde, allesomvattende adaptatiestrategieën. Alle betrokkenen worden expliciet uitgenodigd deel te nemen aan een structurele dialoog, teneinde de maatschappelijke problemen van klimaatverandering op een systematische wijze te kunnen analyseren. Voorts wordt het voornemen kenbaar gemaakt als onderdeel van het eerder genoemde Europees Programma inzake Klimaatverandering een Europese adviesgroep in te stellen, die zal functioneren als een groep van deskundigen van de Commissie en zal bestaan uit representatieve beleidsmakers, prominente wetenschappers en vertegenwoordigers van het maatschappelijk middenveld.

3.3.3. De recentere beleidsontwikkelingen: via een Witboek inzake adaptatie naar een Europese Adaptatiestrategie

3.3.3.1. Het Witboek inzake adaptatie aan klimaatverandering

Het hierboven besproken Groenboek inzake de adaptatie aan klimaatverandering heeft een aanzet gegeven voor een grootschalige maatschappelijke en wetenschappelijke inventarisatie en analyse van het klimaatprobleem en de gevolgen daarvan voor verschillende Europese beleidssectoren. Deze inspanningen werden verricht in de loop van 2007 en 2008, en leidden in april 2009 onder meer tot de publicatie van een Witboek inzake de adaptatie aan klimaatverandering.³⁶ Dit Witboek beschrijft, naar eigen zeggen, een kader om de EU minder kwetsbaar te maken voor de gevolgen van de klimaatverandering en paveit de weg voor de totstandkoming en uitvoering van een veelomvattende Europese Adaptatiestrategie in 2013.³⁷ Het bouwt in grote lijnen voort op de overwegingen en conclusies uit het Groenboek en beschrijft bij wijze van inleiding de concrete gevolgen die de klimaatverandering vermoedelijk met zich zal brengen voor verschillende beleidssectoren.³⁸ De algemene uitdaging voor beleidsmakers die hieruit voortvloeit, is het verwerven van meer inzicht in deze gevolgen en op basis daarvan het ontwikkelen en uitvoeren van beleidsmaatregelen die een optimale adaptatie aan klimaatverandering waarborgen. Daarbij drukt de Commissie beleidsmakers op het hart zich niet te gauw te verlaten op fysieke infrastructurele maatregelen, maar vooral de capaciteit van de natuur te benutten om de gevolgen van klimaatverandering in steden en op het platteland te absorberen en te beheersen.³⁹ Daarmee lijkt de Commissie enige inhoudelijke sturing te willen geven aan de concrete invulling van het adaptatiebeleid van de lidstaten.

Hoewel de meeste adaptatiemaatregelen op nationaal, regionaal of lokaal niveau zullen worden getroffen, is ook actie op EU-niveau gerechtvaardigd. De EU kan immers

35 Zie COM(2007) 354, p. 29-31.

36 Zie Witboek 'Aanpassing aan de klimaatverandering: naar een Europees actiekader', COM(2009) 147.

37 De Europese Adaptatiestrategie staat centraal in paragraaf 3.3.3.2.

38 Het Witboek gaat overigens vergezeld van drie sectorale documenten over landbouw (SEC(2009) 417), gezondheid (SEC(2009) 416) en water (SEC(2009) 386). Op dat laatste document ga ik hierna nog nader in (paragraaf 3.3.4).

39 Zie COM(2009) 147, p. 5-7.

bijdragen aan de ondersteuning en versterking van dergelijke maatregelen door middel van een geïntegreerde en gecoördineerde aanpak. Daarin is ook de belangrijkste doelstelling van het Europese aanpassingskader gelegen. Daarenboven stimuleert de EU haar lidstaten op doeltreffende wijze gehoor te geven aan de op grond van het Klimaatverdrag op hen rustende verantwoordelijkheid nationale adaptatiestrategieën te ontwikkelen.⁴⁰ Daarbij ziet de EU zich, met het oog op de subsidiariteit, vooral in de positie de coördinatie en de uitwisseling van goede ervaringen te dien aanzien tussen de lidstaten te bevorderen. Voor het bereiken van de genoemde doelstellingen is een gefaseerd actieplan opgesteld. Tijdens de eerste fase (2009-2012) zou een basis worden gelegd voor de totstandkoming van de onlangs verschenen Europese Adaptatiestrategie, die tijdens de tweede fase (vanaf 2013) zal worden uitgevoerd. Tijdens de eerste fase staan vier thema's centraal, waarin in grote lijnen de vier pijlers van het eerder besproken Groenboek kunnen worden herkend. Zo zijn de inspanningen tijdens de eerste fase erop gericht 1) een solide kennisbestand te ontwikkelen, 2) het beleidsthema adaptatie te integreren in beleid en regelgeving ('*mainstreaming*'), 3) te zoeken naar een optimale combinatie van beleidsinstrumenten om het adaptatieproces doeltreffend te laten verlopen, en 4) de internationale samenwerking met betrekking tot de adaptatie aan klimaatverandering te intensiveren.⁴¹

Voor de ontwikkeling van doelmatige en kosteneffectieve beleidsmaatregelen is het noodzakelijk een zo nauwkeurig mogelijk beeld te hebben van de mogelijke effecten van klimaatverandering en hieromtrent ook voorspellingen te kunnen doen. Daartoe dient een breed bestand van wetenschappelijke en praktijkgegevens, methoden, modellen, datasets en prognosehulpmiddelen te worden ontwikkeld. Om tegemoet te komen aan de grief van de Commissie dat over het algemeen weinig informatie-uitwisseling tussen de lidstaten blijkt plaats te vinden, is in het Witboek het opzetten van een uitwisselingsmechanisme verheven tot actiepunt.⁴² In lijn daarmee is op 23 maart 2012 het publiek toegankelijke Europese adaptatieplatform *CLIMATE-ADAPT* gelanceerd, hetgeen tot doel heeft beleidsmakers op alle bestuurlijke niveaus bij te staan bij de ontwikkeling van adaptatiebeleid en -maatregelen.⁴³ Een ander belangrijk en hiermee samenhangend aspect van het Witboek betreft de samenwerking tussen de EU en de lidstaten, en de lidstaten onderling. Om die samenwerking te bevorderen is in september 2010 – naar het in het Witboek verwoorde voornemen van de Commissie⁴⁴ – de zogenoemde *Adaptation Steering Group* opgericht. Deze stuurgroep is samengesteld uit vertegenwoordigers van de lidstaten, onderzoeksinstituten, het bedrijfsleven, ngo's en andere organisaties. De belangrijkste taak van de stuurgroep is het bijstaan van de lidstaten bij de voorbereiding van hun nationale adaptatiestrategieën. Ook is een belangrijke adviserende en voorbereidende taak weggelegd in het kader van de totstandkoming van de eerder genoemde Adaptatiestrategie in 2013.

40 Zie ook paragraaf 2.3.5.

41 Zie COM(2009) 147, p. 8-9. Het vierde thema (de externe dimensie) laat ik hier buiten beschouwing.

42 Zie COM(2009) 147, p. 9-10.

43 Zie <<http://climate-adapt.eea.europa.eu>>.

44 Zie COM(2009) 147, p. 17.

Het laatste hier te bespreken thema van het Witboek is de integratie van het concept adaptatie in het relevante Europese sectorale beleid en de bijbehorende regelgeving. Voor een doeltreffende integratie is duidelijkheid nodig over de potentiële effecten van de klimaatverandering in de betreffende sectoren en de wijzen waarop daaraan het hoofd kan worden geboden. In dat kader moet ook worden nagegaan in hoeverre de bestaande beleidsstructuren en (juridische) instrumenten reeds een kader bieden voor een doeltreffende adaptatie aan klimaatverandering. In het Witboek komen dergelijke vragen kort aan de orde voor de beleidsthema's gezondheid, landbouw en bossen, biodiversiteit, ecosystemen en water, mariene en kustgebieden, en productiesystemen en fysieke infrastructuur.⁴⁵ Wat betreft de watersector wordt gewezen op een aantal bestaande voorzieningen uit de KRW en de Ror.⁴⁶ Zo wordt gesteld dat in de huidige generatie stroomgebiedbeheerplannen rekening moet worden gehouden met de effecten van klimaatverandering, terwijl de volgende generatie plannen volledig 'klimaatbestendig' zou moeten zijn. Ook kan het weerstandsvermogen van de lidstaten worden vergroot door de volledige uitvoering van de Ror. Ten slotte wijst de Commissie op een grootschalige integrale evaluatie en eventueel herziening van de KRW en de Waterschaarste- en droogtestrategie in 2012.⁴⁷ In het kader van die evaluaties dient ook te worden ingegaan op de doeltreffendheid van de bestaande voorzieningen ten aanzien van het voorkomen en beperken van schade door waterschaarste en droogte.⁴⁸ In de literatuur worden reeds aanbevelingen gedaan voor verbeteringen te dien aanzien.⁴⁹

3.3.3.2. De Europese Adaptatiestrategie

Op 16 april 2013 is de Europese Adaptatiestrategie vastgesteld.⁵⁰ Deze strategie bouwt voort op de hierboven beschreven beleidsontwikkelingen en vormt daarvan een voorlopig sluitstuk. Het algemene doel van de strategie is het vergroten van de klimaatbestendigheid binnen Europa, hoofdzakelijk door de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van een samenhangende integrale adaptatiebenadering en een gecoördineerde aanpak van het klimaatprobleem, zowel op EU-niveau, als op de nationale, regionale en lokale niveaus.⁵¹ Voor het bereiken van deze doelstelling is het volgens de Commissie van uiterst groot belang dat alle lidstaten op korte termijn samenhangende en gecoördineerde

45 Zie COM(2009) 147, p. 10-15.

46 Zoals gezegd is bij het Witboek een sectoraal document opgenomen over water, kusten en mariene kwesties. In paragraaf 3.3.4 ga ik nader in op de ontwikkelingen van het adaptatiebeleid in de Europese watersector.

47 In november 2012 is de 'Blauwdruk ter bescherming van de Europese watervoorraden' gepubliceerd. Zie COM(2012) 673. Deze blauwdruk is het resultaat van een evaluatie van het gevoerde beleid en vormt een grondslag voor eventuele herziening van de KRW. Zie ook paragraaf 3.3.4.1 en mijn aanbevelingen in paragraaf 3.4.4.

48 Zie COM(2009) 147, p. 12-14.

49 Zie Keessen & Van Rijswick 2012.

50 Zie COM(2013) 216.

51 Zie COM(2013) 216, p. 5.

adaptatiestrategieën vaststellen en deze regelmatig herzien.⁵² De Commissie zal daartoe zo snel mogelijk de nodige richtsnoeren opstellen. In 2014 zal een instrument worden gelanceerd aan de hand waarvan de klimaatbestendigheid per lidstaat kan worden beoordeeld. Dit instrument wordt aangeduid met de term ‘*adaptation preparedness scoreboard*’. Het voeren van hoogwaardig adaptatiebeleid is nadrukkelijk niet vrijblijvend: indien in 2017 onder meer op basis van de gegevens op het *scoreboard* blijkt dat lidstaten zich onvoldoende hebben ingespannen kwalitatief goed adaptatiebeleid tot stand te brengen, dan zal de Commissie onverwijld juridisch bindende instrumenten ontwikkelen en inzetten. Te denken valt dan hoofdzakelijk aan de vaststelling van een adaptatierichtlijn, waarin de genoemde richtsnoeren een juridische basis zullen krijgen.⁵³

Ondanks dat de laatste jaren op het terrein van de klimaatverandering en de adaptatie betrekkelijk veel kennis en ervaringen zijn opgedaan, wijst de Commissie in dat verband op het bestaan van lacunes. De Commissie zal zich in samenwerking met de lidstaten en andere betrokken partijen inspannen deze lacunes weg te werken, onder meer door het vergaren en vrijgeven van informatie over de schadelijke gevolgen van klimaatverandering en de kosten die deze met zich kunnen brengen. Ook zal sterker worden ingezet op de beoordeling van risico's op lokaal en regionaal niveau, en tevens op de ontwikkeling van modellen en instrumenten voor het nemen van (beleids) beslissingen en de beoordeling van de effectiviteit van voorgenomen maatregelen. De resultaten van de genoemde inspanningen worden voor eenieder beschikbaar gesteld op het eerder genoemde adaptatieplatform (*CLIMATE-ADAPT*). Bovendien zal de Commissie er zorg voor dragen dat de informatievoorziening verder wordt verbeterd, mede door het adaptatieplatform beter te laten aansluiten op andere relevante (nationale, regionale en lokale) platforms en fora. Dergelijke platforms en fora worden althans beter bereikbaar via het Europese platform, zodat dit laatste kan fungeren als ‘*one-stop shop*’ voor informatie over adaptatie.⁵⁴ Een en ander zal niet alleen de kwaliteit van de besluit- en beleidsvorming verbeteren, maar zal ook bijdragen aan de bewustwording omtrent de noodzaak van adaptatie.

Voorts stelt de Commissie zich als prioriteit de inspanningen wat betreft de integratie van adaptatiebeleid binnen alle relevante sectorale beleidsterreinen voort te zetten en te intensiveren. Dit proces wordt aangeduid met de term ‘*mainstreaming*’ en dient ertoe dat elk EU-optreden voortaan waar nodig en mogelijk bijdraagt aan de klimaatbestendigheid binnen Europa.⁵⁵ In dat verband wordt met het oog op de totstandkoming van samenhangend en gecoördineerd adaptatiebeleid ook prioriteit gelegd bij het stimuleren van de samenwerking met en vooral ook tussen de lidstaten. De Commissie stimuleert initiatieven tot coördinatie en samenwerking, mede door

52 Tot nu toe hebben 15 van de 27 lidstaten een nationale adaptatiestrategie vastgesteld. In de meeste gevallen bevindt de ontwikkeling van adaptatiebeleid zich nog in een vroeg stadium en is dit vooralsnog weinig uitvoeringsgericht. Zie COM(2013) 216, p. 4.

53 Zie COM(2013) 216, p. 6.

54 Zie COM(2013) 216, p. 7.

55 Zie COM(2013) 216, p. 8.

vanuit verschillende fondsen financiële bijdragen beschikbaar te stellen.⁵⁶ Daarbij ligt bijzondere nadruk op de grensoverschrijdende samenwerking op het terrein van het overstromingsrisico- en kustbeheer, de integratie van de adaptatiebenadering in het ruimtelijk beleid van de lidstaten, en ontwikkelingen in het kader van een duurzaam waterbeheer.⁵⁷ De Commissie zal toezien op alle ontwikkelingen op het terrein van de adaptatie binnen Europa en tevens op de voortgang van de tenuitvoerlegging van de Europese Adaptatiestrategie. Hierover zal in 2017 tussentijds verslag worden gedaan aan het Europees Parlement en de Raad. Indien daar aanleiding toe bestaat, zullen voorstellen worden gedaan tot de herziening van de strategie en, zoals gezegd, tot de gebruikmaking van verdergaande (regelgevende) bevoegdheden.⁵⁸ Vooralsnog dicht de Commissie – zoals met het oog op de hierboven beschreven ontwikkelingen overigens ook viel te verwachten – zichzelf een coördinerende, faciliterende en stimulerende rol toe, en stelt zij het feitelijke succes van de strategie in belangrijke mate afhankelijk van de inspanningen van de lidstaten.

3.3.4. De ontwikkeling van adaptatiebeleid in de watersector

Uit bovenstaande blijkt dat de adaptatie aan klimaatverandering sinds 2005 een steeds belangrijker Europees beleidsthema is geworden. Hoezeer dit beleid ook streeft naar integraliteit en een holistisch-wetenschappelijke benadering van het klimaatprobleem, ontkomen ook het Groenboek en Witboek er niet aan te wijzen op de sectorspecifieke effecten van klimaatverandering. Tevens wordt benadrukt dat deze effecten ook om sectorspecifieke oplossingen vragen.⁵⁹ Daarop wordt in de overkoepelende beleidsdocumenten geanticipeerd, maar een nadere uitwerking daarvan vindt vooral plaats in sectorale beleidsdocumenten. Zo werkte de Commissie min of meer parallel aan de totstandkoming van het besproken Groenboek reeds aan de ontwikkeling van een Waterschaarste- en droogtestrategie.⁶⁰ Ook waren rond die tijd de ontwikkelingen omtrent de totstandkoming van regelgeving inzake de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's in volle gang, welke kort daarna hebben geresulteerd in de totstandkoming van de Richtlijn overstromingsrisicobeheer. Beide beleidsthema's zijn geïntegreerd in het Witboek en komen uitgebreider aan de orde in een daarmee gepaard gaand werkdocument.⁶¹ In dat document worden de Ror en de genoemde strategie beschouwd als complementair aan de KRW en als specifiek op adaptatie aan klimaatverandering gerichte invulling van het Europese waterbeleid.⁶² Hieronder ga ik in afzonderlijke paragrafen in op de belangrijkste ontwikkelingen die zich recentelijk binnen de genoemde beleidsthema's hebben voorgedaan.

⁵⁶ Zie COM(2013) 216, p. 9-10.

⁵⁷ Zie COM(2013) 216, p. 6.

⁵⁸ Zie COM(2013) 216, p. 10.

⁵⁹ Zie COM(2009) 147, p. 10.

⁶⁰ Zie COM(2007) 414.

⁶¹ Zie SEC(2009) 386.

⁶² Zie SEC(2009) 386, p. 6.

3.3.4.1. De Waterschaarste- en droogtestrategie

In juni 2006 verzocht de Raad de Commissie actie te ondernemen tegen waterschaarste en droogte. Als reactie daarop publiceerde de Commissie op 18 juli 2007 een mededeling getiteld 'De aanpak van waterschaarste en droogte in de Europese Unie'. Deze mededeling strekte er hoofdzakelijk toe een breed spectrum van op korte termijn realiseerbare beleidsoriëntaties te verwoorden, waarbij zuinig gebruik, waterbesparing en waterefficiëntie nadrukkelijk de primaire doelstellingen zijn.⁶³ De prioriteit ligt dus met nadruk niet bij de vergroting van de gebruikscapaciteit door middel van infrastructurele maatregelen.⁶⁴ Om deze doelstellingen te kunnen bereiken, is het in de eerste plaats noodzakelijk het bestand van wetenschappelijke en praktijkkennis omtrent waterschaarste en droogte te vergroten en breed toegankelijk te maken.⁶⁵ Ook dient de totstandkoming van een breed gedragen 'waterbesparingscultuur' in Europa te worden bevorderd, onder meer aan de hand van de uitvoering van Europese en nationale bewustmakingsprogramma's.⁶⁶ Ook op het terrein van de ontwikkeling van waterefficiënte technologieën en de modernisering van de waterbeheerpraktijk valt nog veel winst te behalen. Waar dergelijke ontwikkelingen achterblijven, kunnen zij aan de hand van gerichte normstelling worden geïntensiveerd of afgedwongen.⁶⁷ Voor de ontwikkeling en toepassing van waterefficiënte technologieën en maatregelen wordt overigens Europese (mede)financiering in het vooruitzicht gesteld.⁶⁸ De hierboven besproken ontwikkelingen kunnen in beginsel plaatsvinden buiten de kaders van de bestaande Europese (kader)regelgeving inzake het waterbeheer, maar kunnen wel als 'aanvullende maatregelen' een plaats krijgen binnen de in dat kader opgestelde maatregelenprogramma's.⁶⁹

Voorts biedt juist die regelgeving reeds belangrijke instrumenten en voorzieningen die kunnen worden ingezet in de strijd tegen waterschaarste en droogte.⁷⁰ Zo wordt gewezen op de codificatie van het kostenterugwinningsbeginsel in art. 9 lid 1 KRW. Daarbij wordt overigens geconstateerd dat binnen het prijsstellingsbeleid van de lidstaten anno 2007 – ondanks deze bepaling – nog zeer beperkt gebruik wordt gemaakt van dergelijke economische instrumenten. De Commissie drukt de lidstaten

63 Zie tevens Van Rijswijk & Havekes 2012, p. 356-362; Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 256-261; en Ellison 2010, p. 64-73.

64 Zie COM(2007) 414, p. 11. Daartoe bestaat in beginsel slechts aanleiding in gebieden waar de vraag naar water na de tenuitvoerlegging van alle preventiemaatregelen de beschikbaarheid ervan blijft overtreffen.

65 Zie COM(2007) 414, p. 14-15.

66 Zie COM(2007) 414, p. 13-14.

67 Zie COM(2007) 414, p. 12-13.

68 Zie COM(2007), 414, p. 7-8.

69 Zie art. 11 lid 4 KRW. Zie tevens Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261.

70 Het verdient daarbij wel opmerking dat het voorkomen en beperken van waterschaarste niet is opgenomen in de doelstellingen van art. 4 KRW. Havekes en Van Rijswijk doen terecht de aanbeveling "de milieudoelstellingen van art. 4 uit te breiden met de doelstelling 'het beperken van waterschaarste door zorg te dragen voor een "goede kwantitatieve oppervlaktewatertoestand". Dat is nodig omdat veel van de instrumenten uit de KRW zo zijn geformuleerd, dat zij bij dienen te dragen aan het bereiken van de milieudoelstellingen; een duurzaam gebruik van schaars oppervlaktewater om waterschaarste te voorkomen valt echter alleen onder de algemene doelstelling." Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261. Zie ook mijn aanbevelingen in paragraaf 3.4.4.

dan ook op het hart ook op dit terrein te komen tot een volledige implementatie en uitvoering van de KRW, teneinde de duurzaamheid van waterreserves te handhaven of te herstellen. Meer in het bijzonder stimuleert zij de lidstaten tot de invoering van watertarieven die zijn gebaseerd op een consistente economische raming van het verbruik en de waarde van water,⁷¹ inclusief passende prikkels om de waterreserves efficiënt te gebruiken en een passende bijdrage van verschillende gebruikers in de terugwinning van de kosten van waterdiensten. Daarbij dient het beginsel dat de gebruiker betaalt volgens de Commissie als regel te worden gehuldigd, opdat water het ‘correcte prijskaartje’ krijgt.⁷² Ook de verbetering van het droogterisicobeheer is een belangrijk beleidsaspect, waaraan binnen de kaders van de KRW nadere invulling kan worden gegeven. De Commissie stelt wat dat betreft dat de lidstaten – in navolging van Spanje en Nederland en met inachtneming van art. 13 lid 5 KRW – waar nodig hun stroomgebiedbeheerplannen aanvullen met zogenoemde specifieke droogterisicobeheerplannen.⁷³ Zodoende maakt reactief crisisbeheer ruimte voor anticipatoir beheer van risico’s, hetgeen goed past binnen de proactiviteitsgedachte die kenmerkend is voor het concept adaptatie.⁷⁴

Inmiddels zijn de vorderingen in het kader van de strijd tegen waterschaarste en droogte driemaal geëvalueerd. Bij de eerste evaluatie in 2008 zijn de in de besproken mededeling opgesomde prioriteiten nogmaals kracht bijgezet. De belangrijkste conclusie was dat weliswaar op regionaal niveau vorderingen zijn geboekt met de bestrijding van waterschaarste en droogte, maar ‘dat er nog veel moet gebeuren om de regulering van de vraag naar water op grote schaal in heel Europa te verbeteren en een onjuist beheer van waterreserves, met name in gebieden met waterschaarste, te voorkomen.’⁷⁵ In 2009 werd de Waterschaarste- en droogtestrategie geïntegreerd in het bredere Europese beleidskader inzake de adaptatie aan klimaatverandering. In dat licht werd naast de jaarlijkse evaluatie van de voortgang eveneens een integrale herziening van de strategie in 2012 in het vooruitzicht gesteld.⁷⁶ Ook de conclusies van de evaluatie in 2010 wezen op regionale en sectorale vooruitgang, maar eindigden in betrekkelijke mineur: ‘(...) er zijn nog veel meer inspanningen nodig om het proces van overmatig gebruik van de kostbare maar beperkte Europese watervoorraden tegen te gaan en te keren.’⁷⁷ De nadruk kwam in 2010 te liggen op waterefficiëntie, in het bijzonder op besparingen in het huishoudelijk waterverbruik. Tevens sprak de Commissie haar bezorgdheid uit over de vertraging die de tenuitvoerlegging van de KRW heeft opgelopen in enkele lidstaten die zwaar onder waterschaarste hebben te lijden. Ter afsluiting anticipeerde de Commissie op de voor 2012 geplande totstandkoming van een ‘Blauwdruk ter bescherming van de Europese watervoorraden’, waaraan de grootschalige evaluatie van

71 In diverse lidstaten, waaronder Nederland, zijn dergelijke watertarieven rond 2010 ingevoerd of was de invoering daarvan rond die tijd in voorbereiding. Zie COM(2011) 133, p. 9.

72 Zie COM(2007) 414, p. 5-6.

73 Zie COM(2007) 414, p. 9.

74 Vgl. de ontwikkelingen in algemeen verband binnen het ‘Hyogo Framework for Action’, te raadplegen op <http://www.unisdr.org/files/1037_hyogoframeworkforactionenglish.pdf>.

75 Zie COM(2008) 875, p. 11.

76 Zie SEC(2009) 386, p. 6-7.

77 Zie COM(2010) 228, p. 10.

de Waterschaarste- en droogtestrategie en de KRW een belangrijke bijdrage zal leveren en die aan de basis zal liggen van een eventuele integrale herziening van de KRW (zie hierna). In deze blauwdruk staat hoofdzakelijk de doeltreffendheid van het tot 2012 gevoerde adaptatie- en waterbeleid centraal.⁷⁸

In het derde voortgangsverslag werd gewezen op de aansporing van 14 juni 2010 van de Raad aan de lidstaten om onverwijld werk te maken van efficiënt en duurzaam watergebruik.⁷⁹ In dat verslag werd ook de balans opgemaakt ten aanzien van de voortgang van de Waterschaarste- en droogtestrategie. Deze verslaglegging blikte niet alleen terug op waargenomen ontwikkelingen, maar deze blikte ook – en in sterkere mate dan de andere verslagen – vooruit op de grootschalige integrale evaluatie van de genoemde strategie en de KRW in 2012. Zo werden de belangrijkste onderdelen van de uit te voeren toetsing nader toegelicht. Het betreft de verhoging van de water-efficiëntie, de verbetering van de planning, en het gebruik van passende instrumenten ter implementatie van de strategie. Binnen het toetsingsonderdeel ‘waterefficiëntie’ lag de nadruk op de waterefficiëntie van gebouwen, de vermindering van lekkage in distributiesystemen en de waterefficiëntie in de landbouw.⁸⁰ In een apart thema stond het onderzoek centraal naar de mogelijkheden om de planning en paraatheid ten aanzien van droogtes alsmede het beheer van de vraag naar water te verbeteren.⁸¹ Onder het thema ‘instrumenten’ kwam in de eerste plaats de financiering van verbeteringsmaatregelen aan bod, naast het waterprijstellingsbeleid, het beleid omtrent de toewijzing van water, de kansen voor onderzoek en technologische ontwikkeling, en het beleid omtrent educatie en bewustmaking.⁸² Uit het voortgangsverslag vloeide niet de indruk voort dat er na de evaluatie in 2012 een kentering van beleid zal plaatsvinden. Wel werden mogelijke aanscherpingen van regelgeving en beleid in het vooruitzicht gesteld.

Op 14 november 2012 werd de lang verwachte ‘Blauwdruk ter bescherming van de Europese watervoorraden’ vastgesteld.⁸³ Hierin zijn op basis van de analyse van het tot en met 2012 gevoerde beleid de belangrijkste actiepunten en doelstellingen voor het toekomstige Europese waterbeleid in kaart gebracht. In algemene zin ligt de nadruk op een betere en integralere implementatie van de KRW door de lidstaten. De Commissie zal het toezicht hierop en de handhaving hiervan voortzetten en desnoods intensiveren. Er bestaat volgens de Commissie – in tegenstelling tot eerdere berichtgeving – vooralsnog geen aanleiding nieuwe of verdergaande regelgeving tot stand te brengen.⁸⁴ Ten aanzien van het beleid inzake waterschaarste en droogte wordt, naast verbeteringen van de zoetwatervoorziening, met een sombere blik gewezen op de noodzaak van maatregelen om een efficiënter en bewuster watergebruik te stimuleren. Op dit terrein blijkt door veel lidstaten ten opzichte van 2007 zorgbarend weinig

78 Zie COM(2010) 228, p. 10-11.

79 Zie COM(2011) 133, p. 2.

80 Zie COM(2011) 133, p. 4-6.

81 Zie COM(2011) 133, p. 6-8.

82 Zie COM(2011) 133, p. 8-11.

83 Zie COM(2012) 673.

84 Zie COM(2012) 673, p. 4.

voortgang te zijn geboekt. De Commissie zal daarom strenger toezien op de implementatie van de Waterschaarste- en droogtestrategie, hetgeen vooral neerkomt op een strengere handhaving van de naleving van de verplichtingen ex art. 9 KRW. De Commissie zal op korte termijn een handleiding opstellen om de adequate invoering en tenuitvoerlegging van prijsstellingsbeleid voor waterdiensten te bevorderen. Daarnaast zal het aantoonbaar voeren van dergelijk beleid voortaan als voorwaarde gelden voor het verkrijgen van financiering voor maatregelen vanuit de mede door de Commissie beheerde fondsen.⁸⁵ Voorts zullen aanvullende maatregelen worden getroffen om bewuster en efficiënter watergebruik binnen bepaalde sectoren te stimuleren.⁸⁶ De Commissie benadrukt, ten slotte, dat er op dit terrein nog een hoop valt te verbeteren, maar dat het succes te dien aanzien in belangrijke mate afhankelijk is van politieke wil en de actieve betrokkenheid van alle publieke en maatschappelijke actoren. Deze lijken vooralsnog te ontbreken.

3.3.4.2. Overstromingsrisico's en wateroverlast

De eerste Europese beleidsontwikkelingen op het terrein van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast vonden plaats, kort voordat de ontwikkelingen richting integraal Europees adaptatiebeleid aanvingen. Zo verklaarde de Commissie in een mededeling van 12 juli 2004 dat gecoördineerde en geïntegreerde actie op EU-niveau een aanzienlijke toegevoegde waarde zou opleveren en de algehele doeltreffendheid van de bescherming tegen watersnood ten goede zou komen, een en ander overigens complementair aan de acties die de lidstaten reeds in dat kader ontplooiden.⁸⁷ Dergelijke actie werd noodzakelijk geacht met het oog op de (overigens nog steeds heersende) verwachting dat het risico van overstromingen in de EU in de decennia na 2004 aanzienlijk in ernst zou toenemen.⁸⁸ Aan die verwachting liggen twee trends ten grondslag, namelijk enerzijds de klimaatverandering en anderzijds de toename van de bevolkingsdichtheid en de concentratie van economische activiteiten in gebieden met een hoog overstromingsrisico.⁸⁹ De genoemde mededeling introduceert de term 'overstromingsrisicobeheer'. Deze vorm van risicobeheer is erop gericht de kans op overstromingen en de negatieve gevolgen daarvan te beperken, hoofdzakelijk door middel van een programmatische aanpak.⁹⁰ Daarin staan preventie, bescherming, paraatheid, crisisbeheer en herstel centraal. Naarmate de ontwikkelingen richting een integraal Europees adaptatiebeleid vorderden, kreeg het sectorale beleid inzake de waterveiligheid daarin een vaste plaats. De ontwikkelingen op dat terrein waren echter al in een vergevorderd stadium, op het moment dat het eerder besproken Groenboek inzake adaptatie aan klimaatverandering werd gepubliceerd.

85 Zie COM(2012) 673, p. 10-11.

86 Zie COM(2012) 673, p. 11-12.

87 Zie COM(2004) 472, p. 2.

88 Reeds sinds de vroege jaren tachtig ondersteunde de Europese Commissie overigens het wetenschappelijk onderzoek met betrekking tot overstromingen.

89 Zie COM(2004) 472, p. 3-4.

90 Zie COM(2004) 472, p. 4.

De Commissie stelt dat de – mede als gevolg van de klimaatverandering – toenemende dreiging van overstromingen het streven van de EU naar duurzame ontwikkeling kan dwarsbomen. Veel stroomgebieden overschrijden de grenzen van de lidstaten. Daarom stelt de Commissie voor de samenwerking met en tussen de lidstaten te intensiveren, met als doel een gecoördineerd EU-actieprogramma op te stellen en ten uitvoer te leggen ter preventie van, bescherming tegen en verzachting van de gevolgen van overstromingen. De belangrijkste elementen daarvan zijn gericht op de verbetering van de samenwerking en coördinatie, de verbetering van de uitwisseling van informatie en ervaringen, de versterking van de banden tussen waterbeheerders onderling en tussen hen en de wereld van het wetenschappelijk onderzoek, en de versterking van de bewustmaking omtrent het overstromingsrisico.⁹¹ Om tot een dergelijk actieprogramma te komen, zijn op elk bestuurlijk niveau inspanningen vereist. Zo dragen de lidstaten de verantwoordelijkheid voor de totstandkoming en uiteindelijk de tenuitvoerlegging van risicobeheerplannen en het opstellen van overstromingsrisicokaarten conform de daartoe in een richtlijn op te nemen bepalingen.⁹² De Commissie is verantwoordelijk voor het stroomlijnen van de coördinatie en de uitwisseling van informatie inzake overstromingsbescherming en de bevordering van goede praktijken. De lidstaten en de Commissie zijn ten slotte gezamenlijk verantwoordelijk voor de coördinatie van het actieprogramma.⁹³ De voordelen van gecoördineerd optreden liggen hoofdzakelijk in de kosteneffectiviteit, duurzaamheid en integraliteit van maatregelen. Uiteindelijk zal ook de uitwisseling van kennis en ervaringen en de gezamenlijke ontwikkeling van goede praktijken leiden tot een hoger beschermingsniveau.⁹⁴

Hoewel de mededeling van de Commissie niet duidelijk anticipeert op de totstandkoming van een richtlijn inzake overstromingsrisicobeheer,⁹⁵ werd het opstellen daarvan wel degelijk beschouwd als een belangrijk onderdeel van het EU-actieprogramma. Op 18 januari 2006 zag dan ook een voorstel voor een richtlijn over overstromingsbeoordeling- en beheer het daglicht.⁹⁶ Deze voorgestelde richtlijn moet er – volgens de daarbij opgenomen toelichting – voor zorgen ‘dat overstromingsgerelateerde risico’s voor de gezondheid van de mens, het milieu, de infrastructuur en de eigendommen worden verminderd en beheerd aan de hand van het karteren van alle gebieden met een significant overstromingsrisico, het coördineren van maatregelen voor grensoverschrijdende stroomgebieden en het opstellen van overstromingsrisicobeheerplannen in het kader van een breed inspraakproces.’⁹⁷ Met het oog op de binnen de EU sterk variërende geografische, hydrologische en vestigingspatronen wordt de lidstaten een ruime mate van beleidsvrijheid geboden om de vereiste veiligheidsniveaus vast te stel-

91 Zie COM(2004) 472, p. 10.

92 In de mededeling van 12 juli 2004 zijn hierop vooruitlopend reeds richtsnoeren opgenomen in een bijlage. Zie COM(2004) 472, p. 13-15.

93 Zie COM(2004) 472, p. 10-11.

94 Zie COM(2004) 472, p. 11.

95 Dat voornemen wordt daarin immers niet letterlijk aan de orde gesteld.

96 Zie COM(2006) 15.

97 Zie COM(2006) 15, p. 5.

len en te bepalen welke maatregelen op welke termijn dienen te worden getroffen.⁹⁸ De voorgestelde richtlijn bevat een belangrijke aanvulling op de doelstellingen van de KRW en de tenuitvoerlegging daarvan zal daar nauw mee zijn verweven. Daarom is besloten de organisatorische en institutionele aspecten en het tijdschema van beide richtlijnen volledig op elkaar af te stemmen, en de tenuitvoerlegging daarvan nauwgezet te coördineren.⁹⁹

Na de gebruikelijke procedurele stappen is de Richtlijn over beoordeling en beheer van overstromingsrisico's op 23 oktober 2007 aangenomen en op 6 november 2007 gepubliceerd.¹⁰⁰ De richtlijn gaat uit van een gefaseerde benadering van het overstromingsrisicobeheer.¹⁰¹ Zo dienden de lidstaten in de eerste plaats uiterlijk op 22 december 2011 voorlopige overstromingsrisicobeoordelingen te hebben opgesteld en op basis daarvan de gebieden te hebben aangewezen waar een potentieel significant overstromingsrisico bestaat of wordt verwacht (fase 1).¹⁰² Voorts moeten zij uiterlijk op 22 december 2013 overstromingsgevaar- en overstromingsrisicokaarten hebben opgesteld (fase 2).¹⁰³ En ten slotte moeten zij uiterlijk op 22 december 2015 voorzien in overstromingsrisicobeheerplannen (fase 3).¹⁰⁴ Tijdens de eerste fase kon onder meer rekening worden gehouden met de ontwikkelingen op lange termijn, waaronder de effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen.¹⁰⁵ Voorts dient ook bij de zesjaarlijkse toetsing van de risicobeoordelingen en de risicobeheerplannen rekening te worden gehouden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering.¹⁰⁶ Zodoende lijkt de Ror geschikte instrumenten te bieden voor het voeren van een adequaat adaptatiebeleid door de lidstaten. Mede om die reden wordt de volledige uitvoering van de Ror in het Witboek inzake adaptatie aan klimaatverandering vooralsnog als voldoende beschouwd om het weerstandsvermogen van de lidstaten te vergroten. In tegenstelling tot hetgeen het geval is op het beleidsterrein van de waterschaarste en droogte, worden nadere (regelgevende) maatregelen op het terrein van de waterveiligheid op EU-niveau niet noodzakelijk geacht.¹⁰⁷

3.3.5. Resumerend

Het heeft betrekkelijk lang geduurd, voordat de adaptatie aan klimaatverandering als beleidsthema wortel schoot in het Europese milieubeleid. Na de officiële erkenning

98 Zie COM(2006) 15, p. 5-6.

99 Zie COM(2006) 15, p. 6.

100 Zie Richtlijn 2007/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 over beoordeling en beheer van overstromingsrisico's, Pb. 2007 L 288 p. 27. De Richtlijn overstromingsrisicobeheer is op 26 november 2007 in werking getreden.

101 Zie uitgebreider Van Rijswick & Havekes 2012; p. 210-212 en p. 254-258; Havekes & Van Rijswick 2010, p. 132-134 en p. 171-175; Groothuijse 2009, p. 111-118; en Van Rijswick 2008, p. 444-472. In paragraaf 3.4.3 ga ik nader in op de verantwoordelijkheden die uit deze richtlijn voortvloeien.

102 Zie art. 4 en 5 Ror.

103 Zie art. 6 Ror.

104 Zie art. 7 Ror.

105 Zie art. 4 lid 2 sub d Ror.

106 Zie art. 14 lid 4 Ror.

107 Zie COM(2009) 147, p. 13 en SEC(2009) 386, p. 6.

in 2005 dat adaptatie – naast mitigatie – een noodzakelijke reactie is om de klimaatverandering het hoofd te bieden, is de aandacht voor dit thema echter in hoog tempo gegroeid. Europa vroeg zich af wat haar rol in dat kader zou kunnen en moeten zijn. Duidelijk werd dat adaptatie in Europa vraagt om actie op alle relevante beleidsterreinen en alle betrokken bestuurlijke en maatschappelijke niveaus. In een Groenboek inzake adaptatie aan klimaatverandering werd een algemene, maar op zich heldere lijn van EU-actie uitgestippeld. Het treffen van adaptatiemaatregelen dient, indachtig het subsidiariteitsbeginsel, per beleidssector plaats te vinden op het meest geschikte niveau. Zodoende liggen de belangrijkste met het oog op de feitelijke aanpassing bij de lidstaten en de regionale en lokale autoriteiten. De rol van de EU is complementair en richt zich hoofdzakelijk op coördinatie, (financiële) ondersteuning, en kennisvermeerdering. In een Witboek inzake adaptatie aan klimaatverandering is de rol van de EU en die van de lidstaten omgezet in concrete actiepunten. De uitvoering van deze actiepunten vond plaats tussen 2009 tot 2013. Begin 2013 is als voorlopig sluitstuk van de beleidsontwikkelingen de Europese Adaptatiestrategie vastgesteld. De daarin opgenomen actiepunten bouwen in belangrijke mate voort op de in de voorgaande periode geboekte resultaten. Met de totstandkoming van deze strategie en de aanvang van de tenuitvoerlegging daarvan lijken de kinderjaren van de adaptatie aan klimaatverandering in het Europese beleid definitief voorbij.

Belangrijke thema's binnen het Europese adaptatiebeleid zijn de bescherming tegen waterschaarste en droogte, en de waterveiligheid. Beide thema's zijn deels parallel of vooraf aan en deels binnen de kaders van het Europese adaptatiebeleid tot ontwikkeling gekomen. De beleidsontwikkelingen inzake overstromingsrisicobeheer lijken voorsnog tot een eind gekomen met de inwerkingtreding van de Ror in november 2007. Deze richtlijn wordt geacht een afdoende kader te scheppen en geschikte instrumenten te bieden voor de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's, ook wanneer deze op langere termijn worden beïnvloed door de effecten van klimaatverandering. Wat dat betreft ligt de bal nu bij de lidstaten, die deze richtlijn naar behoren dienen uit te voeren.¹⁰⁸ Op het terrein van de bescherming tegen waterschaarste en droogte lijken de ontwikkelingen nog in volle gang. Verschillende (tussentijdse) voortgangsevaluaties laten wel enige vooruitgang zien, maar benadrukken toch vooral dat op verschillende terreinen nog grote zorgen bestaan, onder meer met betrekking tot de vertraagde tenuitvoerlegging van de KRW in sommige lidstaten. Aan de hand van een grootschalige evaluatie van de KRW en de Waterschaarste- en droogtestrategie is onlangs de balans opgemaakt. In de 'Blauwdruk ter bescherming van de Europese watervoorraden' zijn de genoemde zorgen nogmaals benadrukt en zijn actiepunten opgesteld ter vergemakkelijking van de verwezenlijking van de doelstellingen van de strategie. Hiervan vormt een strengere handhaving van de naleving van bestaande verplichtingen de kern. Het valt op dat nadere regelgeving (anders dan tijdens de tussentijdse evaluaties werd voorgehouden) voorsnog niet noodzakelijk wordt geacht.

108 In paragraaf 3.4.3.2 en 3.4.3.3 ga ik in op de verplichtingen die in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voortvloeiën uit de Ror. Daar wijs ik ook op mogelijke verbeterpunten.

Ik meen – en ik zal dat hieronder nader toelichten – dat de Commissie op dat punt een former standpunt had kunnen en moeten innemen.¹⁰⁹

3.4. Verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering op grond van het Europese recht

3.4.1. Algemeen

In de voorgaande paragrafen ben ik ingegaan op de ontwikkelingen in het Europese adaptatiebeleid. In dat kader besprak ik onder meer de wijze waarop de verantwoordelijkheden voor adaptatie aan klimaatverandering op basis van de verschillende beleidsdocumenten lijken te zijn verdeeld over de verschillende bestuurlijke niveaus. De planning en feitelijke uitvoering van adaptatiemaatregelen worden beschouwd als een zorg voor de lidstaten en hun organen, terwijl op Europees niveau hoofdzakelijk zorg wordt gedragen voor coördinatie, facilitering, (financiële) ondersteuning, kennisvermeerdering, en desnoods voor regelgeving om actie op lagere bestuursniveaus afdwingbaar te maken. In het licht van dat laatste is het voor dit proefschrift een belangrijke vraag welke concrete verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voor de lidstaten voortvloeien uit het Europese recht, in het bijzonder het Europese waterrecht. Ik wees hierboven reeds op enkele relevante bepalingen uit de KRW en de Ror. Ook kan de primaire Europese regelgeving op dit punt van belang zijn. Ik begin daarom in paragraaf 3.4.2 met een globale bespreking van de in verband met de adaptatie relevante milieudoelstellingen en -beginselen binnen het Europese constitutionele recht. Daarna bespreek ik de verplichtingen die voortvloeien uit secundaire Europese regelgeving. In paragraaf 3.4.3 leg ik de nadruk op de relevante verplichtingen inzake het overstromingsrisicobeheer. In paragraaf 3.4.4 stel ik de verplichtingen inzake de bescherming tegen waterschaarste en droogte aan de orde. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 3.4.5.

3.4.2. Doelstellingen en beginselen in primaire Europese regelgeving

3.4.2.1. De juridische grondslag voor milieubeleid en regelgeving

De duurzame ontwikkelingen van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu is een belangrijke doelstelling, waarvoor de Europese Unie zich inzet.¹¹⁰ De EU heeft daartoe op het milieugebied – evenals op grond van het inmiddels vervallen EG-verdrag – op grond van art. 4 lid 2 sub e VWEU een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid. Dit betekent dat zowel de Unie als de lidstaten op dit terrein wetgevend kunnen optreden en juridisch bindende handelingen kunnen vaststellen.¹¹¹ Bij de uitoefening van de aan haar toegedeelde bevoegdheden dient

¹⁰⁹ De verplichtingen die op dit beleidsterrein uit de KRW voortvloeien, komen aan bod in paragraaf 3.4.4. In die paragraaf doe ik ook de nodige aanbevelingen ter verbetering.

¹¹⁰ Zie art. 3 lid 3 tweede volzin VEU.

¹¹¹ Zie art. 2 lid 2 VWEU.

de EU acht te slaan op het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.¹¹² De EU kan dus slechts optreden voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.¹¹³ De inhoud en de vorm van dat optreden mogen voorts niet verder gaan dan wat nodig is om de milieudoelstellingen te verwezenlijken.¹¹⁴ Deze beleidsdoelstellingen worden nader geconcretiseerd in art. 191 lid 1 VWEU, hoewel moet worden opgemerkt dat deze concretisering zeer veel ruimte laat voor interpretatie en nadere invulling.¹¹⁵ Zo is het milieubeleid van de EU gericht op 1) het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu; 2) de bescherming van de gezondheid van de mens; 3) het behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen; en 4) de bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen, en in het bijzonder de bestrijding van klimaatverandering. De waterveiligheid en de bescherming tegen waterschaarste en droogte worden geacht binnen deze doelstellingen te vallen, evenals de meeromvattende adaptatie aan klimaatverandering.

Art. 191 lid 2 VWEU bepaalt dat de EU in haar milieubeleid streeft naar een hoog niveau van bescherming, waarbij zij rekening houdt met de uiteenlopende situaties in de verschillende regio's van de Unie. Het moge duidelijk zijn dat onder een 'hoog niveau van bescherming' niet het hoogst haalbare niveau wordt verstaan. Er bestaat met nadruk ruimte voor het maken van afwegingen en het zoeken naar een balans tussen beschermende maatregelen enerzijds, en andere (economische) belangen anderzijds.¹¹⁶ Daarnaast berust het milieubeleid van de EU op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat de vervuiler betaalt.¹¹⁷ De tot de lidstaten gerichte milieuregelgeving dient – uiteraard met inachtneming van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid – een op een concreet milieuthema toegespitste weerspiegeling van deze beginselen te vormen. De thematische regelgeving dient deze beginselen, met andere woorden, te vertalen in concrete door de lidstaten uit te voeren verplichtingen die op hun beurt bijdragen aan het bereiken van de genoemde doelstellingen.¹¹⁸ Ten slotte bepaalt art. 191 lid 3 VWEU nog dat de EU bij de totstandkoming van haar milieubeleid rekening houdt met de beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens; de milieuomstandigheden in de onderscheiden regio's van de Unie; de voordelen en lasten die kunnen voortvloeien uit optreden, onderscheidenlijk niet-optreden; en de economische en sociale ontwikkeling van de Unie als geheel en de evenwichtige ontwikkeling van haar regio's.¹¹⁹

112 Zie bijvoorbeeld Tridimas 2006; Harbo 2010, p. 158-185; en Jans & Vedder 2012, p. 13-20.

113 Zie art. 5 lid 3 VEU. Zie tevens Jans & Vedder 2012, p. 14-17.

114 Zie art. 5 lid 4 VEU. Zie tevens Jans & Vedder 2012, p. 17-20.

115 Zie Jans & Vedder 2012, p. 32-41.

116 Zie Jans & Vedder 2012, p. 42.

117 Zie uitgebreid De Sadeleer 2005 en tevens Jans & Vedder 2012, p. 41-52. Zie over de betekenis en toepassing van deze beginselen ook Fennis 2012.

118 Zie Jans & Vedder 2012, p. 41.

119 Zie Jans & Vedder 2012, p. 52-56.

3.4.2.2. Verplichtingen voor lidstaten op basis van rechtsbeginselen?

Veel van de genoemde beginselen en aspecten van Europees milieubeleid zijn duidelijk herkenbaar in de hierboven uitgevoerde analyse van het Europese adaptatiebeleid. Adaptatie aan klimaatverandering lijkt ook duidelijk als prioritaire doelstelling te worden vastgelegd in het zevende Milieuactieprogramma dat momenteel in voorbereiding is. In het kader van de totstandkoming daarvan is er nadrukkelijk op aangedrongen de adaptatie als thema daarin op te nemen en is tevens de Europese Adaptatiestrategie tot stand gebracht.¹²⁰ Hoewel zij zorg dragen voor de financiering en uitvoering van het Europese milieubeleid,¹²¹ heeft dit Milieuactieprogramma nog geen rechtstreekse juridische consequenties voor de Europese lidstaten. Verplichtingen voor de lidstaten ontstaan immers pas, indien deze worden vastgelegd in bindende documenten, zoals richtlijnen of verordeningen. Actieprogramma's en strategieën gelden niet als zodanig. In dit licht heb ik wel gewezen op twee relevante richtlijnen, die reeds voor de inwerkingtreding van het VEU en het VWEU tot stand zijn gekomen.¹²² Indien behoefte blijkt te bestaan aan andere of nadere regelgeving ter uitvoering van het Europese adaptatiebeleid, dan kan worden overwogen deze vast te stellen op basis van art. 192 VWEU.¹²³ Indien deze regelgeving betrekking heeft op de ruimtelijke ordening of op het kwantitatieve waterbeheer of de beschikbaarheid van de watervoorraden, dan geldt op grond van art. 192 lid 2 VWEU overigens een bijzondere wetgevingsprocedure. In andere gevallen wordt de gewone wetgevingsprocedure gevolgd, zoals nader uitgewerkt in art. 289 lid 1 en 294 VWEU.¹²⁴

Zoals gezegd, dient Europese (milieu)regelgeving de subsidiariteits- en evenredigheidstoets te kunnen doorstaan. Voorts dienen de eerder genoemde beginselen waarop het Europese beleid berust door te klinken in de tot de lidstaten gerichte milieuregelgeving, en in zekere mate ook in regelgeving op andere beleidsterreinen.¹²⁵ Dat gebeurt gewoonlijk niet door een letterlijke codificatie daarvan in de betreffende regelgeving. In de meeste gevallen zijn de opeenvolgende bepalingen daarvan geschreven *in het licht van* die beginselen. In zoverre kan worden gesteld dat deze beginselen in elk geval juridische verantwoordelijkheden leggen bij de Europese regelgever. Deze verantwoordelijkheden vinden expliciet hun rechtsgrond in (de concrete bepalingen van) het VWEU of het EUV. De wetgevende instellingen kunnen in rechte worden aangesproken op de naleving daarvan. In zeer uitzonderlijke gevallen kan dit er zelfs toe leiden dat een regeling bijvoorbeeld voor vernietiging in aanmerking komt wegens strijd met het VWEU, omdat bij de totstandkoming daarvan niet in voldoende mate

120 Zie daarover paragraaf 3.3.3.2.

121 Zie art. 192 lid 4 VWEU.

122 De relevante bepalingen daarvan komen aan bod in paragraaf 3.4.3 en 3.4.4.

123 In dit verband is de opmerking van de Commissie van belang, dat zal worden voorzien in regelgeving, indien in 2017 blijkt dat de lidstaten tekortschieten in de tenuitvoerlegging van hun verantwoordelijkheden zoals vermeld in de Europese Adaptatiestrategie. Zie COM(2013) 216, p. 6.

124 Zie art. 192 lid 1 VWEU. Deze normale wetgevingsprocedure kan op grond van de tweede alinea van art. 192 lid 2 VWEU overigens ook van toepassing worden verklaard op de in de eerste alinea van dat artikellid genoemde gebieden.

125 Zie art. 11 VWEU.

acht is geslagen op de daarin opgenomen beginselen van milieurechtelijke aard.¹²⁶ Het ligt niet in de rede aan te nemen dat de beginselen, zoals deze zijn neergelegd in de verdragen, ook rechtstreekse verplichtingen voor de lidstaten met zich brengen.¹²⁷ Uiteraard zullen zij via de weg van de tot hen gerichte bindende regelgeving wel hun ingang vinden in het beleid en de wet- en regelgeving op de nationale en regionale niveaus. Daarbij verdient het overigens opmerking dat veel van de genoemde beginselen ook buiten de verdragen om algemene gelding hebben in het internationale milieurecht of zijn verankerd in nationale constituties of formele wetgeving. In die hoedanigheid kunnen daaruit wel rechtstreeks verplichtingen voor de lidstaten voortvloeien.

Normatieve rechtsbeginselen kunnen dus een belangrijke rol spelen bij de totstandkoming en invulling van adaptatiebeleid en andere besluitvorming in dat kader. Driessen en Van Rijswijk betreuren dat dergelijke beginselen – ongeacht hun juridische grondslag – evenals andere normatieve aspecten binnen het adaptatiedebat echter niet de aandacht krijgen die zij verdienen.¹²⁸ Volgens hen zijn deze normatieve beginselen van groot belang, omdat zij juist door hun algemeenheid en algemene toepasbaarheid kunnen zorgen voor de nodige flexibiliteit bij de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van adaptatiebeleid op alle bestuurlijke niveaus, terwijl zij tegelijkertijd een duidelijke rode draad kunnen vormen waarlangs de ontwikkelingen zich binnen dat kader verder kunnen ontplooiën.¹²⁹ De auteurs wijzen op de algemene gelding van de in art. 3 van het Klimaatverdrag opgenomen beginselen betreffende billijkheid, solidariteit, voorzorg, duurzaamheid, en goed nabuurschap. Voorts leiden zij uit het solidariteitsbeginsel een algemeen compensatiebeginsel af, en kennen zij belang toe aan de beginselen van evenredigheid (proportionaliteit), subsidiariteit en kostenterugwinning.¹³⁰ Duidelijk is dat deze beginselen bepaalde verantwoordelijkheden kunnen leggen bij overheidsorganen op verschillende bestuurlijke niveaus. Welke verantwoordelijkheden dat in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering precies zijn, is echter nog onduidelijk en daarmee ook de exacte rol van deze beginselen. Daarom benadrukken Driessen en Van Rijswijk dat in het klimaatdebat – naast de gebruikelijke technisch-wetenschappelijke discussie – meer plaats moet worden ingeruimd voor discussie omtrent de normatieve aspecten van adaptatie aan klimaatverandering. In dit proefschrift lever ik op verschillende plaatsen een bijdrage aan die discussie.¹³¹

¹²⁶ Zie Jans & Vedder, p. 41 en p. 22-29 (i.h.b. p. 26-27).

¹²⁷ Het is de vraag of de eventuele verdergaande beschermingsmaatregelen van de lidstaten, zoals bedoeld in art. 193 VWEU rechtstreeks aan (de beginselen in) de verdragen kunnen worden getoetst. Dat lijkt met het oog op de tweede volzin van dat artikel wel het geval: ‘Zulke maatregelen moeten verenigbaar zijn met de Verdragen.’ Wat dat betreft zal in elk geval een belangrijke rol toekomen aan de toepassing van het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel.

¹²⁸ Zie Driessen & Van Rijswijk 2011, p. 562.

¹²⁹ Zie Driessen & Van Rijswijk 2011, p. 564.

¹³⁰ Zie Driessen & Van Rijswijk 2011, p. 564-570.

¹³¹ Zo staan deel II en deel III van dit proefschrift feitelijk in het teken van het compensatiebeginsel in brede zin. Daarnaast komt in hoofdstuk 2, 4 en 6 op verschillende plaatsen de mogelijke rol van het voorzorgsbeginsel aan de orde. In paragraaf 3.4.4.4 bespreek ik het kostenterugwinningsbeginsel, terwijl in heel hoofdstuk 3 belangrijke noties van het subsidiariteitsbeginsel vallen te ontwaren. In hoofd-

3.4.3. Adaptatieverplichtingen in het kader van het overstromingsrisicobeheer

3.4.3.1. De Richtlijn overstromingsrisicobeheer in vogelvlucht

Hierboven is duidelijk geworden dat het beheer van overstromingsrisico's een van de centrale aandachtspunten is binnen het Europese adaptatiebeleid. Klimaatverandering wordt immers nadrukkelijk beschouwd als een van de aspecten die ertoe bijdragen dat de kans op overstromingen en de omvang van de daardoor veroorzaakte negatieve effecten toenemen.¹³² Gecoördineerde en geïntegreerde actie op EU-niveau wordt van groot belang geacht voor de doeltreffendheid van de bescherming tegen watersnood.¹³³ Daarom stelt de Richtlijn overstromingsrisicobeheer een kader vast voor de beoordeling en het beheer van de bedoelde risico's, ter beperking van de negatieve gevolgen die overstromingen binnen de EU met zich brengen voor de gezondheid van de mens, het milieu, het cultureel erfgoed en de economische bedrijvigheid.¹³⁴ De richtlijn moest op 26 november 2009 zijn geïmplementeerd.¹³⁵ Deze haakt aan bij de stroomgebiedbenadering uit de KRW en de toepassing en uitvoering van beide richtlijnen moet zo veel mogelijk worden gecoördineerd.¹³⁶ In hun onderlinge samenhang geven beide richtlijnen gestalte aan de uitvoering van integraal Europees waterbeleid.

De Richtlijn overstromingsrisicobeheer is met nadruk kaderstellend, aangezien de overstromingsrisico's binnen de EU regionaal sterk verschillen in aard en omvang.¹³⁷ Zodoende verplicht deze richtlijn de lidstaten in drie opeenvolgende fasen tot het opstellen en uitvoeren van gecoördineerde overstromingsrisicobeheerplannen in 2015, gevolgd door een verplichte zesjaarlijkse evaluatie en zo nodig een bijstelling daarvan. De lidstaten hebben een ruime mate van beleidsvrijheid ten aanzien van de formulering van de adequate doelstellingen van het overstromingsrisicobeheer, de keuze voor de te treffen maatregelen en de prioriteringen die zij daarbinnen aanbrengen.¹³⁸ In deze richtlijn komt het subsidiariteitsbeginsel dus duidelijk tot uitdrukking.¹³⁹ Ook het solidariteitsbeginsel heeft daarin een vaste plaats gekregen; de maatregelen die in de ene lidstaat worden getroffen om een overstromingsrisico te beperken, mogen niet leiden tot de toename van een overstromingsrisico in een andere staat.¹⁴⁰ De vermoedelijke

stuk 4 vindt men passages over de 'bovengrens van de adaptatiezorgplicht', waarin zich in belangrijke mate het evenredigheidsbeginsel afspiegelt. Dit zijn slechts voorbeelden.

132 Zie overweging 2 in de preambule.

133 Zie overweging 5 in de preambule.

134 Zie art. 1 Ror.

135 De Ror is in Nederland geïmplementeerd binnen het juridische kader van de Waterwet. De belangrijkste bepalingen te dien aanzien zijn te vinden in het Waterbesluit. Zie ook Groothuijse 2009, p. 115-118.

136 Zie ook art. 3 en 9 Ror.

137 De Ror geeft een zeer brede uitleg aan het begrip 'overstroming', namelijk 'het tijdelijk onder water staan van land dat normaliter niet onder waterstaat.' Deze term bestrijkt overstromingen door rivieren, overstromingen van kustgebieden door zeewater, rioolwateroverstorten, en zelfs overstromingen door grondwater. Ook de in Nederland gebezigde term 'wateroverlast' valt binnen het bereik van deze definitie. Onder 'overstromingsrisico' verstaat de richtlijn voorts: 'de kans dat zich een overstroming voordoet in combinatie met de mogelijke negatieve gevolgen van een overstroming voor de gezondheid van de mens, het milieu, het cultureel erfgoed en de economische bedrijvigheid.'

138 Zie Van Rijswijk 2008, p. 447 en Groothuijse 2009, p. 38.

139 Zie ook overweging 23 en 24 in de preambule.

140 Zie overweging 13 en 15 in de preambule en tevens art. 7 lid 4 Ror.

effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen kunnen bij de risicobeoordelingen, de aanwijzing van risicogebieden en de totstandkoming van beheerplannen een aanzienlijke rol spelen. Hieronder ga ik nader in op de concrete verplichtingen die de Ror met zich brengt ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering.

3.4.3.2. Adaptatie en de eerste generatie overstromingsrisicobeheerplannen

De Ror verplicht de lidstaten uiterlijk op 22 december 2015 de ‘eerste generatie’ overstromingsrisicobeheerplannen te hebben voltooid en bekendgemaakt.¹⁴¹ In de aanloop daarop dienden zij – als eerste fase in de ontwikkelingen – op uiterlijk 22 december 2011 een voorlopige overstromingsrisicobeoordeling te hebben uitgevoerd en opgesteld.¹⁴² Deze beoordeling diende in elk geval te zijn gebaseerd op de reeds beschikbare informatie over de overstromingen die zich in het verleden hebben voorgedaan. Ook kon een analyse van de mogelijke risico’s plaatsvinden op basis van onderzoeken naar ontwikkelingen op de lange termijn, in het bijzonder de gevolgen van klimaatverandering voor het optreden van overstromingen. Het opstellen van dergelijke beoordelingen had als belangrijkste doel een beeld te krijgen van de potentiële risico’s omtrent watersnood binnen de betreffende beheersgebieden. De nadruk in art. 4 Ror lijkt op het eerste gezicht te liggen op de beoordeling van risico’s op basis van ervaringen uit het verleden.¹⁴³ Toch moet worden opgemerkt dat de Europese wetgever de lidstaten er in elk geval ook reeds in een vroeg stadium toe heeft willen aansporen om verder in de toekomst te kijken door tevens de mogelijke negatieve gevolgen van toekomstige overstromingen te analyseren.¹⁴⁴ Het is anders niet goed te begrijpen waarom in dit artikel tot tweemaal toe expliciet wordt gewezen op de langetermijneffecten van klimaatverandering. De eerste generatie¹⁴⁵ overstromingsrisicobeoordelingen moest dus bij voorkeur proactief zijn, zij het dat het rekening houden met de gevolgen van klimaatverandering voorsnog facultatief was.¹⁴⁶

Het opstellen van voorlopige overstromingsrisicobeoordelingen is van belang voor de aanwijzing van gebieden waar volgens de lidstaten een potentieel significant overstromingsrisico bestaat of redelijkerwijs kan worden verwacht.¹⁴⁷ Deze gebieden worden in de literatuur aangeduid als overstromingsrisicogebieden en vormen de objecten waarop het actieve planmatige beheer van overstromingsrisico’s zich concentreert. De aanwijzing van dergelijke gebieden is dus een centraal en wezenlijk onderdeel van (de uitvoering van) de Richtlijn overstromingsrisicobeheer. De lidstaten hebben wat betreft die aanwijzing overigens wel een ruime mate van beoordelings-

141 Zie art. 7 lid 5 Ror.

142 Zie art. 4 lid 4 Ror.

143 Zie art. 4 lid 2 sub b en c Ror.

144 Zie art. 4 lid 2 sub d Ror.

145 Art. 14 Ror stelt de zesjaarlijkse evaluatie van overstromingsrisicobeoordelingen verplicht. In de volgende generaties risicobeoordelingen moet wel rekening worden gehouden met het vermoedelijke effect van de klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen. Zie daarover paragraaf 3.4.3.3.

146 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 172.

147 Zie art. 5 lid 1 Ror.

vrijheid, aangezien de richtlijn zelf niet bepaalt wanneer sprake is van een significant risico.¹⁴⁸ Uit de zinsnede 'kan worden verwacht' blijkt eens te meer de wens van de Europese wetgever dat het overstromingsrisicobeheer van de lidstaten bij voorkeur reeds in een vroeg stadium proactieve elementen bevat, althans ook anticipeert op toekomstige situaties. Een verplichting daartoe ontbreekt echter. De lidstaten die vóór 22 december 2010 overstromingsrisicogebieden hadden aangewezen of reeds voor die datum hadden besloten voor bepaalde gebieden overstromingsrisicobeheerplannen op te stellen, konden zich overigens beroepen op een uitzondering op de verplichting overstromingsrisicobeoordelingen te verrichten.¹⁴⁹ Nederland heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, omdat al ruime informatie over overstromingsrisico's beschikbaar was en ook ruime ervaring bestond met het planmatige beheer daarvan.¹⁵⁰ Met de aanwijzing van overstromingsrisicogebieden is een einde gekomen aan de eerste fase van de ontwikkeling van een adequaat overstromingsrisicobeheer in de EU.

De tweede fase bestaat eruit dat de lidstaten overstromingsgevaar- en overstromingsrisicokaarten opstellen voor de gebieden waar volgens hen op basis van hun risicobeoordeling een potentieel significant overstromingsrisico bestaat of kan worden verwacht.¹⁵¹ Deze kaarten dienen uiterlijk op 22 december 2013 te zijn voltooid.¹⁵² Op de overstromingsgevaarkaarten moeten per aangewezen gebied verschillende op overstromingskansen gebaseerde scenario's worden uitgewerkt en moet worden vermeld welke hydrologische omstandigheden daar ten tijde van een overstroming zullen heersen. Wat betreft de overstromingskans wordt onderscheid gemaakt tussen drie scenario's, namelijk scenario's met een kleine, een middelgrote en een grote kans op overstromingen.¹⁵³ De relevante hydrologische omstandigheden die in het licht van elk van die scenario's moeten worden vermeld zijn de omvang van de overstroming, de waterdiepte of het waterniveau, en de stroomsnelheid of het betrokken waterdebiet.¹⁵⁴ De overstromingsrisicokaarten strekken ertoe voor elk van de genoemde scenario's een beeld te geven van de potentiële negatieve gevolgen van overstromingen. Het risico wordt vastgesteld aan de hand van het indicatieve aantal potentieel getroffen inwoners, het type economische bedrijvigheid van het potentieel getroffen gebied, de aanwezigheid van installaties als bedoeld in bijlage I van de IPPC-richtlijn, de aanwezigheid van drinkwatergebieden, recreatiewateren, nutriëntengevoelige gebieden, en habitat- of soortenbeschermingsgebieden. Ook kunnen de lidstaten daarbij andere informatie betrekken die zij nuttig achten.¹⁵⁵ Voor kustgebieden waar een passend beschermingsniveau wordt geboden en voor gebieden waar overstromingen worden

148 Zie Van Rijswick 2008, p. 452.

149 Zie art. 13 lid 1 Ror.

150 Zie Havekes & Van Rijswick 2010, p. 172-173.

151 Op grond van art. 4.9 lid 1 Waterbesluit dragen gedeputeerde staten zorg voor de productie, de actualisatie en de elektronische publicatie van de overstromingsgevaar- en overstromingsrisicokaarten. Zie voor een gedetailleerde beschrijving van het totstandkomingsproces van deze kaarten in Nederland Ministerie van V&W 2010.

152 Zie art. 6 lid 8 Ror.

153 Zie art. 6 lid 3 Ror.

154 Zie art. 6 lid 4 Ror.

155 Zie art. 6 lid 5 Ror.

veroorzaakt door grondwater, kan worden volstaan met het opstellen van overstromingsgevaarkaarten voor het lichtste scenario.¹⁵⁶

De derde fase betreft het opstellen en de tenuitvoerlegging van de overstromingsrisicobeheerplannen.¹⁵⁷ De lidstaten baseren zich daarbij op de gegevens uit de hierboven besproken kaarten. Deze plannen moeten in de eerste plaats de adequate doelstellingen bevatten voor het beheer van de overstromingsrisico's binnen de aangewezen gebieden.¹⁵⁸ Deze doelstellingen zijn primair gericht op de vermindering van de potentiële negatieve gevolgen van overstromingen voor de gezondheid van de mens, het milieu, het culturele erfgoed en de economische bedrijvigheid. Daarnaast kunnen zij, indien dat nodig is, ten doel hebben de kans op overstromingen te verminderen.¹⁵⁹ De beheerplannen omvatten ook de maatregelen die nodig zijn om de genoemde doelstellingen te verwezenlijken. In bijlage A bij de Ror wordt nader uiteengezet welke onderdelen de eerste generatie beheerplannen moet bevatten.¹⁶⁰ Voorts wordt een aantal relevante aspecten genoemd waarmee in de overstromingsrisicobeheerplannen rekening moet worden gehouden. Hieruit wordt in de literatuur een verplichting afgeleid om het overstromingsrisicobeheer te integreren in andere relevante beleidsterreinen.¹⁶¹ Ook wordt benadrukt dat in deze plannen alle relevante aspecten van het overstromingsrisicobeheer moeten worden behandeld. Speciale nadruk ligt daarbij op preventie, bescherming en paraatheid, met inbegrip van systemen voor de voorspelling van en de vroegtijdige waarschuwing voor overstromingen, een en ander met bijzondere aandacht voor de relevante gebiedskenmerken.

In de considerans van de Richtlijn overstromingsrisicobeheer wordt herhaaldelijk gewezen op de mogelijke invloed van de klimaatverandering op overstromingsrisico's en de noodzaak daar rekening mee te houden bij de beleidsvorming op dat terrein. In de eerder besproken beleidsdocumenten inzake adaptatie aan klimaatverandering wordt de Ror steeds genoemd als uitermate geschikt instrumenteel kader ter verwezenlijking van de Europese adaptatiedoelstellingen op het terrein van de waterveiligheid. Daarom valt het op dat geen verplichting in de richtlijn is opgenomen om reeds in de eerste generatie beheerplannen rekening te houden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen. De richtlijn spoort de lidstaten wel voorzichtig aan om bij de eerste beoordelingen van de overstromingsrisico's en de aanwijzing van risicogebieden rekening te houden met dergelijke effecten, maar wat betreft de eerste cyclus van het planmatige beheer van overstromingsrisico's blijft het daarbij. De lidstaten zijn dus in aanzienlijke mate vrij te bepalen of zij bij de totstandkoming van hun beheerplannen in 2015 wel of geen rekening houden met de mogelijke effecten van de klimaatverandering op overstromingsrisico's. Men zou dat kunnen beschouwen als een gemiste kans. Anderzijds dient men te onderkennen dat

¹⁵⁶ Zie art. 6 lid 6 en 7 Ror.

¹⁵⁷ Zie uitgebreid Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 132-134; Groothuijse 2009, p. 112-115; en Van Rijswijk 2008, p. 455-459.

¹⁵⁸ Zie art. 7 lid 2 Ror.

¹⁵⁹ Hierin kan het algemene beginsel worden herkend dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden. Zie ook art. 191 lid 2 VWEU.

¹⁶⁰ Zie art. 7 lid 3 Ror en tevens bijlage A.

¹⁶¹ Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 133.

de Ror tot stand is gekomen in een periode waarin het adaptatiebeleid op Europees niveau het prenatale stadium nog amper voorbij was. Wat daar ook van moge zijn: de Ror verplicht de lidstaten niet om tijdens de eerste plancyclus (2015-2021) een op de adaptatie aan klimaatverandering gericht overstromingsrisicobeheer te voeren, maar juicht dat wel toe.

3.4.3.3. Adaptatie en de volgende generaties overstromingsrisicobeheerplannen

Het lijkt er op grond van bovenstaande op dat de lidstaten een termijn is gegund waarop zij (indien nodig) hun overstromingsrisicobeheer op orde kunnen brengen en kunnen coördineren, zonder daarbij ook meteen rekening te hoeven houden met allerhande toekomstige ontwikkelingen. Bij de totstandkoming van de tweede en daarop volgende generaties overstromingsrisicobeheerplannen is dat anders. Art. 14 Ror bepaalt immers dat zowel de hierboven beschreven voorlopige beoordelingen, als de kaarten en de beheerplannen eens in de zes jaar moeten worden getoetst en zo nodig moeten worden bijgesteld. Bij de eerste toetsing van de voorlopige beoordelingen in 2018 en de beheerplannen in 2021 moet nadrukkelijk rekening worden gehouden met *het vermoedelijke effect van klimaatverandering* op het plaatsvinden van overstromingen.¹⁶² Deze bepaling geeft de Ror en het daarop gebaseerde overstromingsrisicobeheer hun op klimaatverandering gerichte karakter. Hieronder destilleer ik hieruit twee samenhangende verplichtingen, te weten een (impliciete) onderzoeks- en verantwoordingsplicht en een (expliciete) actualiseringsplicht.

Het bijvoeglijke ‘vermoedelijke’ in art. 14 lid 4 Ror wijst er in mijn ogen op dat bij de toetsing slechts rekening moet worden gehouden met de effecten waaromtrent reeds een bepaalde mate van zekerheid of waarschijnlijkheid bestaat.¹⁶³ Het betreft dus de effecten van klimaatverandering die redelijkerwijs te verwachten zijn. De lidstaten hebben een ruime mate van beleidsvrijheid om te dien aanzien een grens te trekken. Dat betekent echter niet dat zij de mogelijke effecten van klimaatverandering ongemotiveerd van tafel kunnen schuiven als zijnde ‘niet te vermoeden’. Ik lees in art. 14 lid 4 Ror immers een impliciete, maar fundamentele verplichting voor lidstaten om structureel onderzoek te doen naar alle *mogelijke* effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen op hun grondgebied.¹⁶⁴ Bij dat onderzoek dienen zij in elk geval gebruik te maken van de meest recente beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens en methoden, en dienen zij te streven naar vergroting en verbetering van dat kennisbestand.¹⁶⁵ Op basis van hun zorgvuldige onderzoeken

¹⁶² Zie art. 14 lid 4 Ror.

¹⁶³ De Engelstalige versie van de richtlijn hanteert de term ‘*likely*’, hetgeen tevens wijst op het bestaan van een bepaalde mate van zekerheid omtrent de effecten. In art. 16 Ror over de verslagleggingsverplichting van de Commissie komt men de term ‘vermoedelijke’ of ‘*likely*’ niet tegen. Bij deze verslaglegging moet dus rekening worden gehouden met de *mogelijke* gevolgen van klimaatverandering.

¹⁶⁴ De categorie ‘mogelijke effecten’ is ruimer dan de categorie ‘vermoedelijke effecten’. Deze laatste categorie wordt aan de hand van de onderzoeksverplichting gedestilleerd uit de eerste.

¹⁶⁵ Met het oog op de beschikbaarheid daarvan kan overigens worden gewezen op de coördinerende, faciliterende, stimulerende, en ondersteunende rol die de EU zichzelf te dien aanzien in haar adaptatiebeleid heeft aangemeten. Zie wat dat betreft paragraaf 3.3.

dienen zij deugdelijk te beargumenteren welke mogelijke effecten van klimaatverandering redelijkerwijs te vermoeden of zelfs met enige zekerheid te verwachten zijn. Met dergelijke effecten moeten zij rekening houden bij hun toetsing. De mogelijke effecten waaromtrent naar hun oordeel nog te weinig duidelijkheid of zekerheid bestaat, blijven voorwerp van onderzoek tijdens toekomstige plancycli. De toetsing ex art. 14 Ror omvat dus een wezenlijke onderzoeksverplichting, die naar mijn mening overigens wel explicieter in de Ror tot uitdrukking zou kunnen worden gebracht. Het is aan de rechter om – met inachtneming van de beleidsvrijheid die lidstaten te dien aanzien toekomt – te beoordelen of aan deze onderzoeksverplichting is voldaan.

De vermoedelijke effecten van de klimaatverandering vormen dus een centraal element van de toetsing. Nieuwe wetenschappelijke inzichten of technische gegevens daaromtrent kunnen ertoe leiden dat de beoordeling van de overstromingsrisico's anders uitvalt dan tijdens de voorgaande plancyclus. Zo kan het voorkomen dat reeds bestaande overstromingsrisico's op basis van oudere gegevens tot dan toe blijken te zijn miskend. De feitelijke klimaatverandering kan echter ook nieuwe overstromingsrisico's in het leven roepen of vermoedens daaromtrent aanwakkeren, en kan reeds bestaande risico's in ernst doen toenemen. Op dit punt komt de actualiseringsplicht in beeld. Nieuwe inzichten kunnen er immers aanleiding toe geven gebieden die voorheen bewust of onbewust niet als zodanig op de kaart stonden, in een nieuwe plancyclus wel aan te merken als overstromingsrisicogebieden. Indien dat gebeurt dienen voor dergelijke gebieden overstromingsgevaar- en overstromingsrisicokaarten te worden opgesteld. Bestaande kaarten dienen te worden getoetst en zo nodig te worden bijgesteld aan de waargenomen of verwachte veranderingen in overstromingsrisico's. Dergelijke veranderingen kunnen er voorts toe nopen dat andere, meer of verdergaande maatregelen worden opgenomen in het betreffende risicobeheerplan, of dat de doelstellingen daarvan worden aangepast.¹⁶⁶ De actualiseringsplicht wordt geëxpliciteerd in de zinsnede 'en zo nodig bijgesteld' in de eerste drie leden van art. 14 Ror. Uit het gebruik van de term 'zo nodig' volgt dat de lidstaten ook te dien aanzien een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Uit het gebruik van de neutrale term 'bijgesteld' volgt mijns inziens dat een bijstelling ook naar beneden kan plaatsvinden, bijvoorbeeld indien voorheen een te ernstig beeld van de effecten van klimaatverandering blijkt te zijn geschetst. Dit moet uiteraard wel worden onderbouwd met recente wetenschappelijke en technische gegevens; het enkele uitblijven van vermoedelijke effecten kan geen aanleiding vormen het ambitieniveau naar beneden bij te stellen.

Uit bovenstaande volgt dat vanaf 22 december 2021 definitief adaptatiebeleid moet zijn verankerd in het beleid van de lidstaten inzake het beheer van overstromingsrisico's. Deze adaptatieverplichting strekt niet verder dan dat de lidstaten moeten aangeven op welke wijze bij de toetsing van de plannen rekening is gehouden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering en op welke wijze de uitkomsten daarvan tot uitdrukking zullen komen in hun toekomstige beleid. De richtlijn bevat – behoudens deel B van de bijlage – geen nadere voorschriften of aanwijzingen over de

¹⁶⁶ Zie Havekes & Van Rijswick 2010, p. 175.

inhoud of andere aspecten van de toetsing en bijstellingen van beheerplannen. Noch schrijft deze richtlijn bepaalde (soorten) adaptatiemaatregelen of het bereiken van een bepaald veiligheidsniveau voor. Te dien aanzien hebben de lidstaten dus begrijpelijkerwijs een even ruime mate van beleidsvrijheid, als bij de beoordelingen, aanwijzingen en planvorming in de eerste plancyclus. Wel dienen zij afdoende te motiveren waarom bepaalde effecten van klimaatverandering nopen tot bepaalde maatregelen en prioriteringen in acties en doelstellingen. In dat kader kan een bijzondere motiveringsplicht bestaan, indien een lidstaat wel wijst op bepaalde vermoedelijke effecten van klimaatverandering, maar desondanks meent dat optreden vooralsnog niet nodig is. De Ror verplicht de lidstaten dus in latere plancycli (vanaf 2021) wel tot het voeren van een adaptief overstromingsrisicobeheer, maar laat de lidstaten vrij daaraan een eigen invulling te geven. Dat is op zichzelf niet problematisch en met het oog op het subsidiariteitsbeginsel tevens goed te verklaren. Wel kunnen de ambitieniveaus ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering hierdoor per lidstaat aanzienlijk uiteen gaan lopen, hetgeen een belemmering kan vormen voor het bereiken van de coördinatie- en integratiedoelstellingen van de Ror.¹⁶⁷ Doelgerichte grensoverschrijdende samenwerking in het waterbeheer kan ambitieniveaus gelijktrekken.¹⁶⁸

3.4.4. Adaptatieverplichtingen in het kader van het waterschaarste- en droogtebeleid

3.4.4.1. De KRW als instrumentele en programmatische basis

Het Europese recht biedt geen expliciete instrumentele en normatieve basis voor overheidsverantwoordelijkheden inzake waterschaarste en droogte. Wel dienen dergelijke aspecten een plaats te krijgen binnen het programmatische stroomgebiedbeheer dat de lidstaten voeren op basis van de Kaderrichtlijn Water. Deze richtlijn verwijst niet expliciet naar de effecten van klimaatverandering en stelt – anders dan de Ror – ook niet verplicht daarmee rekening te houden in het stroomgebiedbeheer. De KRW biedt daarentegen wel dermate veel flexibiliteit dat in beginsel geen belemmering bestaat de daaruit voortvloeiende instrumenten in te zetten dan wel in te vullen in het licht van de adaptatie aan klimaatverandering. In beginsel biedt de KRW dus een geschikt kader voor de implementatie van de adaptieve Europese Waterschaarste- en droogtestrategie.¹⁶⁹ Deze strategie beschouwt de volledige tenuitvoerlegging van de KRW dan ook als belangrijkste middel om de daarin verwoorde strategische doelstellingen te bereiken.¹⁷⁰ In dat licht dient wel te worden opgemerkt dat het huidige KRW-instrumentarium hoofdzakelijk is gericht op het bereiken van de in die richtlijn opgenomen milieudoelstellingen in art. 4 KRW. Het bereiken van een ‘goede kwantitatieve oppervlaktewatertoestand’ behoort niet expliciet tot de concrete milieudoel-

¹⁶⁷ Het uiteenlopen van ambitieniveaus is een bekend en in de literatuur goed gedocumenteerd euvel van het bestaan van flexibiliteit en beleidsvrijheid in het Europese waterrecht. Zie bijvoorbeeld Keessen & Van Rijswijk 2012; Keessen e.a. 2010; Uitenboogaart e.a. 2009.

¹⁶⁸ Zie daarover Van Kempen 2012b; Van Rijswijk, Gilissen & Van Kempen 2010; en Gilissen 2009.

¹⁶⁹ Zie Keessen & Van Rijswijk 2012 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261.

¹⁷⁰ Zie paragraaf 3.3.4.1.

stellingen waarop het programmatische stroomgebiedbeheer zich richt en evenmin zijn de doelstellingen van de genoemde strategie daarin terug te vinden. Wel vallen de bevordering van duurzaam watergebruik en de zorg voor de beschikbaarheid van voldoende water onder de algemene doelstellingen van de KRW. Hieronder wijs ik op een aantal onvolmaaktheden in de KRW ten aanzien van de verwezenlijking van de (algemene) doelstellingen die daaraan ten grondslag liggen. Ik doe in dat kader hoofdzakelijk de aanbeveling de doelstellingen van de Waterschaarste- en droogte-strategie te verankeren in de milieudoelstelling in art. 4 van die richtlijn.¹⁷¹

3.4.4.2. Beperking van waterschaarste en bevordering van duurzaam watergebruik als juridisch afdwingbare doelstelling van de KRW?

Aan de KRW ligt een aantal algemene doelstellingen ten grondslag. Naast ecologische doelen en doelen omtrent de waterkwaliteit, betreft het ook 1) de bevordering van duurzaam gebruik van water, op basis van de bescherming van de beschikbare waterbronnen op lange termijn, en 2) de bijdrage aan de afzwakking van de gevolgen van perioden van droogte door te zorgen voor de beschikbaarheid van voldoende oppervlaktewater en grondwater van goede kwaliteit voor een duurzaam, evenwichtig en billijk gebruik van water.¹⁷² Deze elementen betreffen duidelijk de waterkwantiteit en de zorg voor de doelmatige bescherming en verdeling van schaars water. De algemene doelstellingen worden nader geconcretiseerd in art. 4 KRW. Daarbij valt op dat alleen de te bereiken 'goede grondwatertoestand' een kwantiteitsverplichting omvat.¹⁷³ De te bereiken 'goede oppervlaktewatertoestand' betreft slechts de ecologische en chemische toestand van oppervlaktewaterlichamen.¹⁷⁴ Wat betreft oppervlaktewateren ligt de nadruk van de milieudoelstellingen in art. 4 lid 1 KRW dus volledig op de waterkwaliteit. In de literatuur wordt het bereiken van deze kwaliteitsdoelstellingen overigens wel afhankelijk gesteld van een min of meer constante toereikende hoeveelheid oppervlaktewater. De in dat kader geldende normen en drempelwaarden kunnen dus wel van indirect belang zijn voor de waterkwantiteit, maar van rechtsreeks werkende kwantiteitsdoelstellingen is (vooralsnog) geen sprake.¹⁷⁵

Dat kan problematisch zijn met het oog op de verwezenlijking van de hierboven genoemde algemene doelstellingen van de KRW. Het is immers niet zonder meer waarschijnlijk dat met het bereiken van de milieudoelstellingen uit art. 4 KRW tevens deze algemene doelstellingen zullen worden bereikt. Het bereiken van een goede kwalitatieve oppervlaktewatertoestand mag dan zijn gebaat bij een constante toereikende hoeveelheid oppervlaktewater; het is nadrukkelijk niet zo dat met het bereiken van deze doelstelling tevens een constante toereikende hoeveelheid bruikbaar oppervlaktewater

171 Zie ook Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 257-261.

172 Zie art. 1 sub b en e KRW.

173 Het betreft ingevolge art. 4 lid 1 sub b onder ii KRW de bescherming, de verbetering en het herstel van grondwaterlichamen en de zorg voor een evenwicht tussen de onttrekking en aanvulling van grondwater.

174 Vergelijk in die zin ook de definities van '(goede) oppervlaktewatertoestand' en '(goede) grondwatertoestand' in art. 2 KRW.

175 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 259 en Keessen & Van Rijswijk 2009, p. 83-90.

en het duurzame gebruik daarvan is verzekerd. Daarenboven legt het niet bereiken van de milieudoelstellingen een extra last op de beschikbaarheid van oppervlaktewater binnen sectoren die afhankelijk zijn van water van een bepaalde kwaliteit. Een en ander wringt, aangezien het uitvoeringsinstrumentarium van de KRW zich welhaast volkomen richt op het bereiken van de milieudoelstellingen van die richtlijn. Zo dienen de nader te bespreken maatregelenprogramma's te worden opgesteld, 'teneinde de doelstellingen van artikel 4 te verwezenlijken'.¹⁷⁶ In die programma's lijkt de bevordering van duurzaam en efficiënt watergebruik zelfs geheel ten dienste te staan van het bereiken van deze doelstellingen.¹⁷⁷ Dit probleem kan worden opgelost – althans, de oorzaak daarvan kan worden weggenomen – door de bevordering van duurzaam en efficiënt watergebruik en de beperking van waterschaarste nadrukkelijk op te nemen in de milieudoelstellingen van de KRW.¹⁷⁸ Zolang dat niet gebeurt, kan men stellen dat de KRW de verwezenlijking van haar algemene doelstellingen slechts ten dele op effectieve wijze nastreeft.

Het is vooralsnog overigens onduidelijk wat de juridische status is van de algemene doelstellingen uit art. 1 KRW. Zij zijn in elk geval minder concreet dan de milieudoelstellingen in art. 4 KRW, zodat het onwaarschijnlijk is dat zij daarmee op gelijke voet moeten worden geplaatst. Dat wekt geen grote verbazing, aangezien de milieudoelstellingen een nadere uitwerking vormen van de algemene doelen. Wel rijst de vraag in hoeverre uit deze algemene doelstellingen concrete verplichtingen voortvloeien voor de lidstaten en in hoeverre burgers aanspraak kunnen maken op de beschermende werking die daar eventueel van uitgaat. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Het lijkt mij niet aannemelijk dat deze doelstellingen rechtstreekse werking hebben, en evenmin dat burgers op grond daarvan maatregelen van hun lidstaten kunnen afdwingen of daar aansprakelijkheidsclaims op kunnen baseren. Ook de toetsing van de doeltreffendheid van de gebruikmaking van het KRW-instrumentarium aan deze doelstellingen lijkt problematisch, aangezien deze instrumenten juist strekken tot de verwezenlijking van de concretere, maar beperktere milieudoelstellingen. Zijn de algemene doelstellingen dan slechts bedoeld om het toepassingsbereik van de richtlijn af te bakenen en de strekking daarvan te verduidelijken? De juridische afdwingbaarheid ervan lijkt inderdaad zeer beperkt, maar het gaat in mijn ogen te ver art. 1 KRW louter een informatieve functie toe te dichten. Ik meen daarom dat aan de algemene doelstellingen vooral belang toekomt als toetsingsmaatstaf bij de evaluatie van de (werking van de) richtlijn zelf. Een negatieve evaluatie vormt een sterke aanwijzing voor de Europese wetgever om te voorzien in nadere, andere of strengere regelgeving.¹⁷⁹

176 Zie art. 11 lid 1 KRW.

177 Zie art. 11 lid 3 sub c KRW. Ik kom in paragraaf 3.4.4.3 nog op terug.

178 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 259 en p. 261. Daarbij dient overigens wel te worden bedacht dat besluiten over het kwantitatieve waterbeheer, of besluiten die rechtstreeks dan wel zijdelings betrekking hebben op de beschikbaarheid van de watervoorraden ingevolge art. 192 lid 2 sub b VWEU met eenparigheid van stemmen moeten worden genomen volgens een bijzondere wetgevingsprocedure.

179 Het is in dat opzicht enigszins merkwaardig dat de Commissie in de recent verschenen 'blauwdruk' enerzijds grote zorgen uit over de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterschaarste- en droogtestrategie, maar het anderzijds vooralsnog niet nodig acht te dien aanzien nadere regelgeving tot stand te brengen. Zie COM(2012) 673, p. 10-13. Zie tevens paragraaf 3.3.4.1.

3.4.4.3. De rol van waterschaarste en duurzaamheid binnen de programmatische benadering van de KRW

De Kaderrichtlijn Water vormt de basis van de programmatische benadering binnen het Europese waterbeleid.¹⁸⁰ Deze benadering komt tot uitdrukking in de mate van flexibiliteit en beleidsvrijheid die de richtlijn de lidstaten biedt ten aanzien van de invulling van hun beleid inzake het stroomgebiedbeheer. De verplicht op te stellen maatregelenprogramma's en stroomgebiedbeheerplannen vormen de kern van de KRW. De invulling en tenuitvoerlegging daarvan staat, zoals gezegd, in het teken van de verwezenlijking van de milieudoelstellingen ex art. 4 KRW. De KRW bepaalt echter slechts ten dele op welke wijze deze doelstellingen moeten worden verwezenlijkt, en stelt voorts slechts een termijn waarop daarvan uiterlijk sprake moet zijn. Daarnaast stelt deze richtlijn enkele noodzakelijke randvoorwaarden, zoals de analyse- en beoordelingsverplichting uit art. 5 KRW, de monitoringsverplichting uit art. 8 KRW, en een aantal inhoudelijke eisen waaraan de programma's en plannen minimaal moeten voldoen in art. 11 en 13 KRW. De adaptatie aan klimaatverandering wordt in de KRW niet genoemd als thema of doelstelling, maar deze richtlijn biedt in beginsel wel een geschikt instrumenteel kader voor de implementatie en tenuitvoerlegging van de adaptieve Waterschaarste- en droogtestrategie. In dat verband dient te worden gewezen op het reeds door Keessen en Van Rijswick gesignaleerde probleem dat de intensiteit waarmee dit zal gebeuren vrijwel volledig afhankelijk is van het ambitieniveau van de lidstaten.¹⁸¹ Daarnaast wijs ik hieronder op een ander probleem met betrekking tot de verwezenlijking van de doelstellingen van de genoemde strategie.

De lidstaten dienen hun beleid inzake waterschaarste en duurzaamheid neer te leggen in hun stroomgebiedbeheerplannen en dienen te dien aanzien passende maatregelen op te nemen in hun maatregelenprogramma's.¹⁸² Het is dus nadrukkelijk niet zo dat de bescherming tegen waterschaarste en de bevordering van duurzaam watergebruik buiten de verplichte kaders van deze plannen en programma's vallen. Zo valt te wijzen op de verplichting maatregelen op te nemen om duurzaam en efficiënt watergebruik te bevorderen.¹⁸³ Ook dienen in het programma beheersingsmaatregelen te worden opgenomen met het oog op de onttrekking en opstuwning van zoet oppervlaktewater en de onttrekking van grondwater. De lidstaten zijn verplicht in dat verband een systeem van voorafgaande toestemming in het leven te roepen.¹⁸⁴ Voorts moeten de beheerplannen naast een samenvatting van het maatregelenprogramma een overzicht bevatten van de significante belasting en effecten van menselijke activiteiten op de toestand van oppervlakte- en grondwater. Hieronder wordt nadrukkelijk ook een raming verstaan van de druk op de kwantitatieve toestand van het water, met inbegrip van onttrekkingen.¹⁸⁵ Ook kunnen kwantiteitsaspecten aan de orde komen in het

180 Zie Janse & Van Rijswick 2012.

181 Zie Keessen & Van Rijswick 2012, p. 47. Zie in dat kader tevens Howarth 2009a, p. 412-416; Moss 2008, p. 32-41; en in breder verband Van der Arend e.a. (red.) 2010.

182 Zie Havekes & Van Rijswick 2010, p. 259-260 en Keessen & Van Rijswick 2009, p. 86-87.

183 Zie art. 11 lid 3 sub c KRW.

184 Zie art. 11 lid 3 sub e KRW.

185 Zie art. 12 lid 4 en bijlage VII KRW.

kader van de zogenoemde ‘aanvullende maatregelen’ in de maatregelenprogramma’s,¹⁸⁶ en de meer gedetailleerde programma’s en beheerplannen, waarin per sector, aangelegenheid of watertype de specifieke aspecten van het waterbeheer aan de orde kunnen worden gesteld.¹⁸⁷

Uit bovenstaande volgt dat het niet volledig aan de beleids- en beoordelingsvrijheid van de lidstaten is overgelaten om al dan geen beleid te voeren met betrekking tot waterschaarste en duurzaamheid van watergebruik. Dergelijke aspecten van het waterbeheer vormen wel degelijk verplichte onderdelen van beheerplannen en maatregelenprogramma’s. De lidstaten zijn daarentegen wel vrij te bepalen hoe en door middel van welke maatregelen zij invulling geven aan deze verplichtingen. Zij hebben daarbij, zoals gezegd, ook betrekkelijk veel ruimte om hun eigen ambitieniveau te bepalen. Uiteindelijk moeten ook deze maatregelen ertoe bijdragen dat de milieudoelstellingen uit art. 4 KRW tijdig worden verwezenlijkt. Op dit punt ontstaat de enigszins vreemde situatie dat de doeltreffendheid van beleid en maatregelen inzake waterschaarste en duurzaamheid wordt beoordeeld in het licht van de kwaliteits- en ecologische doelstellingen van die richtlijn. Het beleid en de maatregelen zijn, met andere woorden, slechts doeltreffend te noemen, indien (mede) aan de hand daarvan de in de KRW voorgeschreven goede toestand van het oppervlaktewater wordt bereikt. De verzachting van de gevolgen van waterschaarste of het bereiken van een situatie waarin watergebruik duurzaam en efficiënt plaatsvindt, is zoals ik hierboven betoogde geen doel op zich, althans niet een milieudoel waarvan de lidstaten de verwezenlijking moeten nastreven en waaraan burgers eventueel rechten zouden kunnen ontleen.

Dit is problematisch, aangezien de doelstellingen van de Waterschaarste- en droogtestrategie op deze wijze feitelijk buiten spel worden gezet. Falend beleid ten aanzien van die doelstellingen brengt niet zonder meer met zich dat de goede oppervlaktewatertoestand niet wordt bereikt. Een lidstaat kan dus niet worden aangesproken wegens de schending van Europees recht door falend beleid inzake waterschaarste of duurzaamheid, zolang de milieudoelstellingen van de KRW door middel van andere maatregelen zijn verwezenlijkt. Op basis van het huidige systeem van de KRW zijn niet-kwaliteitgerelateerde successen op het terrein van de beperking van waterschaarste en de bevordering van duurzaam watergebruik in wezen niet meer dan feitelijke bijkomstigheden, waarop bovenal geen juridische aanspraak kan worden gemaakt. Beleid inzake waterschaarste en duurzaamheid is in dit systeem – paradoxaal genoeg – namelijk niet primair gericht op het voorkomen of beperken van (de nadelige gevolgen van) waterschaarste en de bevordering van duurzaam watergebruik, maar op de verbetering van de waterkwaliteit. Mede door bovenstaande is de schijn ontstaan dat het voeren van het bedoelde beleid facultatief is, terwijl de algemene doelstellingen van de KRW doen veronderstellen dat het een wezenlijk onderdeel is van integraal waterbeheer. Het verdient daarom aanbeveling de genoemde beleidsthema’s een zelfstandigere en centralere positie te geven in de KRW, aangezien zij van groot belang

186 Zie art. 11 lid 4 en bijlage VI, deel B KRW. Het kan bijvoorbeeld onttrekkingsbeheersingsmaatregelen betreffen, maar ook vraag regulerende maatregelen, efficiency- en hergebruiksmaatregelen, ontziltingsinstallaties en andere relevante maatregelen.

187 Zie art. 13 lid 5 KRW.

zijn in het kader van de adequate adaptatie aan klimaatverandering in Europa. Een en ander begint mijns inziens met de erkenning dat de ‘goede oppervlaktewatertoestand’ ook een belangrijk kwantitatief en duurzaamheidselement in zich draagt, op de verwezenlijking waarvan de milieudoelstellingen van de KRW nadrukkelijk moeten zijn gericht. Dit vereist een integratie van de Waterschaarste- en droogtestrategie door een codificatie van de doelstellingen die aan die strategie ten grondslag liggen in art. 4 KRW.¹⁸⁸

3.4.4.4. De bevordering van duurzaam en efficiënt watergebruik door adequaat prijsstellingsbeleid

Duurzaam en efficiënt gebruik van schaars water is – naast de zorg voor de beschikbaarheid van voldoende schoon oppervlaktewater – een belangrijke voorwaarde voor een optimale beperking van de nadelige gevolgen van waterschaarste. Watergebruik kan enerzijds worden gereguleerd, bijvoorbeeld door middel van een systeem voor de verdeling van schaarse gebruiksrechten. Ook kan regulering plaatsvinden door het stellen van bepaalde duurzaamheidseisen aan productie- en andere processen, producten, gebouwen en diensten. Dergelijke maatregelen kunnen in beginsel als ‘aanvullende maatregelen’ worden opgenomen in de maatregelenprogramma’s op grond van de KRW.¹⁸⁹ Anderzijds kan het watergebruik worden beïnvloed door het geven van de juiste prikkels tot efficiënt en duurzaam gebruik. Dat kunnen financiële prikkels zijn, maar het valt niet uit te sluiten dat ook niet-financiële prikkels zullen leiden tot bewustwording en uiteindelijk ‘verduurzaming’ van het watergebruik door zowel particulieren, als bedrijven en de landbouw. Het gaat de kaders van dit proefschrift te buiten de wijze te beschrijven waarop verschillende prikkels uiteenlopende effecten zullen sorteren. Daarom volsta ik met de algemene aanbeveling om per sector en regio te onderzoeken welke combinaties van prikkels in de betreffende sector de meest wenselijke invloed hebben op het watergebruik. Daaronder valt uiteraard ook onderzoek naar de doeltreffendheid van het prijsstellingsbeleid dat de lidstaten op basis van de KRW moeten voeren.

In de Kaderrichtlijn Water ligt de nadruk op de beïnvloeding van het watergebruik door middel van financiële prikkels. Zo moeten de lidstaten op grond van art. 9 lid 1 KRW in hun waterbeleid rekening houden met ‘het beginsel van terugwinning van de kosten van waterdiensten’, een en ander met inachtneming van de op grond van art. 5 KRW uitgevoerde economische analyse.¹⁹⁰ De maatregelen die daartoe volgens hen moeten worden getroffen maken onderdeel uit van de basismaatregelen in

188 Zie in dit verband ook paragraaf 3.3.4.1 en de zorgen die de Commissie uit ten aanzien van de implementatie en tenuitvoerlegging van de Waterschaarste en droogtestrategie in COM(2012) 673.

189 Havekes en Van Rijswijk merken terecht op dat in dit kader wel duidelijkheid moet bestaan over de vraag in hoeverre lidstaten bevoegd zijn vergaande producteisen te stellen zonder in strijd te handelen met regels van de interne markt (zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261). Wellicht verdient het daarom aanbeveling dergelijke regels juist op Europees niveau vast te leggen.

190 Zie bijvoorbeeld Howarth 2009 en Unnerstall 2007.

hun maatregelenprogramma's.¹⁹¹ Op het thema 'kostenterugwinning' dient ook in de stroomgebiedbeheerplannen te worden ingegaan.¹⁹² In concrete zin dienden de lidstaten ervoor te zorgen dat hun waterprijsbeleid tegen 2010 *adequate prikkels* zou bevatten voor watergebruikers om de watervoorraden efficiënt te benutten. Voorts dienden zij ervoor te zorgen dat de diverse watergebruikssectoren (huishoudens, bedrijven en landbouw) een redelijke bijdrage zouden leveren aan de terugwinning van de kosten van waterdiensten.¹⁹³ De theoretische meerwaarde van art. 9 KRW is aanzienlijk, ook voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterschaarste- en droogtestrategie.¹⁹⁴ De KRW geeft echter geen aanwijzingen voor de nadere invulling van het waterprijsbeleid van de lidstaten, zodat de prijsstellings- en kostenterugwinningsmaatregelen in de praktijk sterk in aard en strekking uiteenlopen. Ook bestaat nog weinig duidelijkheid over de mate van succes van de verschillende instrumenten, en evenmin over de vraag of dergelijke economische instrumenten überhaupt wel voldoende doeltreffend werken in het waterbeheer.¹⁹⁵ De recent verschenen 'blauwdruk' van de Commissie laat te dien aanzien een somber beeld zien en kondigt strengere handhavende acties aan van de Commissie jegens de lidstaten.¹⁹⁶ Naar verwachting is er op dit beleidsterrein echter nog een lange weg te gaan.

3.4.5. Tussenconclusies

De Europese Unie en de lidstaten hebben op milieugebied een gedeelde bevoegdheid. De uitoefening van bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. In het EU-Verdrag en het EU-Werkingsverdrag worden de doelstellingen van de Unie en het door haar te voeren milieubeleid uiteengezet, en worden tevens de beginselen opgevoerd waarop dit beleid moet berusten. Beide verdragen vormen op het milieubeleidsterrein hoofdzakelijk een bron van juridische verantwoordelijkheden voor (de instellingen van) de Europese Unie. Verplichtingen voor de lidstaten vloeien daarentegen hoofdzakelijk voort uit secundaire Europese regelgeving, waarin de in die verdragen omschreven doelstellingen en beginselen doorklinken. Via die weg vinden de beginselen waarop het Europese milieubeleid berust hun doorwerking in het beleid en de wet- en regelgeving van de lidstaten, en uiteindelijk in de gedragingen van hun organen. Op die wijze vormt het systeem van primaire Europese regelgeving met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering dus geen rechtstreekse bron van verplichtingen voor de lidstaten. Nadere Europese maatregelen streven er echter wel naar dat de activiteiten van de lidstaten daarmee verenigbaar zijn en bijdragen tot het bereiken van de in de verdragen verwoorde doelstellingen inzake het milieu, het adaptatiebeleid in het bijzonder. Veel van de in de verdragen tot

191 Zie art. 11 lid 3 sub b KRW.

192 Zie art. 13 lid 4 en bijlage VII onder 7.2 KRW.

193 Zie over de term 'waterdiensten' uitgebreid Lindhout 2012.

194 Maatregelen in dat kader zijn met nadruk ook waterdiensten in de zin van art. 9 KRW. Zie Unnerstall 2007, p. 34-36.

195 Zie Keessen & Van Rijswijk 2012, p. 47-49.

196 Zie COM(2012) 673, p. 10-13. Zie tevens paragraaf 3.3.4.1.

uitdrukking gebrachte rechtsbeginselen hebben overigens ook een algemene gelding, in welke hoedanigheid zij direct als toetssteen kunnen gelden voor nationale acties. De exacte betekenis van die normatieve beginselen binnen de kaders van de adaptatie aan klimaatverandering is tot op heden echter nog onduidelijk. Daarom verdient de rol van dergelijke beginselen vermeerderde aandacht in het wetenschappelijke klimaat- en adaptatiedebat.

De Richtlijn overstromingsrisicobeheer verplicht de lidstaten uiterlijk op 22 december 2015 gecoördineerd beleid op te stellen inzake het beheer van overstromingsrisico's. Bij de totstandkoming van de eerste generatie overstromingsrisicobeheerplannen hoeft nog niet formeel rekening te worden gehouden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen. De lidstaten worden echter wel aangespoord daar reeds dan in te voorzien.¹⁹⁷ Bij de evaluatie van de door hen uitgevoerde risicobeoordelingen in 2018 en hun beheerplannen in 2021 moeten de lidstaten ingevolge art. 14 lid 4 Ror voor het eerst officieel rekening houden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen. Indien dat nodig is, dienen zij hun beoordelingen en plannen mede op grond daarvan bij te stellen. Uit art. 14 Ror vloeit dus zowel een onderzoeksverplichting, als een actualiseringsplicht voort. De onderzoeksverplichting kan mijns inziens wel explicieter in de richtlijn tot uitdrukking worden gebracht. Een en ander betekent dat de lidstaten vanaf 22 december 2021 op klimaatrisico's gericht adaptief beleid moeten voeren inzake het beheer van overstromingsrisico's. De richtlijn stelt te dien aanzien geen inhoudelijke eisen of minimum veiligheidsnormen, zodat deze hoofdzakelijk een agenderende werking zal hebben. De programmatische benadering van de Ror biedt de lidstaten veel flexibiliteit en discretionaire ruimte. Hoewel dit goed valt te verklaren vanuit het subsidiariteitsbeginsel, gaat hierin ook het gevaar schuil dat de ambitieniveaus van de afzonderlijke lidstaten sterk uiteen gaan lopen. Al met al leidt dit tot de conclusie dat de Richtlijn overstromingsrisicobeheer in beginsel een goed juridisch kader biedt voor adequate adaptatie aan klimaatverandering op het beleids-terrein van de waterveiligheid, maar dat de doeltreffendheid daarvan sterk afhangt van de opstelling van de lidstaten en dus niet kan worden gegarandeerd.

Welke verplichtingen zijn voorts uit het Europese waterrecht – in het bijzonder de Kaderrichtlijn Water – af te leiden op het terrein van de bescherming tegen de nadelige gevolgen van waterschaarste en verdroging? In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de ontwikkelingen te dien aanzien momenteel in volle gang zijn, en daardoor ook in zekere mate onvoorspelbaar. De bestrijding van waterschaarste en de bevordering van duurzaamheid zijn vooralsnog niet als zelfstandige milieudoelstellingen opgenomen in de KRW. Wel liggen beide aspecten van het waterbeheer als algemene doelstelling aan die richtlijn ten grondslag. In hun beleid inzake het stroomgebiedbeheer moeten de lidstaten op diverse wijzen aandacht schenken aan de beperking van waterschaarste en de bevordering van duurzaamheid. Ook moeten c.q. kunnen zij met

¹⁹⁷ Op dit punt had de richtlijn mijns inziens overigens best dwingender kunnen zijn, vooral met het oog op de recente en op korte termijn te verwachten ontwikkelingen in Europees en nationaal adaptatiebeleid. Het betreft nadrukkelijk wel een oordeel achteraf; tijdens de totstandkomingsprocedure van de Ror stond de ontwikkeling van adaptatiebeleid op Europees niveau nog in de kinderschoenen.

het oog daarop maatregelen opnemen in hun maatregelenprogramma's. Dat beleid en die maatregelen zijn in het huidige systeem echter voornamelijk gerelateerd aan het bereiken van de goed *kwantitatieve* toestand van het oppervlaktewater. Dat is problematisch en heeft, zoals ik betoogde, paradoxale trekken. Maatregelen met het oog op de waterkwantiteit en de verandering van de mentaliteit van watergebruikers zullen inderdaad kunnen bijdragen aan het bereiken van die goede toestand. Het bereiken van die toestand vormt echter geen garantie dat ook daadwerkelijk op adequate wijze bescherming wordt geboden tegen de nadelige gevolgen van waterschaarste en dat het beschikbare schaarse water ook daadwerkelijk efficiënt wordt gebruikt. Dat zijn wel belangrijke voorwaarden voor een adequate adaptatie aan klimaatverandering in Europa. Dat wordt ook onderstreept in de Waterschaarste- en droogtestrategie. Daarom verdient het in mijn ogen aanbeveling deze strategie (beter) te integreren in het juridische kader van de KRW, en vooral de doelstellingen daarvan te erkennen en in die richting te codificeren als zelfstandige milieudoelstellingen.¹⁹⁸

3.5. Conclusies

Het Europese adaptatiebeleid is de laatste jaren volop in ontwikkeling geweest. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in de totstandkoming van een integrale Europese Adaptatiestrategie, waarin overkoepelende adaptatiedoelstellingen zijn geformuleerd en nadere acties in het vooruitzicht zijn gesteld. In aanloop daarop heeft de adaptatie aan klimaatverandering reeds vaste voet gekregen binnen verschillende sectoren van het Europese milieubeleid, waaronder het beleid inzake overstromingsrisico's en waterschaarste. De beleidsontwikkelingen kwamen uitgebreid aan bod in paragraaf 3.3. Adaptatie vraagt in Europa (en ook daarbuiten) om actie op alle relevante beleidsterreinen en alle bestuurlijke en maatschappelijke niveaus. De verantwoordelijkheid voor de feitelijke adaptatie ligt bij de lidstaten en de bevoegde regionale en lokale autoriteiten. De EU speelt hoofdzakelijk een coördinerende, faciliterende en kaderstellende rol. Uit het Europese recht vloeien in verband met de adaptatie aan klimaatverandering dan ook weinig concrete verplichtingen voort. De Europese waterregelgeving wordt wel geacht in beginsel te voorzien in een geschikt instrumenteel kader voor adequate adaptatie, hoewel ook valt te wijzen op mogelijke verbeteringen. Deze kwamen aan de orde in paragraaf 3.4. In dat verband verdient het algemene opmerking dat deze regelgeving – naast de daarin tot uitdrukking komende stroomgebiedbenadering – wordt gekenmerkt door een sterk kaderstellend karakter. Deze biedt de lidstaten in die hoedanigheid een grote mate van flexibiliteit en discretionaire ruimte bij de verwezenlijking van de daarin omvatte doelstellingen. Op de lidstaten rust de algemene verplichting plannen en programma's op te stellen, waarin zij hun beleidsdoelen kenbaar

¹⁹⁸ De Commissie lijkt in haar recent gepubliceerde 'blauwdruk' overigens niet zo ver te willen gaan en zoekt vooralsnog haar heil in de (strengere) handhaving van de naleving van de verplichtingen ex art. 9 KRW. Wat dat betreft moet wel worden bezien of de noodzakelijke duurzaamheid en efficiëntie in het watergebruik in elke gebruiksector kan worden bewerkstelligd door het voeren van prijsstellingsbeleid, zoals dat wordt voorgeschreven in het eerste lid van dat artikel. Tevens dienen alternatieven te worden onderzocht, zoals regulering door het invoeren van sectorale duurzaamheidseisen.

Europeesrechtelijke adaptatieverplichtingen

maken, evenals de wijze waarop zij van plan zijn deze te verwezenlijken. Zij beslissen dus met het oog op de bescherming tegen overstromingen, wateroverlast en waterschaarste in hoge mate zelf welke adaptatiedoelen zij in dat verband aan de hand van welke maatregelen zullen nastreven. Dat is enerzijds positief, omdat dat het inspelen op regionale problematiek en andere gebiedskenmerken vergemakkelijkt. Deze mate van flexibiliteit kan echter ook ten koste gaan van de doeltreffendheid, bijvoorbeeld wegens het ontstaan van grote verschillen in ambitieniveaus tussen (en wellicht ook binnen) de afzonderlijke lidstaten. Er hangt met het oog op de succesvolle adaptatie aan klimaatverandering in Europa dus veel af van de politieke wil, de betrokkenheid en de ambities van de afzonderlijke lidstaten.

≈ 4 Nationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre op Nederlandse waterbeheerders op grond van het nationale recht verplichtingen rusten in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. In hoeverre dienen zij bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden te anticiperen op onzekere toekomstige klimaatrisico's, en in hoeverre kunnen in dat verband maatregelen van hen worden afgedwongen? Welke aanbevelingen kunnen voorts, indien dat nodig blijkt, worden gedaan om het systeem te dien aanzien aan te scherpen of te verduidelijken? De onzekere klimaatrisico's zetten de klassieke risicobenadering onder druk.¹ Uit een analyse van de ontwikkelingen binnen het Nederlandse waterbeleid op verschillende bestuurlijke niveaus volgt dat de adaptatie daarin, mede uit dat besef, rond de eeuwwisseling wortel heeft geschoten als beleidsthema en sindsdien een steeds centralere en integralere rol is gaan spelen. In verschillende kaders is inmiddels benadrukt dat op de concrete gevolgen van klimaatverandering gericht adaptief waterbeheer² van essentieel belang is voor succesvolle adaptatie binnen de andere beleidssectoren.³ De ontwikkelingen in die richting zijn momenteel in volle gang, maar er bestaat in de praktijk nog betrekkelijk veel onduidelijkheid over de strekking en verdeling van verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Dit hoofdstuk draagt bij aan het wegnemen van die onduidelijkheden.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 4.2 beschrijf en analyseer ik de ontwikkelingen van het adaptatiebeleid op uiteenlopende niveaus binnen het Nederlandse waterbeheer. Vervolgens bespreek ik de juridische verdeling van taken en bevoegdheden in het Nederlandse waterbeheer in algemene zin en besteed ik kort inhoudelijk aandacht aan enkele daarvan (paragraaf 4.3). In paragraaf 4.4 bespreek ik in hoeverre

1 Zie MNP 2003; MNP 2004; en WRR 2008, p. 119-121.

2 Het verdient opmerking dat het Nederlandse waterbeheer op zichzelf reeds is gericht op de aanpassing aan veranderende omstandigheden. In die zin kan worden gesteld dat het waterbeheer reeds een 'adaptief' karakter heeft. Veel veranderingen waaraan het waterbeheer zich dient aan te passen, staan echter niet in verband met de klimaatverandering. Het is daarom zinvol onderscheid te maken tussen 'gewoon' adaptief waterbeheer en adaptief waterbeheer in relatie tot de gevolgen van klimaatverandering. In dit hoofdstuk beperk ik me, met het oog op het thema van dit proefschrift, tot de laatste categorie. Waar hieronder de term 'adaptief waterbeheer' voorkomt, bedoel ik dus met nadruk het adaptieve waterbeheer in relatie tot klimaatverandering. Ik zal dat waar nodig expliciteren, teneinde verwarring te voorkomen. Zie in dit verband overigens ook Schaap 2010.

3 Zie bijvoorbeeld KNMI 2006a; NAS 2007; Deltacommissie 2008; Keessen & Van Rijswijk 2009, p. 79-95; Jong 2009, p. 97-113; Klijn e.a. 2010; PBL 2011; Keessen & Van Rijswijk 2012; en Deltaprogramma 2012. Er is overigens ook kritiek geuit op het Nederlandse integrale adaptatiebeleid. Dit zou weinig samenhang vertonen en belangrijke terreinen ongeregeld laten. Zie Algemene Rekenkamer 2012.

reeds uit het huidige recht verplichtingen voortvloeien om bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden in het waterbeheer te anticiperen op onzekere klimaatrisico's. Ik doe daar tevens aanbevelingen tot de (wettelijke) explicitering daarvan. In paragraaf 4.5 bespreek ik het huidige instrumentarium dat waterbeheerders ter beschikking staat om uitvoering te geven aan hun adaptatiebeleid. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 4.6.

4.2. De ontwikkelingen binnen het Nederlandse adaptatiebeleid

4.2.1. Algemeen

In deze paragraaf geef ik een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen van en in het adaptatiebeleid op het nationale en regionale niveau. Dat is van belang, omdat de nader te bespreken verplichtingen voor waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering dienen te worden gezien tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen. Ik bespreek hieronder de meest relevante plannen en programma's die direct verband houden met adaptatie aan klimaatverandering en de nader te bespreken waternisico's. Ik beperk me tot het algemene nationale adaptatiebeleid en tot het adaptatiebeleid binnen de beleidskaders van het waterbeheer. Tevens beperk ik me in hoofdzaak tot de ontwikkelingen die na de openbaarmaking van het KNMI-rapport in 2006 hebben plaatsgevonden. Ik ga niet uitgebreid in op de inhoud van de verschillende beleidsdocumenten, maar volsta met een bespreking op hoofdlijnen. Aan het eind van deze paragraaf analyseer ik de recente ontwikkelingen en bespreek ik vijf algemene kenmerken van het huidige Nederlandse adaptatiebeleid. Zo zal blijken dat dit beleid steeds meer neigt naar een integrale en multisectorale benadering van het klimaatprobleem (1) op feitelijk elk beleidsniveau (2). Daarin staat voorts de zoektocht centraal naar manieren om met onzekere klimaatrisico's om te gaan (3), waarbij men zich steeds meer oriënteert op de middellange en lange termijn (4). Ten slotte lijkt de bescherming en het behoud van bestaande maatschappelijke en economische waarden een centrale doelstelling van adaptatie te worden (5).

In concrete zin bespreek ik in paragraaf 4.2.2 in kort bestek de verwachte veranderingen in het Nederlandse klimaat en de daaruit voortvloeiende waternisico's. Vervolgens geef ik een overzicht van de ontwikkelingen in de totstandkoming van integraal nationaal adaptatiebeleid (paragraaf 4.2.3). Daarna besteed ik algemene aandacht aan de ontwikkelingen van het nationale adaptatiebeleid binnen de kaders van het waterbeheer (paragraaf 4.2.4). In paragraaf 4.2.5 ga ik wat dat betreft dieper in op de ontwikkelingen in het nationale waterveiligheidsbeleid en het beleid inzake de zoetwatervoorziening. In paragraaf 4.2.6 stel ik in kort bestek het adaptatiebeleid op het regionale niveau aan de orde. Ik sluit in paragraaf 4.2.7 af met de genoemde analyse en enkele concluderende opmerkingen.

4.2.2. Impulsen voor beleidsvorming door groeiende klimaatgedreven waterrisico's

In mei 2006 publiceerde het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (KNMI) vier wetenschappelijk onderbouwde klimaatscenario's voor Nederland.⁴ Deze scenario's vormen in belangrijke mate het uitgangspunt van het hedendaagse Nederlandse adaptatiebeleid,⁵ zoals neergelegd in bijvoorbeeld de Nationale Adaptatiestrategie⁶ en het Deltaprogramma.⁷ De scenario's betreffen verschillende situaties,⁸ waarbij wereldwijde temperatuurstijging en veranderingen in luchtstromingspatronen in West-Europa het kader vormen voor voorspellingen over gemiddelde temperatuurstijging, neerslagpatronen, veranderingen in het windklimaat, en zeespiegelstijging in Nederland rond het jaar 2050. Ten aanzien van deze klimaataspecten zijn in een periode die het grootste deel van de 20^e eeuw beslaat reeds veranderingen waargenomen.⁹ De vier scenario's vertonen met het oog op elk van deze klimaataspecten een stijgende trend. Zo leidt de temperatuurstijging op grond van elk scenario tot gemiddeld zachtere winters en warmere zomers. Ook worden de winters gemiddeld natter en nemen de extreme neerslaghoeveelheden toe. Daarnaast neemt de hevigheid van extreme regenbuien in de zomer toe, terwijl het gemiddelde aantal regendagen juist afneemt. Ten slotte vertoont elk scenario een stijging van de zeespiegel ten opzichte van de Nederlandse kust.¹⁰ De concrete verwachtingen lopen per scenario overigens wel (sterk) uiteen.¹¹

-
- 4 Zie KNMI 2006a. Voor een duidelijke samenvatting van het rapport, zie KNMI 2006b.
- 5 Deze scenario's vervingen de scenario's die in 2000 waren opgesteld voor de Commissie Waterbeheer 21^e eeuw. In 2009 zijn de scenario's van 2006 op enkele punten aangevuld (zie KNMI 2009). De scenario's van 2006 worden naar verwachting in het najaar van 2013 opgevolgd door de zogenoemde 'KNMInext scenario's' (zie <www.knmi.nl>).
- 6 Zie NAS 2007, p. 9-10.
- 7 In het Deltaprogramma zijn de klimaatscenario's van het KNMI gecombineerd met de sociaal-economische scenario's van enkele samenwerkende planbureaus. Dit heeft geresulteerd in vier 'deltascenario's', gevangen in de termen 'Druk', 'Stoom', 'Rust', en 'Warm'. Zie voor een overzicht Deltaprogramma 2013, p. 35.
- 8 De vier scenario's worden aangeduid als 'Gematigd', 'Gematigd +', 'Warm' en 'Warm +'. In de gematigde scenario's wordt uitgegaan van een gemiddelde mondiale temperatuurstijging van 1°C, en in de warme scenario's van een stijging van 2°C. In de scenario's 'Gematigd' en 'Warm' wordt uitgegaan van ongewijzigde luchtstromingspatronen in West-Europa. De andere twee scenario's gaan uit van wijzigingen in deze patronen, resulterend in zachtere en nattere winters door meer westenwind, en warmere en drogere zomers door meer oostenwind.
- 9 Zo is de temperatuur in Nederland sinds 1900 gemiddeld gestegen met 1,6°C; is de jaarlijkse neerslag vanaf 1906 toegenomen met 18%; is het aantal stormen sinds 1962 afgenomen met 20 tot 40%; en is de zeespiegel in de periode vanaf 1900 met 20 centimeter gestegen. Zie KNMI 2006a, p. 69-74 en KNMI 2006b, p. 4-10.
- 10 Zie KNMI 2006a, p. 69-70 en KNMI 2006b, p. 3. Zie tevens PBL 2011, p. 118-125.
- 11 Zo laten de scenario's voor 2050 een gemiddelde temperatuurstijging zien van 0,9 tot 2,3°C in de winter en van 0,9 tot 2,8°C in de zomer. Bij gelijkblijvende luchtstromingspatronen neemt de neerslaghoeveelheid in Nederland 's zomers en 's winters gemiddeld toe met 3 tot 6%. Bij wijzigende luchtstromingspatronen neemt de neerslag in de winter gemiddeld toe met 7 tot 14%, en in de zomer af met 10 tot 20%. In alle scenario's neemt de daggemiddelde windsnelheid per jaar licht toe, maar deze toename is verwaarloosbaar in het licht van de natuurlijke schommelingen op langere termijn. De absolute zeespiegelstijging varieert in de verschillende scenario's in 2050 tussen de 15 en 35 centimeter, en in 2100 tussen de 35 en 85 centimeter.

Deze klimatologische veranderingen brengen gevolgen met zich voor de veiligheid tegen overstromingen vanuit zee en de grote rivieren, de bescherming tegen wateroverlast, de zoetwatervoorziening, het leefklimaat in stedelijke en landelijke gebieden, de natuur en de biodiversiteit, en verschillende economische sectoren.¹² De effecten van klimaatverandering verschillen ook per gebiedstype naar aard en omvang, juist omdat ieder gebiedstype zijn eigen ruimtelijke en andere gebiedseigen kenmerken heeft.¹³ Adaptatiebeleid dient dus per gebied(stype) te worden afgestemd op de specifieke kenmerken en behoeften daarvan.¹⁴ Over de concrete effecten van klimaatverandering binnen de verschillende gebiedstypen bestaat echter nog een grote mate van onzekerheid,¹⁵ waarmee bij de vorming van (strategisch en uitvoeringsgericht) adaptatiebeleid behoedzaam en bewust moet worden omgesprongen.

Een en ander leidt tot de identificatie van drie aan de waterkwantiteit gerelateerde risico's, namelijk overstromingen, wateroverlast en waterschaarste.¹⁶ Elk van deze waternisico's kan leiden tot schade in welhaast alle sectoren van de samenleving. De aard en omvang van het risico verschilt echter regionaal en per maatschappelijke sector. Duidelijk is dat de risico's bij het uitblijven van adaptatiemaatregelen in omvang zullen toenemen naarmate de klimaatverandering doorzet, ongeacht welk klimaatscenario men als uitgangspunt neemt. Dit onderschrijft de sterke maatschappelijke behoefte aan adaptatie, althans het voorkomen en waar nodig beperken van dergelijke klimaatgedreven waternisico's. Dat dit ook de overheid niet is ontgaan, is niet verwonderlijk en blijkt onder meer uit de toenemende politieke aandacht voor het klimaatprobleem en de beschikbaarheid van steeds meer beleidsstukken op dit terrein. Het is dan ook eerder regel dan uitzondering dat men in de vele plannen en programma's op het beleidsterrein van de fysieke leefomgeving steeds vaker klimaat- en adaptatiegerelateerde overwegingen tegenkomt.

4.2.3. Integraal nationaal adaptatiebeleid

Aan het begin van de 21^e eeuw kwam er een kentering in het beleid over de waterhuishoudkundige inrichting van Nederland, waarbij klimaatverandering, zeespiegelstijging en bodemdaling een aanzienlijke rol hebben gespeeld. Het besef drong door dat dergelijke ontwikkelingen noopten tot een langetermijnvisie, een integrale benadering en ruimtelijke anticipatie in het waterbeheer van de 21^e eeuw.¹⁷ Deze nieuwe insteek heeft op beleidsniveau onder meer geleid tot het sluiten van interbestuurlijke

12 Zie WRR 2006; NAS 2007, p. 10-13; en PBL 2011, p. 14-23.

13 Zie NAS 2007, p. 19-23.

14 Zie ook Termeer e.a. 2011.

15 Zie bijvoorbeeld Dessai & Van der Sluijs 2007 en WRR 2008.

16 De klimaatverandering brengt overigens ook aan de waterkwaliteit en de ecologie gerelateerde risico's met zich, die op hun beurt in verband kunnen worden gebracht met kwantiteitgerelateerde risico's. Denk bijvoorbeeld aan de toenemende concentratie verontreinigende stoffen in het oppervlaktewater bij een afnemende hoeveelheid daarvan, en schade aan ecologisch waardevolle gebieden door watertekorten. Op dergelijke risico's ga ik in dit proefschrift niet uitgebreid in, tenzij deze in rechtstreeks verband staan met de waterschaarsteproblematiek.

17 Zie Commissie Waterbeheer 21^e eeuw 2000 en Kabinetsnota 2000. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 27-29 en Gilissen & Van Rijswijk 2009, p. 5-6 en 74-75.

(beginsel)afspraken, zoals de Startovereenkomst Waterbeleid 21^e eeuw¹⁸ en het Nationaal Bestuursakkoord Water (NBW),¹⁹ en de vaststelling en uitvoering van ruimtelijke maatregelenprogramma's, zoals het programma Ruimte voor de Rivier.²⁰ Ook in het kustbeleid is een vergelijkbare ontwikkeling waarneembaar, zoals blijkt uit de 3^e Kustnota²¹ en het project 'Zwakke Schakels'.²² Dergelijke initiatieven zijn in belangrijke mate ontsproten uit de wens Nederland en het Nederlandse watersysteem bestand te maken tegen toekomstige klimatologische ontwikkelingen. Men kan dus stellen dat het adaptatiebeleid in Nederland hoofdzakelijk zijn oorsprong heeft in het waterbeheer.²³

Kort nadat de adaptatie haar plaats had verworven in het Nederlandse waterbeleid, hoorde men de klacht dat ook op andere beleidsterreinen betreffende de fysieke leefomgeving te weinig aandacht bestond voor de langetermijngevolgen van onder meer klimaatverandering en zeespiegelstijging. Vandaar dat de regering in de loop van het politieke debat over ruimtelijk-economische ontwikkelingen bij motie werd verzocht 'de Staten-Generaal te voorzien van haar langetermijninvesteringsstrategieën die rekening houden met de zeer lange voorbereidingstijd van grote nationale investeringen, indien nodig verkend met scenario's, vertaald in aanzetten voor beleidsontwikkeling op korte en middellange termijn en vergezeld van een prioritering van de investeringen op basis van een objectief en integraal beoordelingskader'.²⁴ Mede naar aanleiding hiervan is in 2006 op initiatief van het Rijk het Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat (ARK) van start gegaan, met als belangrijkste motief de totstandkoming van integraal adaptatiebeleid te stimuleren.²⁵

In het ARK werd de noodzaak van aanpassingen in vele maatschappelijke sectoren onderkend.²⁶ Dergelijke aanpassingen hebben belangrijke implicaties voor het Nederlandse ruimtegebruik en leveren dus een grote uitdaging op voor de toekomst. Naar aanleiding van dat besef was reeds in 2004 het onderzoeksprogramma 'Klimaat voor Ruimte' van start gegaan, waarin de ruimtelijke implicaties van adaptatie een belangrijk thema vormden en van een solide wetenschappelijke basis werden voorzien. Met het opstellen van het ARK verklaarden de toenmalige Ministeries van VROM, V&W, LNV en EZ de intentie om deze uitdaging, in nauwe samenwerking met de koepelorganisaties van de regionale overheden en andere partijen, te aanvaarden. De uitvoering van het programma vindt plaats in drie fasen,²⁷ waarin achtereenvolgens een centrale rol toekomt aan het ontwikkelen van een nationale adaptatiestrategie en -agenda, het vaststellen van een uitvoeringsprogramma, en de uitvoering van concrete

18 Zie Startovereenkomst Waterbeleid 21e eeuw tussen Rijk, IPO, UvW en VNG, Den Haag 2001.

19 Zie NBW 2003. Het NBW is in 2006 geëvalueerd en in 2008 geactualiseerd. Bij die actualisering spelen onder meer de KNMI-scenario's een belangrijke rol.

20 Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 080, nr. 23 (deel 4). Zie tevens <www.ruimtevoororderivier.nl>.

21 Zie Ministerie van V&W 2000.

22 Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003.

23 Zie ook Klostermann, Gupta & Biesbroek 2009, p. 21-23.

24 Zie de Motie van het lid Lemstra c.s., d.d. 21 maart 2005 (Kamerstukken I 2004/05, XXI-C).

25 Zie ARK 2006, p. 9-10.

26 Genoemd worden de sectoren water, infrastructuur en mobiliteit, investeringen, landelijk gebied, recreatie, natuur, landbouw, landschap, stedelijk gebied, gezondheid en energie.

27 Zie ARK 2006, p. 13-16.

adaptatieprojecten.²⁸ Een en ander heeft volgens de betrokken partijen geleid tot een toename van het bewustzijn van en de betrokkenheid bij de adaptatieproblematiek, en uiteindelijk tot de gezamenlijke ontwikkeling van een interbestuurlijke adaptatiestrategie.²⁹ Gedreven door een groeiende behoefte aan toepassings- en uitvoeringsgericht klimaatonderzoek werd in 2008 het onderzoeksprogramma ‘Kennis voor Klimaat’ gestart. Dit programma vormt het wetenschappelijke programma ter ondersteuning van het ARK en kenmerkt zich door een nauwe projectmatige samenwerking tussen de overheid, de wetenschap en het bedrijfsleven, en door een onafgebroken wisselwerking tussen wetenschap en praktijk.³⁰

In de Nationale Adaptatiestrategie (NAS) wordt nader ingegaan op de in het ARK gesignaleerde problematiek.³¹ Het belangrijkste doel van de NAS is integraal en algemeen: het klimaatbestendig maken van de ruimtelijke inrichting van Nederland.³² Bij de totstandkoming van de adaptatiestrategie is ver in de toekomst gekeken en uitgegaan van de (in 2007) meest actuele wetenschappelijke inzichten, in het bijzonder de klimaatscenario's van het KNMI.³³ Voorts worden in de beleidsnotitie de effecten van klimaatverandering beschreven voor de veiligheid, het leefklimaat, de biodiversiteit, en de economische sectoren landbouw, toerisme en recreatie, infrastructuur, en energie.³⁴ De eerder beschreven drie waterrisico's spelen daarin steeds een duidelijke rol. Bij een klimaatbestendige inrichting van Nederland wordt gestreefd naar de vergroting van de weerstand en veerkracht van sectoren en tevens naar de verhoging van het aanpassingsvermogen. Dit brengt met zich dat de beheersing van risico's zich richt op het voorkomen en beperken van schade en overlast.³⁵ Vervolgens worden de kenmerken en de kenmerkende risico's van vijf gebiedstypen – het rivierengebied, het kustgebied, hooggelegen gebieden, laaggelegen gebieden en stedelijke gebieden – beschreven.³⁶ Ten slotte wordt per thema het ‘adaptatiedoel’ vastgesteld en wordt op hoofdlijnen besproken in hoeverre deze doelen reeds of juist nog niet zijn behaald. Bij elk thema wordt het waterbeheer een belangrijke rol toegedicht en wordt de aandacht voor adaptatie in het Nederlandse waterbeheer steeds benadrukt.³⁷ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de ‘adaptatiedoelen’ hoofdzakelijk zijn gericht op het behoud van de bestaande situatie en de bescherming van bestaande belangen, en in mindere mate op interne aanpassingen binnen de genoemde sectoren en gebieden aan veranderende en andere klimatologische omstandigheden.³⁸

28 Zie ARK 2006, p. 19-21.

29 Zie Kamerstukken II 2007/08, 31 269, nr. 1, p. 1.

30 Zie <www.kennisvoorklimaat.nl>.

31 Zie NAS 2007. Zie Kamerstukken II 2007/08, 31 269, nr. 1.

32 Zie NAS 2007, p. 5.

33 Zie voor een bespreking van de Nederlandse adaptatiestrategie in Europees verband: Swart e.a. 2009, p. 232-243.

34 Zie NAS 2007, p. 10-13.

35 Zie NAS 2007, p. 17-18.

36 Zie NAS 2007, p. 19-23.

37 Zie NAS 2007, p. 29-33.

38 Dat lijkt een belangrijk algemeen kenmerk van het huidige adaptatiebeleid. Zie wat dat betreft ook Driessen & Van Rijswijk 2011 en paragraaf 4.2.7.

4.2.4. Adaptatiebeleid binnen de kaders van het nationale waterbeheer

Het ARK en de NAS zijn de belangrijkste vormen van integraal sector- en gebiedsgericht adaptatiebeleid. Hierin ligt een sterke nadruk op de waterhuishouding als bepalende factor voor succesvolle adaptatie in feitelijk elke maatschappelijke sector en elk gebiedstype. Het is daarom ook niet vreemd dat strategisch en uitvoeringsgericht adaptatiebeleid ook in belangrijke mate gestalte krijgt binnen de beleidskaders van het waterbeheer.³⁹ Zo stelde de ministerraad op 7 september 2007 de tweede Deltacommissie (commissie Veerman) in,⁴⁰ met als opdracht een advies uit te brengen over de bescherming van Nederland tegen de langetermijngevolgen van klimaatverandering. Onderdeel van die opdracht was het in beeld brengen van mogelijke strategieën voor een toekomstgerichte kustontwikkeling, voor de lange termijn (2100-2200), waarin naast veiligheid ook aandacht is voor de ruimtelijke kwaliteit. Hoewel de waterveiligheid en zoetwatervoorziening de kern van de opdracht vormden, werd nadrukkelijk verzocht een bredere afweging te maken en te zoeken naar synergieën tussen veiligheid en andere maatschappelijke waarden en belangen.⁴¹ In september 2008 bracht de Deltacommissie haar advies uit.

Bij de totstandkoming van haar advies baseerde de commissie zich op de klimaatscenario's van het KNMI en aanvullend onderzoek.⁴² Op basis hiervan werden verwachtingen geschetst ten aanzien van onder meer de zeespiegelstijging en de toenemende rivierafvoeren. Een en ander bracht de commissie tot de conclusie dat Nederland niet goed is ingericht op klimaatverandering en dus voor een grote adaptatieopgave staat. Zonder aanvullende maatregelen nemen de overstromingskansen toe en komt de zoetwatervoorziening onder zware druk te staan, aldus de Deltacommissie.⁴³ Ter concretisering van de adaptatieopgave deed de commissie twaalf aanbevelingen voor de middellange (tot 2050) en de lange termijn (na 2050). Deze aanbevelingen strekten er onder meer toe de huidige veiligheidsniveaus van alle dijkkringen met een factor tien te verhogen.⁴⁴ Daarnaast werd aanbevolen het peil van het IJsselmeer te verhogen,⁴⁵ de kustveiligheid hoofdzakelijk op orde te houden door middel van zandsuppleties, en de bestaande programma's in het rivierengebied snel uit te voeren met een duidelijke anticipatie op de langere termijn.⁴⁶ Een bijzondere aanbeveling betrof de vaststelling van een Deltawet, met daarin de juridische basis voor de oprichting van een deltafonds, de benoeming alsmede de taken en bevoegdheden van een deltacommissaris,⁴⁷ en de opstelling en inhoud van een deltaprogramma.⁴⁸

39 Zie ook Schaap 2010.

40 Zie Stcrt. 2007, 179 (Regeling instelling commissie duurzame kustontwikkeling).

41 Zie Deltacommissie 2008.

42 Zie Deltacommissie 2008, p. 23-25 en bijlage 3.

43 Zie Deltacommissie 2008, p. 25-27 en p. 29-31.

44 In het Deltaprogramma 2013 is deze aanbeveling overigens terzijde geschoven.

45 Ook deze aanbeveling is in het Deltaprogramma 2013 definitief terzijde geschoven.

46 Voor een overzicht van alle aanbevelingen zie Deltacommissie 2008, p. 12-13 en p. 45-75.

47 De Deltacommissie hanteerde de term 'deltaregisser'.

48 Zie Deltacommissie 2008, p. 77-85.

Mede naar aanleiding van het advies van de Deltacommissie stemde de minister-raad in oktober 2009 in met een wetsvoorstel voor een Deltawet,⁴⁹ welke op 1 januari 2012 in werking trad als de ‘Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening’.⁵⁰ Deze wet vult hoofdzakelijk de Waterwet op een aantal punten aan. Zo voorziet deze in de benoeming van een deltacommissaris die de totstandkoming en uitvoering van het deltaprogramma bevordert.⁵¹ Daarnaast dient uiterlijk bij de eerstvolgende zesjaarlijkse herziening van het Nationaal Waterplan (in 2015) te zijn voorzien in een visie op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen en waterschaarste, voor een periode van ten minste veertig jaren mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen.⁵² Voorts voorziet de nieuwe Deltawet in de verplichting een deltaprogramma op te stellen, waarin onder meer een beschrijving wordt gegeven van de maatregelen en voorzieningen van nationaal belang ter voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen en waterschaarste, een en ander in verband met de opgaven op het gebied van de waterveiligheid en de zoetwatervoorziening.⁵³ Ten slotte voorziet deze wet in een deltafonds ter bekostiging van de bovengenoemde maatregelen en voorzieningen.⁵⁴

Reeds vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Deltawet was er een deltacommissaris actief⁵⁵ en zijn er stappen gezet in de totstandkoming van een deltaprogramma.⁵⁶ De eerste stap was verkennend van aard en zocht voor de kortere termijn aansluiting bij reeds lopende (uitvoerings)programma’s, zoals het programma ‘Ruimte voor de Rivier’, het Hoogwaterbeschermingsprogramma, en het programma ‘Zwakke Schakels’. Daarenboven richtte het deltaprogramma zijn blik ver in de toekomst. In het Deltaprogramma 2011 werden met het oog op die toekomst voor drie generieke en zes gebiedsgerichte deelprogramma’s de opgaven op het terrein van de waterveiligheid en de zoetwatervoorziening verkend⁵⁷ en werd een voorzet gegeven op de ontwikkeling van aanpassingsstrategieën.⁵⁸ In het Deltaprogramma 2012 zijn de opgaven per deelprogramma nader onderzocht, geanalyseerd en in kaart gebracht.⁵⁹ Daarnaast lag de nadruk op de nadere concretisering van vijf zogenoemde nauw met elkaar

49 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 304, nrs. 2 en 3.

50 Zie Stb. 2011, 604; Wet van 1 december 2011 tot wijziging van de Waterwet en de Wet Infrastructuurfonds in verband met de bescherming tegen overstromingen en de zorg voor de zoetwatervoorziening in relatie tot verwachte klimaatveranderingen (Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening).

51 Zie art. 3.6a en 3.6b Waterwet.

52 Zie art. 4.1 lid 2 sub d Waterwet jo. art. IV lid 1 Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening.

53 Zie art. 4.9 lid 1 sub a Waterwet.

54 Zie art. 7.22a e.v. Waterwet.

55 De huidige deltacommissaris (W.J. Kuijken) is op 1 februari 2010 benoemd voor een periode van zeven jaren. Zie Stcrt. 2010, 1574; Besluit van 28 januari 2010 betreffende de instelling van de deltacommissaris (Instellingsbesluit deltacommissaris).

56 Zie <www.deltacommissaris.nl>. Zie tevens Deltaprogramma 2011; Deltaprogramma 2012; en Deltaprogramma 2013.

57 Het betreft de generieke deelprogramma’s ‘Veiligheid’, ‘Zoetwater’, en ‘Nieuwbouw en Herstructurering’, en voorts de gebiedsgerichte deelprogramma’s ‘Ijsselmeergebied’, ‘Rijnmond-Drechtsteden’, ‘Zuidwestelijke Delta’, ‘Rivieren’, ‘Kust’, en ‘Waddengebied’.

58 Zie Deltaprogramma 2011, p. 56-67 en bijlage 2.

59 Zie Deltaprogramma 2012, p. 20-43.

samenhangende ‘deltabeslissingen’.⁶⁰ Op basis van bovengenoemde gegevens is in het Deltaprogramma 2013 een overzicht te geven van de mogelijke langetermijnstrategieën op het terrein van de waterveiligheid en de zoetwatervoorziening.⁶¹ Daarbij is ook definitief afstand gedaan van een aantal mogelijke strategieën en eerder gedane aanbevelingen.⁶² In het Deltaprogramma 2014 worden de voorkeursstrategieën nader uitgewerkt, welke ten slotte worden geconcretiseerd tot voorstellen voor deltabeslissingen. Deze beslissingen worden opgenomen in het Deltaprogramma 2015, en dienen als basis voor de vorming van strategisch beleid in het volgende nationale waterplan (2015-2021).

Ook in het huidige Nationaal Waterplan 2009-2015 staat overigens een nieuwe adaptieve benadering centraal,⁶³ waarbij de blik wordt gericht op de toekomst en in het bijzonder aandacht wordt geschonken aan klimaatbestendigheid, ‘meerlaagse’ waterveiligheid⁶⁴ en het omgaan met onzekerheden.⁶⁵ Dit plan vormt onder meer een eerste beleidsmatige uitwerking van het advies van de Deltacommissie 2008 en anticipeert op het deltaprogramma. Op die manier schetst het waterplan het beleid en de bijbehorende uitvoeringsmaatregelen voor de volledige breedte van het waterbeheer en geeft het een eerste uitwerking aan het deltaprogramma en de daarin omvatte deelprogramma’s. Het nationale waterplan dient dan ook als basis voor de nadere integrale uitwerking van deze programma’s, waarop de deltacommisaris kan voortbouwen.⁶⁶ Het deltaprogramma biedt op termijn immers input voor het volgende waterplan. Het huidige waterplan bevat beleid met betrekking tot bepaalde thema’s, te weten waterveiligheid, watertekort en zoetwatervoorziening, wateroverlast, waterkwaliteit, en het gebruik van water. Deze thema’s worden tevens in onderlinge samenhang vertaald naar waterbeleid voor negen gebieden.⁶⁷ Hoewel de planperiode van het waterplan slechts zes jaar bedraagt, moet dit plan vanaf 2015 ook een langetermijnvisie bevatten op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en beperking van overstromingen en waterschaarste. Dit komt het adaptieve karakter van deze planvorm ten goede.

⁶⁰ Zie Deltaprogramma 2012, p. 15-18.

⁶¹ Het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) had voor de vaststelling van het Deltaprogramma 2013 in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu reeds een eerste stap gezet in het uitwerken van mogelijke ‘oplossingsrichtingen’ voor vier complexe onderwerpen. Zie PBL 2011.

⁶² Zie Deltaprogramma 2013, p. 11-13.

⁶³ Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 15.

⁶⁴ In dit kader is ook de Beleidsnota Waterveiligheid 2009-2015 van belang. Deze beleidsnota is een bijlage van het Nationaal Waterplan 2009-2015, waarin een nadere onderbouwing wordt gegeven van het nieuwe beleid inzake de waterveiligheid. In deze nota wordt een verband gelegd met het Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat en het Deltaprogramma. Daarin wordt tevens de ‘meerlaagsveiligheid’ als beleidsstrategie uiteengezet. Deze strategie beoogt de waterveiligheid te waarborgen door middel van drie ‘lagen’, te weten het voorkomen van overstromingen (preventie), de adaptieve ruimtelijke inrichting, en de rampenbeheersing.

⁶⁵ Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 17.

⁶⁶ Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 14-15.

⁶⁷ Het waterplan onderscheidt als gebieden de kust, de rivieren, het IJsselmeergebied, de Zuidwestelijke Delta, de Randstad, de Noordzee, Noord-Nederland en de Waddenzee, hoog Nederland, en het stedelijk gebied.

4.2.5. Concrete ontwikkelingen in het Nederlandse waterveiligheidsbeleid en het beleid inzake de zoetwatervoorziening

4.2.5.1. Ontwikkelingen in het waterveiligheidsbeleid

De waterveiligheid is in vergelijking tot andere thema's binnen het waterbeheer pas relatief laat onderdeel gaan uitmaken van het integrale watersysteembeleid. Formeel is hiervan pas sprake sinds de Vierde Nota Waterhuishouding, waarin nadrukkelijk werd onderkend dat de verwachte gevolgen van klimaatverandering de behoefte wekken aan een andere strategie in het waterveiligheidsbeleid.⁶⁸ Met alleen technische maatregelen, waarop het toenmalige beleid hoofdzakelijk was gericht, kon naar verwachting namelijk niet meer worden volstaan. Vanuit dat besef kreeg het waterveiligheidsbeleid een steeds explicieter ruimtelijk karakter, waarbij de nadruk zowel kwam te liggen op het behouden van de nog resterende ruimte voor water, als op het creëren van de nog benodigde ruimte voor water.⁶⁹ Op deze twee ontwikkelingen in de beleidsstrategie aangaande de waterveiligheid ga ik hieronder nader in.⁷⁰

In reactie op de opeenvolgende perioden van extreem hoogwater in de jaren negentig van de vorige eeuw is in 1997 de Beleidslijn Ruimte voor de Rivier vastgesteld.⁷¹ Deze beleidslijn had een sterk werende doelstelling, aangezien deze er hoofdzakelijk toe strekte ontwikkelingen tegen te gaan die de mogelijkheid tot toekomstige rivierverruiming feitelijk onmogelijk zouden maken. Aan de Beleidslijn grote rivieren – de opvolger van de Beleidslijn Ruimte voor de Rivier – ligt dezelfde doelstelling ten grondslag.⁷² Deze beleidslijn biedt in vergelijking met zijn voorganger echter wel meer mogelijkheden voor ruimtelijke ontwikkelingen binnen de randvoorwaarden die een veilige afvoer en berging van het rivierwater waarborgen. De beleidsregels, die deel uitmaken van de beleidslijn, bevatten een afwegingskader voor vergunningverlening, en de beleidslijn zelf geldt als richtlijn voor lagere overheden bij de uitoefening van hun bevoegdheden in het rivierengebied. Hoewel de beleidsregels van grote invloed kunnen zijn op de inhoud van bestemmingsplannen, zijn zij ongeschikt om daar zonder nadere uitwerking en concretisering in te worden opgenomen.⁷³ De oude, noch de nieuwe beleidslijn voorziet overigens in het creëren van ruimte voor (overtollig) water.⁷⁴

Dat ook dááaraan mede met het oog op de verwachte gevolgen van klimaatverandering, zeespiegelstijging en bodemdaling behoefte bestaat, werd reeds in 2000 benadrukt door de Commissie Waterbeheer 21^e eeuw.⁷⁵ In het kabinetsstandpunt 'Anders omgaan met water' onderschreef het kabinet de bevindingen van de genoemde com-

68 Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 401, nr. 1.

69 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 175-178.

70 Zie voor een uitvoerige bespreking Groothuijse 2009, p. 19-39.

71 Zie Stcrt. 1997, 87, p. 6.

72 De Beleidslijn grote rivieren bestaat uit beleidsregels (zie Stcrt. 2006, 133, p. 19) en een zogenoemde beleidsbrief (zie Kamerstukken II 2005/06, 30 462, nr. 1).

73 Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 april 2008, TBR 2009, nr. 2 m.nt. A.A.J. de Gier.

74 Zie uitbreider Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 177; Groothuijse 2009, p. 26; en Gilissen & Van Rijswijk 2009, p. 75-81.

75 Zie Commissie Waterbeheer 21^e eeuw, p. 19.

missie. Daarnaast stelde het als uitgangspunt van beleid om, naast de traditionele technische maatregelen, bij voorkeur ruimtelijke maatregelen te treffen, teneinde de bergings- en afvoercapaciteit van de watersystemen te vergroten. Daarbij gold de trits vasthouden – bergen – afvoeren als leidraad voor het toekomstgerichte veiligheidsbeleid. In het Nationaal Bestuursakkoord Water werden vervolgens binnen de kaders van het nieuwe water(veiligheids)beleid beginselafspraken vastgelegd over de te nemen maatregelen en de verdeling van taken en verantwoordelijkheden.⁷⁶ Vooral binnen dit kader ontstond ook steeds meer aandacht voor regionale waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast. Ook werd in 2006 in de Nota Ruimte bekrachtigd dat water een van de sturende principes is voor de bestemming, de inrichting en het gebruik van de ruimte. Dit beleid strekt zowel tot het behoud als het creëren van ruimte voor water. Met het oog op dat laatste is onder meer de planologische kernbeslissing Ruimte voor de Rivier tot stand gebracht, in het kader waarvan een groot aantal sterk uiteenlopende ruimtescheppende maatregelen is of wordt uitgevoerd.⁷⁷ Ook ruimtelijke reserveringen maken onderdeel uit van dit programma.⁷⁸ In dit verband dient ten slotte te worden gewezen op de ontwikkeling van het beleidsconcept van de ‘meerlaagse veiligheid’, die onder meer wordt gestimuleerd in het deltaprogramma en waarbij de preventie, de duurzame ruimtelijke inrichting en de rampenbeheersing afzonderlijke lagen vormen.⁷⁹ In het Deltaprogramma 2013 is definitief afgezien van de aanbeveling van de commissie Veerman om de veiligheidsnormen binnen alle dijkkringen met een factor tien aan te scherpen. In plaats daarvan wordt geanticipeerd op de actualisering van normen voor gebieden waar het veiligheidsniveau niet meer toereikend is.⁸⁰

Ook in het Nederlandse kustbeleid hebben de verwachtingen omtrent klimaatverandering en zeespiegelstijging geleid tot het besef dat het behoud van ruimte en een werende strategie noodzakelijk zijn om de toenemende belasting op het kustfundament het hoofd te bieden. Dit beleid is in hoofdlijnen vervat in de 3^e Kustnota en nader uitgewerkt in de Beleidslijn kust.⁸¹ Het strekt er hoofdzakelijk toe de landinwaartse verplaatsing van de kustlijn te voorkomen of tegen te gaan door middel van zandsuppleties.⁸² Dit wordt aangeduid als het ‘meegroeien’ van de kustlijn met de zeespiegel en vormt de kern van het kustbeleid. Een andere steunpilaar van dit beleid is het behouden van ruimte voor toekomstige veiligheidsverhogende maatregelen. In dat kader worden beheerders ertoe aangespoord in hun leggers rekening te houden met 200 jaar zeespiegelstijging, bijvoorbeeld door daarin beschermingszones op te nemen. De Beleidslijn kust geeft voorts een uitwerking aan de werende strategie van de 3^e Kustnota. Het betreft een handreiking waarin onderscheid wordt gemaakt tussen bestaand bebouwd

76 Zie NBW 2003 en NBW-Actueel 2008.

77 Zie bijlage 3 en 4 bij Kamerstukken II 2005/06, 30 080, nr. 23. Zie voor meer informatie over de afzonderlijke projecten <www.ruimtevoorderivier.nl>.

78 Zie uitgebreider Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 176-178; Groothuijse 2009, p. 27-33 en 35-36; en Gilissen & Van Rijswijk 2009, p. 74-75 en 81-84.

79 Zie Deltaprogramma 2013, p. 44. Op dit beleidsconcept wordt nader ingegaan in verschillende onderdelen van paragraaf 4.5.

80 Zie Deltaprogramma 2013, p. 43.

81 Zie 3^e Kustnota 2000 en Beleidslijn kust 2007.

82 Vgl. art. 2.7 lid 1 Waterwet.

gebied waar onder bepaalde voorwaarden ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk zijn, en onbebouwd gebied waar in beginsel geen ruimtelijke ontwikkelingen worden toegelaten.⁸³ Met het project 'Zwakke Schakels' zijn of worden zwakke plekken in het kustfundament versterkt, zodat het gehele stelsel van primaire waterkeringen langs de Noordzeekust voldoet aan de gestelde veiligheidsnormen.⁸⁴ In het kader van het deltaprogramma ligt de nadruk wat betreft het behoud van de kustveiligheid nog steeds op zandsuppleties. In dat kader wordt ook (samen)gewerkt aan de ontwikkeling van gebiedsstrategieën die invulling geven aan de meerlaagse veiligheid langs de kust.⁸⁵

4.2.5.2. Ontwikkelingen in het beleid inzake de zoetwatervoorziening

In Nederland wordt binnen verschillende beleidskaders in toenemende mate aandacht geschonken aan de klimaatgedreven problematiek van de zoetwatervoorziening. Hoewel de zoetwatervoorziening niet als zelfstandig aandachtspunt is omschreven in de Nationale Adaptatiestrategie en het Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat, wordt het belang daarvan wel op verschillende plaatsen in die beleidsstukken benadrukt. Zo wordt in het eerstgenoemde document in brede zin gewezen op de risico's van watertekorten voor onder meer het leefklimaat en de economie.⁸⁶ Voorts wordt in een strategisch hoofdstuk geanticipeerd op noodzakelijke maatregelen, waarbij per beleidsthema ook steeds – impliciet dan wel expliciet – het belang van de watervoorziening wordt onderstreept.⁸⁷ In het ARK wordt in nog algemenere zin dan in de NAS gesproken van de noodzaak van aanpassingen in tal van sectoren;⁸⁸ daaronder valt uiteraard ook de aanpassing aan dreigende waterschaarste. Voorts wordt in een bijlage met enkele voorbeelden van 'kennisvragen' met betrekking tot de thema's landbouw, water en energie ingegaan op de maatschappelijke gevolgen van watertekorten.⁸⁹

De Deltacommissie was in 2008 in haar aanbevelingen explicieter rondom het thema zoetwatervoorziening. De meest opzienbarende aanbeveling betrof de verhoging van het peil van het IJsselmeer met maximaal anderhalve meter om ook na 2050 een zo groot mogelijke zoetwatervoorraad te kunnen garanderen ten behoeve van Noord-Nederland, Noord-Holland en West-Nederland.⁹⁰ In het NBW-Actueel is voorts de afspraak vastgelegd dat de betrokken partijen zich zo veel mogelijk inspannen om het watersysteem minder kwetsbaar te maken voor watertekortsituaties. In dat kader is tevens voor het Rijk en de waterschappen de beginselplicht opgenomen om de watergebruikers vroegtijdig te informeren over mogelijk jaarlijks optredende

83 Zie Groothuijse 2009, p. 33-35.

84 Een succesvol voorbeeld biedt het project 'Duinversterking Noordwijk'. Zie hierover Gilissen & Schueler 2012, p. 179-184; en Gilissen e.a. 2010. Zie tevens <www.kustvisiezuidholland.nl>.

85 Zie Deltaprogramma 2013, p. 74-77.

86 Zie NAS 2007, p. 10-13.

87 Zie NAS 2007, p. 29 (veiligheid), p. 30 (leefklimaat), p. 31 (biodiversiteit), p. 32 (landbouw, recreatie en toerisme, en transport en energie).

88 Zie ARK 2006, p. 9.

89 Zie ARK 2006, p. 29.

90 Zie Deltacommissie 2008, p. 67-70.

watertekorten, zodat deze hierop kunnen anticiperen.⁹¹ In het Nationaal Waterplan 2009-2015 wordt wat betreft de bestrijding van watertekorten aangesloten bij de in het kwantiteitsbeheer gebruikelijke trits vasthouden – bergen – afvoeren.⁹² Daarnaast wijst het plan op een per regio verschillende afname van de beschikbaarheid van zoetwater door klimaatverandering, hetgeen een risico met zich brengt op zoetwatertekorten en verzilting. In dat kader wordt geanticipeerd op een nieuwe strategie voor de voorziening van zoetwater en de verziltingbestrijding in Nederland.⁹³

Die nieuwe strategie houdt vooralsnog in dat de betrokken beheerders in beginsel zo veel mogelijk blijven voorzien in zoetwater ten behoeve van de onderscheiden gebruiksfuncties. Het beleid is, met andere woorden, vooralsnog sterk ‘vraaggestuurd’. Tijdens de planperiode worden de ontwikkelingen binnen het kader van het deelprogramma ‘zoetwatervoorziening’ van het deltaprogramma op de voet gevolgd. Hierin worden ook alternatieven voor het vraaggestuurde beleid onderzocht.⁹⁴ Binnen die periode wordt tevens door het Rijk een beslissing genomen over de zoetwatervoorziening en verziltingbestrijding in Nederland voor de lange termijn, inclusief infrastructurele maatregelen die hiervoor nodig zijn. Het belangrijkste element van de nieuwe strategie betreft de grotere regionale zelfvoorzienendheid en de optimalisatie van de zoetwaterverdeling in het hoofdwatersysteem en de regionale systemen. Met het oog op het uitwerken van oplossingsrichtingen wordt nauw samengewerkt met de regionale waterbeheerders en tevens met de verschillende categorieën watergebruikers. Tevens wordt onderzoek gedaan naar andere mogelijke oplossingen voor de toenemende zoetwatervraag. De door de commissie Veerman aanbevolen peilverhoging van het IJsselmeer is in het Deltaprogramma 2013 overigens definitief in de ban gedaan.⁹⁵ Ten slotte wijst het kabinet op de reeds bestaande mogelijkheden tot het klimaatbestendig maken van bepaalde sectoren, bijvoorbeeld door het hergebruik van water, de aanpassing van teelten en gewassen, het verplaatsen van inlaatpunten voor zoet water, en de wateropslag op bedrijfsniveau.⁹⁶

In de praktijk brengt een en ander met zich dat de bestaande afspraken over beleid en beheer ten minste tot 2015 gehandhaafd blijven, en dat tot dan ook de huidige wettelijke verdringsreeks blijft gelden. Het waterplan voorziet niet in grootschalige infrastructurele maatregelen met vergaande ruimtelijke consequenties. Wel wordt geanticipeerd op maatregelen door of vanwege regionale waterbeheerders of watergebruikers. Deze maatregelen kunnen ruimtelijk van aard zijn (bijvoorbeeld door de verruiming van de bergingscapaciteit van watersystemen), maar het kan ook aanpassingen betreffen in het waterverbruik of de overgang naar de teelt van minder droogtegevoelige gewassen. Van watergebruikers wordt overigens expliciet verwacht

91 Zie NBW-Actueel 2008, p. 2-3.

92 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 83-85.

93 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 85.

94 Zie wat dat betreft Robbe & Van Rijswijk 2011. Zie ook Deltaprogramma 2013, p. 50-57 en tevens paragraaf 4.5.7.

95 Zie Deltaprogramma 2013, p. 61-62.

96 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 90.

dat zij streven naar zuiniger en verstandiger gebruik van zoetwater.⁹⁷ Regionale waterbeheerders worden gestimuleerd meer water vast te houden en te bergen door bergingsgebieden aan te leggen en oppervlaktewaterlichamen te verdiepen en te verbreden, uiteraard voor zover de beschikbare ruimte en andere belangen dat toelaten. Ten slotte worden technische maatregelen onderzocht om de indringing van zoutwater via de Nieuwe Waterweg te verminderen. Daarbij kan ook worden gedacht aan maatregelen die de toevoer van zoetwater via de Oude Rijn, het Amsterdam-Rijnkanaal en de Brabantse kanalen mogelijk maken.⁹⁸

Inmiddels is de planperiode van het Nationaal Waterplan meer dan half verstreken. Belangrijke beleidsontwikkelingen met betrekking tot adaptatie aan klimaatverandering vinden, zoals gezegd, plaats in het kader van het in 2010 gestarte deltaprogramma. In de eerste rapportage daarvan werd geanticipeerd op een vijftal in 2014 te nemen en op de lange termijn gerichte 'deltabeslissingen', waarvan er drie (mede) de zoetwatervoorziening betreffen. Zodoende komt het thema zoetwatervoorziening expliciet naar voren in het generieke deelprogramma 'Zoetwater' en de twee gebiedsgerichte deelprogramma's 'Rijnmond-Drechtsteden' en 'IJsselmeergebied'.⁹⁹ Deze deelprogramma's staan hoofdzakelijk in het teken van de reeds in het nationale waterplan aangekondigde ontwikkeling van een nieuwe strategie voor de zoetwatervoorziening in Nederland. De in 2011 uitgevoerde analyse laat knelpunten in de zoetwatervoorziening zien ten aanzien van de wateraanvoer, de beschikbaarheid van zoetwater, de steeds grotere vraag naar water, en de verzilting van inlaatpunten. Geconstateerd wordt dat de grenzen van de zoetwatervoorziening door de verwachte klimaatverandering en de toenemende vraag in zicht komen. Op korte termijn kunnen reeds de nodige maatregelen en voorzieningen worden getroffen, maar voor de lange termijn bestaat behoefte aan een nieuwe strategie in het verdelingsbeleid, waarbij zowel kan worden gedacht aan de vergroting van het aanbod, als de vermindering van de vraag. Ook rees de vraag in hoeverre zoetwatervoorziening steeds een zuivere overheidstaak betreft, en in hoeverre gebruikers ook zelf zouden moeten voorzien in hun waterbehoefte.¹⁰⁰

In het Deltaprogramma 2013 zijn wat dat betreft vijf mogelijke strategieën in kaart gebracht. Deze variëren van een strategie waarin de zorg voor de zoetwatervoorziening volledig op de overheid rust en die tevens sterk vraaggestuurd is, tot een strategie waarbij de overheidszorg minimaal is en de gebruikers hun gebruik volledig aanpassen aan de nieuwe omstandigheden.¹⁰¹ Daarbij is aangegeven dat niet elke strategie op elke locatie en voor elke gebruiksfunctie inzetbaar is. Daarom bestaat de vervolgstap er in 2014 niet uit één van de vijf strategieën te kiezen, die overal zal worden geïmplementeerd. Daarentegen zullen in 2014 per regio en per gebruiksfunctie de meest kansrijke strategieën in kaart worden gebracht. Deze zullen als uitgangspunt

97 Te dien aanzien vinden overigens diverse pilotstudy's plaats in het kader van de onderzoeksprogramma 'Kenniss voor Klimaat'. Voor publicaties en rapportages zie <<http://knowledgeforclimate.climateresearchnetherlands.nl/climateprooffreshwater>>. Zie wat dat betreft bijvoorbeeld ook Schrijvers 2012, over de privatisering van (delen van) het waterkwantiteitsbeheer.

98 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 91-93.

99 Zie Deltaprogramma 2011, p. 58, 62 en 63, en tevens p. 86, 88 en 89.

100 Zie Deltaprogramma 2012, p. 28-33.

101 Zie Deltaprogramma 2013, p. 54.

dienen bij de voorbereiding van het volgende nationale waterplan.¹⁰² In paragraaf 4.5.7 bespreek ik overigens enkele aspecten waarmee bij veranderingen in de verdelingssystematiek vanuit juridisch oogpunt rekening dient te worden gehouden.¹⁰³

4.2.6. Adaptatiebeleid binnen de kaders van het regionale waterbeheer

Hierboven is duidelijk geworden dat de gevolgen van klimaatverandering per gebiedstype, en dus regionaal, sterk uiteen kunnen lopen. Dat hiermee op nationaal niveau rekening wordt gehouden, blijkt bijvoorbeeld uit het onderscheid tussen verschillende beleidsthema's en de vertaling hiervan naar gebiedsgericht beleid. Maar dit beleid is vaak weinig concreet, laat veel ruimte voor nadere invulling en afwegingen, en is (afgezien van het Rijksbeheerplan) niet uitvoeringsgericht. In plaats daarvan is het sterk kaderstellend en agenderend, en bevat het vaak opdrachten aan lagere overheden om strategisch of uitvoeringsgericht beleid vast te stellen, dan wel gehoor te geven aan of gebruik te maken van andere taken en bevoegden. Een duidelijk voorbeeld in dit kader is de opdracht aan gemeenten om uiterlijk in 2012 beleid te formuleren over de invulling van hun hemel- en grondwaterzorgplichten in hun rioleringsplannen, en om uiterlijk in 2015 in samenwerking met waterschappen in gebiedsprocessen urgente knelpunten van stedelijke wateroverlast aan te pakken.¹⁰⁴ Een ander voorbeeld is de aansporing om het nationale waterveiligheidsbeleid te vertalen in onder meer regionale waterplannen en beheerplannen, teneinde deze optimaal te laten aansluiten bij de nationale adaptatiestrategieën.¹⁰⁵ Uiteraard hebben lagere overheden ook de nodige vrijheid om eigen adaptatiebeleid tot stand te brengen.

De adaptatie aan klimaatverandering heeft als beleidsthema ook een weg gevonden in het waterbeleid op lagere bestuurlijke niveaus. Zo komt men sterk uiteenlopende beleidsoverwegingen omtrent adaptatie tegen in regionale waterplannen,¹⁰⁶ beheerplannen,¹⁰⁷ gemeentelijke rioleringsplannen,¹⁰⁸ en ook in de zogenoemde buitenwettelijke gemeentelijke of stedelijke waterplannen.¹⁰⁹ Wegens het grote aantal in aard en strekking uiteenlopende soorten planvormen is een vaste lijn hierin moeilijk te ontwaren. In de meeste planvormen lijkt de adaptatie aan klimaatverandering in elk geval onderdeel uit te maken van de basisambities van de betreffende overheid op de langere termijn. In andere gevallen wordt deze ambitie ook nader uitgewerkt in con-

102 Zie Deltaprogramma 2012, p. 14.

103 Zie in dat verband ook Van Rijswijk & Robbe 2011 en Van Rijswijk 2011b.

104 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 237.

105 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 76.

106 Zie art. 4.4 en 4.5 Waterwet. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 81-84 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 138-139.

107 Zie art. 4.6 en 4.7 Waterwet. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 97-107 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 139. In de genoemde artikelen wordt onderscheid gemaakt tussen beheerplannen voor rijkswateren en beheerplannen voor regionale wateren. In deze paragraaf over regionaal adaptatiebeleid wordt slechts bedoeld op laatstgenoemde soort beheerplannen.

108 Zie art. 4.22 tot en met 4.24 Wet milieubeheer (Wm). Zie tevens Groothuijse 2009, p. 207-209; Heger 2009; Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 19-21; en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 141-142.

109 Deze planvorm werd geïntroduceerd in het Nationaal Bestuursakkoord Water. Zie ook VNG & UvW 2004; Heger 2009; en Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 52-53.

cretere voornemens en (langetermijn)doelstellingen, of wordt zelfs geanticipeerd op concrete op korte termijn te treffen maatregelen. Van dat laatste lijkt vooral sprake, in de gevallen waarin de gevolgen van klimaatverandering reeds merkbaar zijn of reeds tot problemen hebben geleid.¹¹⁰ Naar verwachting zal de adaptatie als beleidsthema binnen alle planvormen aan belang winnen naarmate meer zekerheid ontstaat over de concrete regionale of plaatselijke effecten van klimaatverandering, en naarmate verschillende adaptatiestrategieën verder tot ontwikkeling komen. Uiteraard kan ook in de uiteenlopende planvormen een belangrijke bijdrage worden geleverd aan dergelijke ontwikkelingen.

4.2.7. Tussenconclusies; vijf algemene kenmerken van Nederlands adaptatiebeleid

Sinds het begin van deze eeuw wint adaptatie aan klimaatverandering steeds meer aan belang als beleidsthema binnen feitelijk alle beleidssectoren en op elk beleidsniveau. De oorsprong van deze ontwikkeling ligt in het nationale waterbeleid, maar al gauw werd ook duidelijk dat de aanpassing aan het klimaatprobleem een multisectorale en dus een integrale insteek vergt. Hoewel kritiek kan worden geuit op de doeltreffendheid van het huidige integrale Nederlandse adaptatiebeleid,¹¹¹ kan dit binnen de traditionele beleidskaders van het waterbeheer over het algemeen worden beschouwd als een positieve ontwikkeling. Een en ander leidde tot een grote, sterk in aard en thema uiteenlopende hoeveelheid visies, plannen, programma's, strategieën en projecten, waarvan ik hierboven een beknopt overzicht heb gegeven. Het geven van een volledig overzicht is overigens lastig, want veel ontwikkelingen grijpen op elkaar in, lopen parallel aan elkaar, volgen elkaar op, beïnvloeden elkaar wederzijds, of lopen op enig moment in elkaar over. Daarnaast lijkt geen van de ontwikkelingen voorlopig nog tot een einde te zijn gekomen.

Een belangrijke algemene conclusie is dat de ontwikkelingen anno 2013 nog volop in beweging zijn. Van 'volwassen' adaptatiebeleid kan evenwel moeilijk worden gesproken. Over de gehele linie moeten nog veel ervaringen worden opgedaan, en dat kost tijd en inspanning. De ontwikkelingen lijken zich wel langzaam maar zeker te verplaatsen van een vaag en abstract ambitieniveau naar een concreter niveau met oog voor regionale omstandigheden. Binnen deze ontwikkelingen kan een vijftal algemene kenmerken worden onderscheiden. Het huidige adaptatiebeleid neigt van begin af aan steeds meer naar een integrale en multisectorale benadering van het klimaatprobleem (1) op feitelijk elk beleidsniveau (2). Daarin staat voorts de zoektocht centraal naar manieren om met onzekere klimaatrisico's om te gaan (3), waarbij men zich steeds meer oriënteert op de middellange en lange termijn (4). Ten slotte lijkt de bescherming

110 Zo lijken de plannen in gebieden met een aanzienlijke 'stedelijke wateropgave' verder ontwikkeld wat betreft overwegingen omtrent adaptatie en de anticipatie op maatregelen, dan de plannen in gebieden zonder dergelijke problematiek. Vgl. Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010.

111 Zie Algemene Rekenkamer 2012.

en het behoud van bestaande maatschappelijke en economische waarden een centrale doelstelling van adaptatie te worden (5). Hieronder ga ik kort in op deze kenmerken.

Het eerste kenmerk komt duidelijk tot uitdrukking in het ARK en de NAS, maar ook in de sectorale plannen in het kader van het waterbeheer. Ook hierin is namelijk integraal gebiedsgericht beleid omvat, met een sterke nadruk op de (toekomstige) ruimtelijke inrichting van bepaalde gebieden, en met een doorkijk naar vele andere relevante maatschappelijke sectoren.¹¹² Het besef dat adaptief waterbeheer een voorwaarde is voor succesvolle adaptatie in andere beleidssectoren, lijkt ten volle doorgedrongen en heeft een duidelijke plaats gekregen in het Nederlandse waterbeleid, maar ook op andere beleidsterreinen, zoals de ruimtelijke ordening.¹¹³ Het belang van adaptief ruimtelijk waterbeheer wordt tevens benadrukt in de integrale nationale beleidsdocumenten. Het Nederlandse adaptatiebeleid moet dus niet worden beschouwd als een gefragmenteerd beleidsterrein waarbinnen elke beleidssector zijn eigen beperkte bijdrage levert. Het geheel wordt nadrukkelijk beschouwd als meer dan de som der delen. Hoewel het Nederlandse adaptatiebeleid met het oog op dergelijke ontwikkelingen een aanzienlijke voorsprong lijkt te hebben op dat van veel andere Europese lidstaten,¹¹⁴ kan wat dat betreft nog veel vooruitgang worden geboekt.

Het tweede kenmerk betreft het schaalniveau waarop de ontwikkelingen zich voltrekken. Adaptatie aan klimaatverandering is niet alleen van nationaal, maar bovenal ook van regionaal en lokaal belang. Adaptatie is een zogenoemde ‘*multi-level governance challenge*’,¹¹⁵ waarbij niet alleen de eigen taken en verantwoordelijkheden van, maar ook de samenwerking tussen betrokken partijen en de afstemming tussen beleid op feitelijk elk overheidsniveau voorwaarden zijn voor succes. Hoewel veel belang toekomt aan subsidiariteit, neemt dat niet weg dat adaptatiebeleid bij voorkeur in gemeenschappelijk overleg tussen en door onderlinge raadpleging van alle betrokken partijen tot stand komt. De meeste (buiten)wettelijke kaders voorzien reeds in samenwerkingsinstrumenten en sporen de betrokken overheidsorganen aan daarvan gebruik te maken. De noodzaak tot samenwerking lijkt ook ten volle te zijn doorgedrongen. De praktijk leert echter dat de feitelijke samenwerking vooralsnog vaak moeizaam verloopt, hoofdzakelijk door verschillen van mening over de verdeling van bevoegdheden en (financiële) verantwoordelijkheden.¹¹⁶ Op dit punt moet de komende jaren meer duidelijkheid ontstaan en moeten gaandeweg vooral meer ervaringen worden opgedaan. Daarbij bestaat hoofdzakelijk behoefte aan een heldere wettelijke verdeling van juridische taken en bevoegdheden.¹¹⁷

Het derde en het vierde kenmerk staan nauw met elkaar in verband. In steeds meer plannen en programma's van lagere overheden zijn doelstellingen of ambities voor de middellange of de lange termijn opgenomen, die in verband staan met onzekere risico's omtrent klimaatverandering. Deze doelstellingen en ambities zijn vooralsnog

112 Zie bijvoorbeeld Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 151-162 en Van Buuren, Edelenbos en Klijn 2010.

113 Zie Havekes & De Putter 2009 en Gilissen & Van Rijswijk 2009.

114 Zie Swart e.a. 2009. Nederland is één van de vijftien lidstaten

115 Zie Gupta 2007, p. 131-137.

116 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010.

117 Zie Huitema e.a. 2009.

vaak zeer vaag en abstract verwoord, en anticiperen meestal niet op concrete acties. Zij lijken bovendien in veel gevallen los te staan van de andere planelementen en geen integraal onderdeel uit te maken van de alomvattende beleidsoverwegingen die aan het betreffende plan ten grondslag liggen. De ontwikkelingen in die richting zijn momenteel in volle gang, maar er moeten te dien aanzien nog veel (praktijk)ervaringen worden opgedaan. Mede daartoe zijn nauwe en op wederkerigheid gebaseerde samenwerkingsverbanden tussen de beleidssector en de wetenschap in het leven geroepen.¹¹⁸ De betrekkelijk korte plancycli en de verplichte monitoring in de Waterwet bieden overigens uitgelezen kansen om goede ervaringen en nieuwe inzichten een plaats te geven in het toekomstige adaptieve waterbeleid.¹¹⁹

Het laatste kenmerk in de ontwikkelingen van het Nederlandse adaptatiebeleid is dat de bescherming en het behoud van bestaande waarden, belangen, gebruiken en situaties daarin vooralsnog een centrale positie lijkt in te nemen. Zo lijkt het beleid inzake de zoetwatervoorziening zich er hoofdzakelijk op te richten te blijven voorzien in de huidige en groeiende waterbehoefte, terwijl daarvan vooralsnog weinig aansporingen lijken uit te gaan tot het terugdringen van het watergebruik of het verkleinen van de afhankelijkheid van zoetwater.¹²⁰ Daarnaast hoort men regelmatig het beleidsvoornemen om veiligheidsnormen aan te scherpen, terwijl de inpoldering en het bouwen, wonen en werken in polders en andere laaggelegen terreinen nog steeds doorgang vindt. De nadruk lijkt te liggen op het bieden van waterveiligheid voor ongestoord binnendijks genot waar en wanneer dan ook, en minder op het voorkomen of uit de weg gaan van onveilige situaties. Adaptatie lijkt dus in belangrijke mate dienstbaar aan het voortbestaan en de groei van huidige economische en andere maatschappelijke waarden, zonder dat aanpassingen in de maatschappelijk sectoren zelf worden gestimuleerd of voorgeschreven.¹²¹ Dat kan een welbewuste beleidskeuze zijn, maar men kan zich afvragen of daarmee ook de juiste weg wordt ingeslagen. Adaptatie aan klimaatverandering kan immers ook aanpassingen vergen in het normale maatschappelijke doen en laten en in de huidige (politieke) percepties van veiligheid en watergebruik.¹²² Uit de ontwikkelingen in het kader van het deltaprogramma blijkt wel dat dit besef zowel wat betreft de zoetwatervoorziening (nieuwe strategieën), als wat betreft de waterveiligheid (meerlaagse veiligheid) voet aan de grond begint te krijgen.¹²³

4.3. Taken en bevoegdheden in het Nederlandse waterbeheer

4.3.1. Algemeen

Nu een beeld is geschetst van de recente ontwikkelingen op het terrein van het Nederlandse adaptatiebeleid, komt de vraag aan de orde welke taken en bevoegdheden

118 Ik wijs hier vooral op de onderzoeksprogramma's 'Klimaat voor Ruimte' en 'Kenniss voor Klimaat'.

119 Zie ook Keessen & Van Rijswick 2012.

120 Zie bijvoorbeeld Huitema & Kouwenhoven 2011, p. 16-18. Zie tevens paragraaf 4.2.5.2, en voor aanbevelingen paragraaf 4.5.7.

121 Zie Driessen & Van Rijswick 2011.

122 Zie Hamer e.a. 2013.

123 Zie Deltaprogramma 2013, p. 43-46 en 50-57.

op basis van het huidige Nederlandse recht voor waterbeheerders bestaan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Men is het erover eens dat de feitelijke adaptatie aan klimaatverandering in belangrijke mate gestalte behoort te krijgen binnen de bestaande kaders van het Nederlandse waterbeheer. De adaptatiebenadering heeft echter nog geen duidelijke doorgang gevonden in het Nederlandse waterrecht. Toch kan niet worden uitgesloten dat in het huidige Nederlandse waterrecht reeds adaptatieverplichtingen besloten liggen. Daarom is het van belang de contouren van dit rechtsgebied in kaart te brengen. Ik richt me wat dat betreft hieronder vooral op de daarbinnen heersende verdeling van taken en bevoegdheden en het instrumentarium voor de tenuitvoerlegging daarvan. Het is niet mijn bedoeling deze elementen op uitputtende wijze te bespreken. Voor een diepgravende bestudering van dit rechtsgebied verwijs ik naar de algemene literatuur die recentelijk over dat thema is verschenen.¹²⁴ Ik bespreek hieronder de centrale rol van ‘de waterbeheerder’ in het Nederlandse waterbeheer (paragraaf 4.3.2). Daarna ga ik in volgelvlucht in op het bestaande instrumentarium en de verschillende taken en bevoegdheden in het waterbeheer (paragraaf 4.3.3). In paragraaf 4.3.4 ga ik dieper in op enkele centrale elementen, waarop in de volgende paragrafen wordt voortgebouwd. Ik sluit af met enkele korte conclusies in paragraaf 4.3.5.

4.3.2. De waterbeheerder als centrale figuur

De ‘waterbeheerder’ is in het Nederlandse waterrecht de centrale publiekrechtelijke figuur.¹²⁵ Maar wie is de waterbeheerder en welke taken en bevoegdheden rusten op hem? De Waterwet bevat zelf geen definitie van deze term, maar wel van de termen ‘waterbeheer’, ‘beheer’ en ‘beheerder’.¹²⁶ Het *waterbeheer* betreft de overheidszorg die is gericht op de in artikel 2.1 van de Waterwet genoemde doelstellingen. Voor dit proefschrift relevante doelstellingen zijn in de eerste plaats de bescherming tegen (de gevolgen van) overstromingen, wateroverlast en waterschaarste. Een andere relevante doelstelling betreft de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen. Ook de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen is een belangrijke doelstelling van de Waterwet. Deze doelstelling staat in dit proefschrift echter op de achtergrond. De term ‘waterbeheer’ heeft een breder bereik dan de term *beheer* waaronder, eveneens met het oog op de genoemde doelstellingen, de overheidszorg wordt verstaan met betrekking tot een of meer afzonderlijke watersystemen of onderdelen daarvan. De *beheerder* in de zin van de Waterwet is het bevoegde bestuursorgaan van het overheidslichaam dat is belast met het beheer. De termen ‘beheer’ en ‘beheerder’ worden in de literatuur vaak vervangen door ‘watersysteembeheer’ en ‘watersysteembeheerder’ om het object van het beheer te benadrukken

124 Zie onder meer Van Rijswijk 2007; Van Rijswijk 2008; Van Rijswijk 2009; Groothuijse 2009; Havekes 2009; Heger 2009; Gilissen & Van Rijswijk 2009; Havekes & De Putter (red.) 2009; Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010; Havekes & Van Rijswijk 2010; en Van Rijswijk & Havekes 2012.

125 Zie ook paragraaf 1.2.2.

126 Zie art. 1.1 Waterwet.

en de begrenzingen van deze definitie te verduidelijken.¹²⁷ Het beheer maakt dus onderdeel uit van het waterbeheer, zodat beheerders tevens waterbeheerder zijn te noemen. De term *waterbeheerder* is echter geen exclusieve titel voor watersysteembeheerders, want ook andere overheden (die niet als beheerder zijn aan te merken) hebben taken en bevoegdheden in het waterbeheer.¹²⁸ In dit proefschrift gebruik ik de termen ‘waterbeheer’ en ‘waterbeheerder’, tenzij ik expliciet doel op de taken en bevoegdheden van watersysteembeheerders.

4.3.3. De wettelijke taken en bevoegdheden van waterbeheerders in vogelvlucht

Hoofdstuk 3 van de Waterwet regelt de organisatie van het waterbeheer. Het betreft in de eerste plaats de toedeling van beheertaken en andere zorgplichten in het waterbeheer. Het beheer is op grond van art. 3.1 lid 1 en 3.2 lid 2 Waterwet kort gezegd¹²⁹ toebedeeld aan het Rijk (de Minister van Infrastructuur en Milieu; feitelijk Rijkswaterstaat) en de waterschappen, afhankelijk van de vraag of men te maken heeft met rijks- respectievelijk regionale watersystemen. Een watersysteem is een ‘samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken.’¹³⁰ De afzonderlijke aspecten van de beheertaak en de bijbehorende taken en bevoegdheden zijn nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 en 6 Waterwet. Het betreft onder meer de verplichting een legger vast te stellen en peilbesluiten te nemen.¹³¹ Voorts worden belangrijke elementen van de actieve beheertaak van beheerders nader uitgewerkt.¹³² De op grond van hoofdstuk 6 Waterwet toegekende bevoegdheid watervergunningen te verlenen, maakt overigens onderdeel uit van de passieve beheertaak.¹³³ Een bijzondere bevoegdheid is de vergunningverleningsbevoegdheid voor gedeputeerde staten ex art. 6.4 lid 1 Waterwet voor de onttrekking van grondwater voor industriële doeleinden. Deze bevoegdheid is vooral van belang in verband met het voorkomen of beperken van waterschaarste.

Daarnaast rust op gemeenten de zorgplicht voor het inzamelen en verwerken van afvloeiend hemelwater, en de zorgplicht voor het voorkomen of beperken van nadelige gevolgen van de grondwaterstand, alsmede voor de verwerking van overtollig grondwater.¹³⁴ Naast de genoemde watersysteembeheerders, zijn de gemeentelijke

127 Zo blijkt bijvoorbeeld uit Van Rijswijk 2009, p. 166; Groothuijse 2009 en Gilissen & Schueler 2012, p. 150-151.

128 Van Rijswijk geeft een bondig overzicht van taken en bevoegdheden van de waterbeheerders in Van Rijswijk 2009, p. 167-171. Voor een integrale bespreking van het waterbeheer in Nederland, zie Havekes & Van Rijswijk 2010.

129 Zie uitgebreider Van Rijswijk 2009, p. 166-167 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 79-85.

130 Men komt in de Waterwet ook de termen ‘rijkswateren’ en ‘regionale wateren’ tegen. Onder ‘rijkswateren’ wordt verstaan ‘watersystemen of onderdelen daarvan die in beheer zijn bij het Rijk’. Onder ‘regionale wateren’ wordt – weinig verrassend – verstaan ‘watersystemen of onderdelen daarvan die niet in beheer zijn bij het Rijk’. Zie art. 1.1 Waterwet.

131 Zie art. 5.1 resp. 5.2 Waterwet. Zie ook paragraaf 4.5.2 en 4.5.3.

132 Zie art. 5.3 en 5.4 Waterwet.

133 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 19-23.

134 Zie art. 3.5 resp. 3.6 Waterwet.

bestuursorganen met het oog op hun hemel- en grondwaterzorgplichten dus ook waterbeheerders in de zin van dit proefschrift. Hun taken vallen echter niet onder de term ‘beheer’, omdat afvloeiend hemelwater en overtollig grondwater geen onderdeel uitmaken van het watersysteem. Daarvan is pas sprake zodra dit water infiltreert in het grondwater of terechtkomt in het oppervlaktewater. Aangezien er wel een grote mate van samenhang bestaat tussen de gemeentelijke watertaken en de traditionele beheertaken, dienen waterschappen en gemeenten zorg te dragen voor de met het oog op een doelmatig en samenhangend waterbeheer benodigde afstemming van taken en bevoegdheden.¹³⁵ Hiertoe kan afstemming plaatsvinden binnen de kaders van de zogenoemde waterakkoorden,¹³⁶ maar in de praktijk wordt ook gebruikgemaakt van de buitenwettelijke gemeentelijke waterplannen of andere (informele) afstemmingsinstrumenten.¹³⁷

Voorts bevat paragraaf 3.3 Waterwet bepalingen omtrent het toezicht op primaire waterkeringen door gedeputeerde staten¹³⁸ en zijn aan de provinciale regelgever bevoegdheden toegekend om te voorzien in procedurele en materiële regels omtrent de door de besturen van waterschappen vast te stellen plannen of besluiten.¹³⁹ Diezelfde bevoegdheid komt, wanneer internationale verplichtingen of bovenregionale belangen daartoe nopen, toe aan de regering.¹⁴⁰ Daarnaast hebben zowel gedeputeerde staten, als de Minister van Infrastructuur en Milieu de bevoegdheid waterschapsbesturen respectievelijk waterschapsbesturen en gedeputeerde staten aanwijzingen te geven omtrent de uitoefening van taken en bevoegdheden in het kader van het waterbeheer.¹⁴¹ Deze bevoegdheden bestaan naast de wettelijke plichten inzake normstelling voor de aangewezen organen van het Rijk en de provincies op grond van hoofdstuk 2 Waterwet. Daarmee zijn normstelling, toezicht en sturing ook belangrijke taken dan wel bevoegdheden in het waterbeheer. De dragers van deze taken en bevoegdheden zijn waterbeheerders in de zin van dit proefschrift.

Een laatste hier te bespreken taak in het kader van het waterbeheer betreft het vaststellen van plannen.¹⁴² Er wordt onderscheid gemaakt tussen strategische plannen, en uitvoeringsgerichte of operationele plannen. Een ander onderscheid betreft de wettelijk verplichte en de buitenwettelijke planvormen. De Waterwet legt op rijksniveau de verplichting op een nationaal waterplan vast te stellen, met daarin de hoofdlijnen van het nationale waterbeleid.¹⁴³ In verband met de adaptatie aan klimaatverandering is het deltaprogramma van belang. Daarnaast bestaat voor provinciale staten de verplichting om het in de provincie te voeren waterbeleid vast te leggen in

135 Zie art. 3.8 Waterwet. Zie in dit verband ook Gilissen, Van Rijswick & De Gier 2010.

136 Zie art. 3.7 lid 2 Waterwet.

137 Zie Gilissen, Van Rijswick & De Gier 2010, p. 52-53. Zie ook Heger 2009.

138 Zie art. 3.9 lid 1 Waterwet.

139 Zie art. 3.11 lid 1 Waterwet.

140 Zie art. 3.11 lid 2 Waterwet.

141 Zie art. 3.12 lid 1 resp. 3.13 lid 1 Waterwet.

142 Voor een uitgebreide bespreking van planvormen in het waterbeheer, zie Groothuijse 2009, p. 73-126 en Havekes & Van Rijswick 2010, p. 136-145.

143 Zie art. 4.1 lid 1 Waterwet.

regionale waterplannen.¹⁴⁴ Beide planvormen zijn strategisch van aard. Voorts moeten de beheerders met betrekking tot de rijks- dan wel regionale watersystemen onder hun beheer beheerplannen vaststellen.¹⁴⁵ Ik beschouw deze verplichting als wezenlijk onderdeel van de hierboven beschreven beheertaak. Deze plannen strekken onder meer tot de concrete uitwerking en uitvoering van het in de strategische plannen neergelegde waterbeleid. Ten slotte dient te worden gewezen op het rioleringsplan op grond van art. 4.22 Wet Milieubeheer (Wm) en de eerder genoemde buitenwettelijke gemeentelijke waterplannen.¹⁴⁶ De organen die dergelijke plannen vaststellen doen dat in het kader van het waterbeheer en zijn dus in die hoedanigheid waterbeheerders te noemen.

4.3.4. Enkele taken en bevoegdheden nader belicht

4.3.4.1. Doelstellingen van de Waterwet

De toepassing van de Waterwet is gericht op de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.¹⁴⁷ Dit zijn integrale doelstellingen waarop de overheidszorg zich richt. De doelstellingen geven dus richting in en aan het waterbeheer, aangezien daaruit de wettelijk te beschermen belangen of 'waterrechten' zijn af te leiden.¹⁴⁸ De doelstellingen zijn dermate algemeen verwoord dat er veel ruimte bestaat voor nadere invulling aan de hand van normering en beleidsvorming. Art. 2.1 Waterwet geeft dus in basale vorm gestalte aan de concretisering van de wel zeer algemene zorgplicht ex art. 21 Grondwet.¹⁴⁹ Dit artikel heeft echter een beperkte zelfstandige normatieve betekenis. Hieruit kan slechts worden afgeleid waarop het waterbeheer zich richt, zonder dat op basis daarvan iets bekend wordt over de verdeling van taken en bevoegdheden, of over prioriteiten, grenswaarden, of veiligheids- en beschermingsniveaus. Nadere concretisering van de zorgplichten in het waterbeheer vindt daarom hoofdzakelijk plaats door toedeling en specificering van wettelijke taken, en voorts door normstelling. De wettelijke taakstelling wordt aan de hand van beleid nader toegespitst naar plaats, tijd en relevante omstandigheden, hetgeen uiteindelijk resulteert in concrete besluitvorming en feitelijke gedragingen.

144 Zie art. 4.4 lid 1 Waterwet.

145 Zie art. 4.6 lid 1 Waterwet.

146 Zie Heger 2009 en Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010.

147 Zie art. 2.1 lid 1 Waterwet.

148 Zie Van Rijswijk 2011b; Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 47-48; en Van Rijswijk 2008, i.h.b. p. 11-15.

149 Zie over de (al dan niet symbolische) betekenis van deze bepaling in het algemeen en in het kader van het waterbeheer bijvoorbeeld Verschuuren 1993; Backes 1995; Havekes 2009, p. 44-46; en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 74.

4.3.4.2. De afdwingbaarheid van zorgplichten in het waterbeheer

Aan elk van de genoemde doelstellingen van de Waterwet zijn concrete zorgplichten voor waterbeheerders verbonden. Deze vormen de uitvoeringsgerichte componenten van de overheidszorg in het waterbeheer. De zorgplichten met het oog op de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast vanuit het oppervlaktewater zijn, zoals hieronder nog zal blijken, nader ingevuld aan de hand van concrete normen. De andere zorgplichten vinden nadere invulling aan de hand van de 'doelmatigheid', hetgeen uitdrukking geeft aan het bestaan van discretionaire ruimte voor waterbeheerders bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden. Groothuijse bespreekt de afdwingbaarheid van de beheeropgave, waaraan de wettelijke zorgplichten gestalte geven. Hij stelt dat watersysteembeheerders weliswaar op grond van art. 5.3 Waterwet zijn gehouden de nodige maatregelen te treffen om het veilig en doelmatig gebruik van de waterstaatswerken onder hun beheer te garanderen, maar dat de afdwingbaarheid daarvan in de praktijk beperkt is wegens de discretionaire ruimte die de watersysteembeheerders hebben ten aanzien van de invulling en uitvoering van hun wettelijke taken.¹⁵⁰ Een vergelijkbare conclusie moet worden getrokken in verband met de gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer¹⁵¹ en de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening. Waterbeheerders worden nadrukkelijk deskundig geacht bij de uitoefening van hun publiekrechtelijke taken op waterstaatkundig gebied.¹⁵² De algemene conclusie is dat geen maatregelen van een waterbeheerder kunnen worden afgedwongen, zolang deze zich niet aantoonbaar in strijd gedraagt met (een van) zijn wettelijke zorgplichten.

Maatregelen kunnen dus slechts met succes in rechte worden afgedwongen, indien de eiser aannemelijk kan maken dat de waterbeheerder door het niet treffen van maatregelen tekort schiet in zijn zorgplicht.¹⁵³ Daarbij is het voor eisers van belang te weten tot welke rechter zij zich met hun eis dienen te wenden. Indien de eis zich richt op het nemen van concrete appellabele besluiten, dan hebben zij via de weg van art. 6:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) toegang tot de bestuursrechter. Dat geldt zowel wanneer een waterbeheerder een verzoek afwijst, als wanneer een reactie op een dergelijk verzoek uitblijft. Indien zij daarentegen eisen dat een waterbeheerder feitelijke handelingen verricht of niet-appellabele besluiten neemt, dan dienen eisers zich te wenden tot de burgerlijke rechter. Zij kunnen hun eis dan baseren op art. 3:296 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW). De kans op succes is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Dat deze kans over het algemeen niet bijzonder groot is, valt zoals gezegd te verklaren door het bestaan van discretionaire ruimte ten aanzien van de invulling en uitvoering van de zorgplichten in het waterbeheer. Zowel de bestuursrechter, als de burgerlijke rechter respecteert deze discretionaire ruimte door de gedragingen van waterbeheerders slechts te toetsen aan het

¹⁵⁰ Zie Groothuijse 2009, p. 56-66.

¹⁵¹ Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 13-22.

¹⁵² Zie ABRvS 10 augustus 2011, zaaknummer 201011161/1/H2, r.o. 2.3.2 en tevens Rechtbank Oost-Brabant 14 maart 2013, zaaknummer AWB 12/3406, r.o. 5.3.

¹⁵³ Zie uitgebreid Havekes & Van Rijswijk 2010, hoofdstuk 16.

geldende recht. Waterbeheerders dienen hun zorgplichten overigens nadere invulling te geven naar tijd, plaats en plaatselijke omstandigheden in hun uitvoeringsgerichte beleid.¹⁵⁴ Met bovenstaande dient bij lezing van de volgende paragrafen over de verschillende zorgplichten rekening te worden gehouden.

4.3.4.3. De genormeerde zorgplichten voor de waterveiligheid

Het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen is een van de integrale doelstellingen van de Waterwet. De aan deze doelstelling verbonden zorgplichten zijn ingekaderd door veiligheidsnormen. Er wordt wat betreft de waterveiligheid onderscheid gemaakt tussen primaire waterkeringen en niet-primaire keringen.¹⁵⁵ Binnen de categorie primaire waterkeringen wordt nader onderscheid gemaakt tussen keringen die wel en keringen die niet zijn bestemd tot de directe kering van het buitenwater.¹⁵⁶ De stelsels van primaire waterkeringen die, al dan niet tezamen met hoge gronden, beveiliging bieden tegen overstromingen door buitenwater, worden 'dijkkringen' genoemd. Deze dijkkringen en primaire waterkeringen zijn aangegeven op de als bijlage I en IA bij de Waterwet behorende landkaarten.¹⁵⁷ Alle andere keringen gelden als niet-primaire waterkeringen. Hoewel de grote oppervlaktewaterlichamen hoofdzakelijk in beheer zijn bij het Rijk, zijn de meeste primaire en andere waterkeringen in beheer bij de waterschappen.¹⁵⁸ Dit heeft belangrijke implicaties voor de verdeling van beheertaken.

Voor elk van de genoemde dijkkringen geldt een wettelijke veiligheidsnorm, die is aangegeven in bijlage II van de Waterwet.¹⁵⁹ De veiligheidsnorm betreft de gemiddelde overschrijdingskans per jaar van de hoogste hoogwaterstand waarop de primaire waterkering moet zijn berekend.¹⁶⁰ Daarbij zijn ook andere bepalende factoren voor het waterkerend vermogen van de kering relevant.¹⁶¹ De normen variëren van eens per 250 jaar tot eens per 10.000 jaar, vooral afhankelijk van het potentiële aantal slachtoffers en de verwachte economische schade van een overstroming.¹⁶² Er vindt momenteel een geleidelijke overgang plaats van de traditionele overschrijdingskansbenadering naar een benadering waarin de kans op overstroming van de door dijkkringen beschermde gebieden centraal staat, waarbij verrekking van alle faalmechanismen plaatsvindt.¹⁶³

154 Zie ook paragraaf 4.3.4.7.

155 Onder de term 'primaire waterkering' wordt verstaan: 'een waterkering die beveiliging biedt tegen overstroming doordat deze behoort tot een dijkkring ofwel vóór een dijkkring is gelegen.'

156 Onder de term 'buitenwater' wordt verstaan: 'water van een oppervlaktewaterlichaam waarvan de waterstand direct invloed ondergaat bij hoge stormvloed, bij hoog oppervlaktewater van een van de grote rivieren, bij hoog water van het IJsselmeer of het Markermeer, dan wel bij een combinatie daarvan.'

157 Zie art. 1.3 lid 1 Waterwet.

158 Uitzonderingen zijn de Afsluitdijk, de Oosterscheldekering en de Maeslantkering.

159 Zie uitgebreid Groothuijse 2009, p. 42-49.

160 Zie art. 2.2 lid 1 Waterwet.

161 De maatgevende hoogwaterstanden en andere hydraulische randvoorwaarden die van belang zijn voor het bepalen van het waterkerend vermogen van primaire waterkeringen zijn vastgesteld in de Waterregeling. Zie art. 2.3 lid 1 Waterwet. Deze vaststelling geschiedt ingevolge art. 2.3 lid 2 Waterwet telkens voor zes jaren. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 43-45.

162 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 169 en Groothuijse 2009, p. 47-48.

163 Zie art. 2.2 lid 2 Waterwet en tevens Groothuijse 2009, p. 45-46. Daardoor ontstaat een realistischer beeld van de werkelijke kans op een overstroming, en bestaat tevens een betere mogelijkheid zwakke

Indien een primaire waterkering niet aan de gestelde normen voldoet, dient de beheerder daarvan in beginsel de nodige veiligheidsverhogende maatregelen te treffen.¹⁶⁴ Voorts rust op beheerders een periodieke beoordelings- en verslagleggingsplicht.¹⁶⁵ Ook voor gedeputeerde staten en de Minister van Infrastructuur en Milieu gelden periodieke verplichtingen tot verslaglegging.¹⁶⁶

Op grond van art. 2.4 en 2.5 Waterwet kunnen ook voor niet-primaire waterkeringen veiligheidsnormen worden vastgesteld.¹⁶⁷ Deze bevoegdheid komt toe aan de regering dan wel aan provinciale staten. Indien het Rijk beheerder is, geschiedt normstelling bij algemene maatregel van bestuur; in de andere gevallen bij provinciale verordening. De normen stellen de gemiddelde overschrijdingskans per jaar vast, waarbij het maatgevende boezempeil als uitgangspunt geldt.¹⁶⁸ Sinds het eind van de vorige eeuw is de normering van regionale keringen een expliciet aandachtspunt.¹⁶⁹ Hoewel er nog geen formeel uniform normeringssysteem bestaat, voeren de ontwikkelingen wel in die richting.¹⁷⁰ Voorts is sinds 2003 de verdroging van veenkaden een belangrijk thema.¹⁷¹ Indien een kering niet aan de gestelde norm voldoet, dienen op grond van art. 5.3 Waterwet veiligheidsverhogende maatregelen te worden genomen. Bij het maken van keuzen dienaangaande hebben beheerders een ruime mate van beleidsvrijheid. Er bestaat geen wettelijke verplichting voor de beheerders van regionale waterkeringen om periodiek verslag uit te brengen over de algemene waterstaatkundige toestand daarvan. Art. 2.14 Waterwet vult die leemte op met de mogelijkheid bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, dan wel provinciale verordening regels te stellen over het periodiek meten en beoordelen van de mate van verwezenlijking van de vastgestelde normen. Het verdient aanbeveling in alle gevallen waarin normering van regionale waterkeringen heeft plaatsgevonden gebruik te maken van die bevoegdheid.¹⁷²

schakels in dijkringen aan te wijzen en prioriteiten te stellen met het oog op (versterkings)maatregelen.
164 Zie art. 5.3 Waterwet. In paragraaf 4.5.2, 4.5.3 en 4.5.4 geef ik voorbeelden van instrumenten die in dergelijke gevallen (in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering) kunnen worden ingezet.

165 Zie daartoe art. 2.12 lid 1 Waterwet en de Regeling veiligheid primaire waterkeringen. Zie tevens art. 2.12 lid 5 Waterwet.

166 Zie art. 2.12 lid 3 respectievelijk 2.13 Waterwet. Deze laatste verplichting betreft de twaalfjaarlijkse verslaglegging van de minister aan beide Kamers over de doeltreffendheid en de effecten van de wettelijke veiligheidsnormen.

167 Zie uitgebreid Groothuijse 2009, p. 49-51.

168 Vgl. art. 2.2 lid 1 Waterwet. Zie ook Groothuijse 2009, p. 50; Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 170; en STOWA 2004, p. 10.

169 Zo is het in 1998 als actiepoint opgenomen in de Vierde Nota Waterhuishouding.

170 Zo valt te wijzen op de door het IPO in 1999 vastgestelde richtlijn voor veiligheidsnormen voor boezemkaden (zie IPO 1999). Deze normen worden als toonaangevend beschouwd (zie STOWA 2004 en UvW 2004). Ook valt te wijzen op het in november 2005 opgestarte Ontwikkelingsprogramma Regionale Waterkeringen, waarin praktische leidraden worden ontwikkeld voor het op uniforme wijze toepassen van de toetsings- en normeringssystematiek. Alle relevante leidraden en handreikingen zijn te raadplegen op <<http://regionalekeringen.stowa.nl>> onder het kopje Publicaties.

171 Zie STOWA 2005 en STOWA 2011.

172 Ook kan worden overwogen om een afzonderlijk artikel (2.12a) op te nemen dat luidt: 'Indien toepassing wordt gegeven aan artikel 2.4 en 2.5 van deze wet, worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur dan wel bij provinciale verordening regels gesteld ten aanzien van de periodieke beoordeling van de algemene waterstaatkundige toestand van de andere dan primaire waterkeringen in beheer bij het Rijk, onderscheidenlijk een andere beheerder.'

4.3.4.4. De genormeerde zorgplicht ter bescherming tegen wateroverlast

Art. 2.8 Waterwet bepaalt dat bij provinciale verordening, met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop regionale wateren moeten zijn ingericht, normen worden gesteld met betrekking tot de gemiddelde overstromingskans per jaar van daarbij aan te wijzen gebieden.¹⁷³ Uit deze normen kan de opgave voor de beheerders van regionale watersystemen worden afgeleid met betrekking tot wateroverlast *vanuit het oppervlaktewater*.¹⁷⁴ Indien niet aan de normen wordt voldaan, dan dienen op grond van art. 5.3 Waterwet waterhuishoudkundige maatregelen te worden getroffen. De provinciale normen geven aan wat de maximaal toelaatbare jaarlijkse kans is op inundatie vanuit het regionale oppervlaktewater. Bij het vaststellen van de normen dienen de in 2003 in het NBW overeengekomen werknormen als basis.¹⁷⁵ Deze normen zijn in 2006 door de Adviesgroep Normering Wateroverlast geschikt bevonden als landelijke basisnormen.¹⁷⁶ Provinciale staten zijn overigens niet gebonden aan deze basisnormen, die op basis van kosten-batenanalyses zijn gebaseerd op landelijke gemiddelden.¹⁷⁷ De meeste provincies hebben bij de vaststelling van de kwantiteitsnormen in hun waterverordeningen de basisnormen wel als uitgangspunt genomen, hoewel niet altijd duidelijk is welke norm dient te gelden.¹⁷⁸ De normen zijn gedifferentieerd naar vier categorieën grondgebruik.¹⁷⁹ Voorts is aan iedere gedifferentieerde basisnorm een zogenoemd maaiveldcriterium verbonden. Aan de hand van deze criteria kan worden bepaald wanneer feitelijk sprake is van wateroverlast.¹⁸⁰ Provinciale staten kunnen in hun verordeningen ook van deze criteria afwijken.

4.3.4.5. Gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer

De dreiging van wateroverlast komt niet alleen vanuit het oppervlaktewater. Ook afvloeiend hemelwater en overtollig grondwater kunnen wateroverlast veroorzaken, vooral in sterk verharde gebieden. Voor dergelijke vormen van wateroverlast zijn geen wettelijke normen vastgesteld. Op gemeenten rusten op grond van de Wet gemeente-

173 Zie uitgebreid Groothuijse 2009, p. 51-53.

174 Het betreft nadrukkelijk niet de zorgplicht voor het voorkomen of beperken van wateroverlast door afvloeiend hemelwater of overtollig grondwater. Die zorgplichten komen aan de orde in paragraaf 4.3.4.4.

175 Deze werknormen zijn in 2008 in het NBW-Actueel gehandhaafd.

176 Zie Adviesgroep Normering Wateroverlast 2006, p. 8-9.

177 Ook de genoemde adviesgroep benadrukt de mogelijkheid af te wijken van de normen. Zie Adviesgroep Normering Wateroverlast 2006, p. 9.

178 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010. Dat lijkt vooral het geval wanneer een gebied deels is bebouwd met glastuinbouw en deels met andere bebouwing.

179 Bij deze differentiatie heeft vooral de economische waarde van het grondgebruik een rol gespeeld. Zo is voor grasland en laagwaardige akkerbouw een basisnorm van eens per tien respectievelijk eens per vijftig jaar vastgesteld. Voor hoogwaardige land- en tuinbouw en glastuinbouw geldt een maximale kans op inundatie van eens per vijftig jaar, en voor bebouwd gebied van eens per honderd jaar.

180 In bebouwde gebieden wordt elke inundatie aangemerkt als wateroverlast en geldt dus een maaiveldcriterium van 0 procent. Bij akkerbouw en hoogwaardige land- en tuinbouw geldt een maaiveldcriterium van 1 procent, hetgeen inhoudt dat pas van wateroverlast wordt gesproken wanneer meer dan 1 procent van het betreffende gebied inundeert. Bij grasland en laagwaardige weidebouw geldt een maaiveldcriterium van 5 procent.

lijke watertaken zorgplichten ten aanzien van de bescherming tegen deze vormen van wateroverlast.¹⁸¹ Hoewel gemeenten wel zijn aan te merken als waterbeheerder, staan hun bij de uitvoering van hun watertaken niet de instrumenten en bevoegdheden uit de Waterwet ter beschikking. Bij de uitvoering van deze taken dienen zij gebruik te maken van de instrumenten en bevoegdheden die hun op grond van de Wet ruimtelijke ordening (Wro), de Gemeentewet (Gemw) en de Wet milieubeheer ter beschikking staan.¹⁸² Het ontbreken van kwantificeerbare normen kan zorgen voor onduidelijkheid over de exacte reikwijdte van de gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer.¹⁸³ Voorts kan onduidelijkheid bestaan over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen gemeenten en watersysteembeheerders. Zij zijn wat betreft de succesvolle tenuitvoerlegging van hun zorgplichten in belangrijke mate op elkaar aangewezen.¹⁸⁴

Op basis van art. 3.5 lid 1 Waterwet dragen de gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders zorg voor een doelmatige inzameling, afvoer en verwerking van afvloeiend hemelwater. Deze zorgplicht is wettelijk ingeperkt ten opzichte van de eigen verantwoordelijkheid van particulieren. Deze zorgplicht geldt alleen voor zover van degene die zich van hemelwater ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen, redelijkerwijs niet kan worden gevergd het afvloeiend hemelwater op of in de bodem of in het oppervlaktewater te brengen.¹⁸⁵ Het inzamelen en afvoeren van afvloeiend hemelwater op particulier terrein is dus primair een verantwoordelijkheid voor perceeleigenaren.¹⁸⁶ Van hen mag in beginsel worden verwacht dat zij zelf voorzien in de nodige waterberging en verharding van hun percelen tegenaan.¹⁸⁷ De maatregelen die redelijkerwijs van particulieren kunnen worden verwacht, zijn echter lastig in concrete termen te vatten, en zijn in grote mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet in de laatste plaats de ruimtelijke omstandigheden in de omgeving.¹⁸⁸ De zorg voor het inzamelen van afvloeiend hemelwater rust overigens

181 Zie art. 3.5 en 3.6 Waterwet. Zie uitgebreid Jong 2006; Arentz 2007; Jong 2009; Heger 2009; Groothuijse 2009; Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010; en De Gier, Gilissen & Van Rijswijk 2011.

182 In paragraaf 4.5.4.4 geef ik voorbeelden van instrumenten die gemeenten kunnen inzetten bij de tenuitvoerlegging van hun watertaken. Niet nader te bespreken instrumenten zijn hemelwaterriolen, afvoergeulen, infiltratietransportbuizen, drainagekratten of percolatievoorzieningen, zoals drainagekoffers, wadi's en infiltratiebekkens, of bergbezinkbassins. Zie daarover Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 13.

183 Zie Groothuijse 2009, p. 53.

184 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010.

185 Zie Jong 2009, p. 103.

186 Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 11-12. Heger noemt als mogelijke uitzondering het afwezig zijn van nabij gelegen oppervlaktewater waarop kan worden geloosd, of een hoog grondwaterpeil, waardoor infiltratie in de bodem niet mogelijk of wenselijk is (zie Heger 2009, p. 24).

187 Zie Arentz 2007. Hiertoe kunnen gemeenten uiteraard bouw- en aanlegvoorschriften opnemen in hun bestemmingsplannen. Ook ziet men wel dat de keur van het waterschap een maximaal percentage bebouwing toestaat.

188 Zie bijvoorbeeld Jong 2006, p. 311-314; Jong 2009, p. 101-102; en Groothuijse 2009, p. 54. Zie tevens Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 12: 'Welke maatregelen in redelijkheid voor rekening van de perceelseigenaar zijn, zal lokaal en zelfs per geval kunnen verschillen. In het gemeentelijk rioleringsplan zal door de gemeente duidelijk moeten worden gemaakt welke maatregelen in beginsel van de perceelseigenaren worden verwacht, respectievelijk door de gemeente zelf zullen worden genomen.'

wel volledig op gemeenten, indien het hemelwater afvloeit van openbare terreinen.¹⁸⁹ De zorg voor de verwerking van het ingezamelde hemelwater rust exclusief op de gemeente.¹⁹⁰ Het beleid inzake de hemelwaterzorgplicht moet worden neergelegd in het gemeentelijke rioleringsplan op grond van art. 4.22 Wm. De gemeenteraad kan bij verordening op grond van art. 10.32a Wm te dien aanzien overigens ook regels stellen.¹⁹¹

Naast de zorgplicht voor afvloeiend hemelwater dragen de gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders op basis van art. 3.6 lid 1 Waterwet zorg voor het in het openbaar gemeentelijk gebied treffen van maatregelen teneinde structureel nadelige gevolgen van de grondwaterstand voor de aan de grond gegeven bestemming zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken. Deze zorgplicht rust op gemeenten voor zover het treffen van die maatregelen doelmatig is en niet tot de zorg van het waterschap of de provincie behoort.¹⁹² Met de term 'structureel nadelige gevolgen van de grondwaterstand' wordt zowel bedoeld op de gevolgen van grondwateroverlast (een te hoge grondwaterstand), als op de gevolgen van een te laag grondwaterpeil. Deze zorgplicht geldt niet op de delen van het grondgebied die in particuliere eigendom zijn.¹⁹³ Onder 'aan de grond gegeven bestemmingen' dient de bestemming te worden verstaan, zoals aan de grond is toegekend in het bestemmingsplan op grond van art. 3.1 lid 1 Wro.¹⁹⁴ Hiermee wordt dus bedoeld op de gebruiksfunctie van de grond.¹⁹⁵ Het moet daarbij gaan om structurele nadelige gevolgen, hetgeen impliceert dat de zorgplicht niet geldt voor tijdelijke, incidentele problemen, zoals hevige regenval.¹⁹⁶ De doelmatigheidseis duidt net als bij de hemelwaterzorgplicht op de discretionaire ruimte van gemeenten bij de invulling van hun wettelijke taakstelling in hun rioleringsplannen. Er kan in het kader van de grondwaterproblematiek overigens onduidelijkheid bestaan over de exacte verdeling van bevoegdheden tussen verschillende overheidsorganen.¹⁹⁷

4.3.4.6. De zorgplicht voor de zoetwatervoorziening

Veel maatschappelijke en publieke sectoren zijn direct afhankelijk van de beschikbaarheid van voldoende water van een bepaalde kwaliteit of gesteldheid.¹⁹⁸ Met het oog op die afhankelijkheid kunnen uiteenlopende water(gebruiks)rechten worden onderscheiden.¹⁹⁹ Verschillende factoren, zoals een steeds toenemende vraag, klimaatveran-

189 Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 12.

190 Zie art. 3.5 lid 2 Waterwet.

191 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 19-21.

192 Zie hierover bijvoorbeeld Heger 2009, p. 25-29; Groothuijse 2009, p. 54-56; Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 15-17; en De Gier, Gilissen & Van Rijswijk 2011, p. 4-7.

193 Zie Jong 2006, p. 318-319 en Groothuijse 2009, p. 55.

194 Zie ook Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 17-18.

195 Zie Groothuijse 2009, p. 55.

196 Zie Heger 2009, p. 26.

197 Zie De Gier, Gilissen & Van Rijswijk 2011, p. en Van Rijswijk 2009, p. 167.

198 Zie bijvoorbeeld Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 11. Er zijn vele soorten watergebruik en categorieën watergebruikers aan te wijzen, en het feitelijke watergebruik dient evenveel verschillende belangen, zoals de veiligheid, de natuur, de drinkwatervoorziening, de landbouw, de scheepvaart, de industrie, de energie, het huishouden, en de recreatie.

199 Zie Van Rijswijk 2008, p. 11-15. Van Rijswijk onderscheidt het recht op voldoende schoon en gezond drinkwater, het recht op sanitatie, het recht op voldoende en schoon water voor de voedselproductie en

dering en verzilting, zetten de huidige praktijk van de zoetwatervoorziening onder druk. Indien de vraag naar water de beschikbaarheid daarvan overstijgt – in dat geval spreekt men van *waterschaarste* –, kunnen de verschillende gebruiksbelangen met elkaar botsen. Er bestaat dus behoefte aan duidelijkheid over de rangorde tussen de verschillende belangen.²⁰⁰ Het is duidelijk dat waterrechten een niet-ongelimeerd karakter hebben: ook deze rechten zijn schaars.²⁰¹ Op watersysteembeheerders rust de zorgplicht tot het voorkomen en indien nodig beperken van waterschaarste.²⁰² Deze zorgplicht valt in mijn ogen uiteen in twee nauw samenhangende deeltaken, namelijk de zorg voor de beschikbaarheid van voldoende water en de zorg voor de evenredige verdeling van het beschikbare water onder normale omstandigheden en bij (dreigende) tekorten. De nadere invulling van die taken is in hoge mate een politieke aangelegenheid: de afbakening van de overheidstaak kan plaatsvinden op basis van uiteenlopende politieke inzichten.²⁰³

Water is een publiek goed (*res omnius*) op het gebruik waarvan eenieder in beginsel in gelijke mate aanspraak kan maken.²⁰⁴ Men kan in Nederland mede door de ligging en het klimaat doorgaans rekenen op een ruime beschikbare hoeveelheid water.²⁰⁵ De beheerder van het oppervlaktewater draagt er hoofdzakelijk door actief peilbeheer zorg voor dat dit water op locatie beschikbaar is voor de gebruikers ervan. Maar in hoeverre moeten beheerders er vanuit juridisch oogpunt voor zorgen dat er altijd voldoende water beschikbaar is en blijft?²⁰⁶ De overheid lijkt zich te dienen aanzien een actieve verantwoordelijkheid aan te meten.²⁰⁷ Deze houding wordt in de literatuur overigens wel bekritiseerd.²⁰⁸ Uit het bestaan van een juridische rangorde tussen verschillende vormen van watergebruik kan worden afgeleid dat bij watertekorten van degene lager in rang eerder (volledige) zelfvoorzienendheid wordt verwacht.²⁰⁹ Van een absoluut en onder alle omstandigheden afdwingbaar recht op water kan dus niet

economische activiteiten, het recht op voldoende en schoon water ten behoeve van de natuur, en het recht op water ten behoeve van recreatie.

200 Zie Van Rijswijk 2008, p. 28.

201 Zie Van Rijswijk 2011b, p. 136-140.

202 Zie daarover Van Rijswijk 2011b; Van Rijswijk & Robbe 2011; Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261-265; Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 43-46.

203 Zie Hamer e.a. 2013; Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 8-10; Van Rijswijk 2011b, p. 138; en Van Rijswijk 2008, p. 29-31.

204 Zie Hennekens 1993.

205 Toch is de feitelijke beschikbaarheid van voldoende water niet overal vanzelfsprekend. Een bekend voorbeeld is de verdroging van hooggelegen natuurgebieden. Zie daarover Gilissen, Robbe & Van Rijswijk 2009, p. 73-88.

206 Driessen en Van Rijswijk werpen met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering in algemener verband een vergelijkbare vraag op. Zie Driessen & Van Rijswijk 2011.

207 Zie Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 83-93; Deltaprogramma 2011; en Deltaprogramma 2012, p. 28-37.

208 Zie Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 19. Zij menen dat een duidelijke analyse ontbreekt van de vraag voor welke belangen bepaalde maatregelen worden genomen. Voorts stellen zij dat ook niet afdoende wordt gemotiveerd waarom het grootste gedeelte van de verantwoordelijkheid op de overheid rust, waarom de meeste maatregelen worden betaald vanuit de algemene middelen, en waarom de voorgestelde maatregelen ook de juiste zijn.

209 Zie art. 2.1 Waterbesluit jo. art. 2.9 lid 1 Waterwet.

worden gesproken.²¹⁰ Er bestaat echter onduidelijkheid over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de overheid en watergebruikers.²¹¹ Ik meen dat de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening hoofdzakelijk inhoudt dat de beheerder er onder normale omstandigheden voor dient te zorgen dat het beschikbare water terechtkomt bij degene die daar onder die omstandigheden aanspraak op kan maken.²¹²

De verdeling van gebruiksrechten vindt hoofdzakelijk plaats door middel van een systeem van plannen, vergunningen en meldingen.²¹³ De genoemde verdringingsreeks normeert de juridische verantwoordelijkheid van beheerders ten tijde van (dreigende) watertekorten,²¹⁴ maar biedt tevens duidelijkheid aan watergebruikers.²¹⁵ De plaats in de rangorde bepaalt de mate van zekerheid die een gebruiksbelang heeft wat betreft de beschikbaarheid van voldoende water.²¹⁶ Het hoogst in de rangorde staan publieke belangen met betrekking tot de bestaanszekerheid. Beheerders moeten zelf beoordelen of en wanneer sprake is van een watertekort. Indien zij daartoe overgaan, treedt de verdringingsreeks automatisch in werking. Daartoe hoeft dus geen besluit te worden genomen. De feitelijke constatering van een watertekort is op zichzelf niet gericht op rechtsgevolg.²¹⁷ Door de verdringingsreeks is voorzienbaar hoe het schaarse water bij een watertekort wordt verdeeld. Belanghebbenden kunnen daarop anticiperen door zelf schadebeperkende maatregelen te treffen. Vorderingen tot nadeelcompensatie hebben door die voorzienbaarheid weinig kans van slagen.²¹⁸ De verdringingsreeks beoogt niet zozeer de waterschaarste zelf, maar vooral de onomkeerbare en maatschappelijk ontwrichtende schade dientengevolge te voorkomen.²¹⁹ Voor het voorkomen en beperken van waterschaarste dienen andersoortige maatregelen te worden getroffen. In dat licht valt te denken aan het stimuleren van zuiniger watergebruik, maar ook aan vergaande aanpassingen in het huidige systeem van de verdeling van waterrechten.²²⁰

210 De juridische verantwoordelijkheid om ten tijde van een watertekort zelf te voorzien in de eigen waterbehoefte kan in mijn ogen worden beschouwd als een bijzondere uitwerking van de juridisch wijdverbreid erkende en op eigen schuld gebaseerde schadebeperkingsplicht. Zie daarover in het algemeen Keirse 2003.

211 Zie in dit verband ook Schrijvers 2012. Schrijvers analyseert onder meer in hoeverre 'geprivatiseerd waterkwantiteitsbeheer' past binnen de bestaande juridische kaders van het Nederlandse watersysteembeheer.

212 Vgl. ABRvS 23 januari 2013, zaaknummer 201208202/1/A4, r.o. 2.2. Het college van dijkgraaf en heemraden van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier omschrijft zijn verplichting inzake de zoetwatervoorziening als 'een inspanningsverplichting (...) om te zorgen dat het water dat beschikbaar is evenredig wordt verdeeld.'

213 Zie Van Rijswick 2011b, p. 144 en Van Rijswick & Robbe 2011, p. 16-18.

214 Een watertekort is overigens niet altijd het gevolg van natuurlijke gebeurtenissen, maar kan bijvoorbeeld ook ontstaan door grootschalige grondwateronttrekkingen. Zie De Gier, Gilissen & Van Rijswick 2011.

215 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 44.

216 Zie ook Van Rijswick 2011b, p. 140-147.

217 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 45.

218 Zie Havekes & Van Rijswick 2010, p. 265-266 en Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 180.

219 Zie Havekes & Van Rijswick 2010, p. 264.

220 Zie voor aanbevelingen te dien aanzien Van Rijswick & Robbe 2011 en Van Rijswick 2011b. Zie ook paragraaf 4.5.7.

4.3.4.7. Toezicht door hoger gezag

In paragraaf 3.3 van de Waterwet zijn bepalingen opgenomen over het interbestuurlijke toezicht in het waterbeheer. Deze paragraaf legt het toezicht op alle primaire waterkeringen op het provinciale grondgebied bij gedeputeerde staten,²²¹ en behelst voorts een verordenende bevoegdheid ten aanzien van de informatieverstrekking door regionale waterbeheerders.²²² Daarnaast kent deze paragraaf aan provinciale staten respectievelijk de regering de bevoegdheid toe om algemene regels te stellen omtrent de voorbereiding, vaststelling, wijziging en inhoud van plannen, besluiten en waterakkoorden door lagere bestuursorganen.²²³ Bovendien hebben gedeputeerde staten respectievelijk de Minister van Infrastructuur en Milieu onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid bindende aanwijzingen te geven omtrent de uitoefening van taken en bevoegdheden door hiërarchisch lager geplaatste bestuursorganen, en hieraan desnoods zelfstandig uitvoering te geven.²²⁴ De aanwijzingsbevoegdheid is een tamelijk ingrijpend instrument, waarmee in de praktijk van het waterbeheer nog weinig ervaring bestaat.²²⁵ Het bereik van deze bevoegdheid is ruim: een aanwijzing kan de uitoefening betreffen van alle taken en bevoegdheden in het waterbeheer. Als criterium voor de gebruikmaking van beide bevoegdheden geldt dat een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer, dan wel internationale verplichtingen of bovenregionale belangen de aanwijzing noodzakelijk maken. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden bezitten de organen waaraan zij zijn toegekend veel discretionaire ruimte. Met het oog op de ingrijpende aard daarvan kunnen mijns inziens wel strenge eisen worden gesteld aan de motivering van de noodzaak van het gebruik daarvan.

4.3.4.8. Strategische en uitvoeringsgerichte planvormen

De strategische planvorming is een wezenlijk onderdeel van het nationale en regionale waterbeheer. In strategische waterplannen worden namelijk de hoofdlijnen van het nationale en provinciale waterbeleid en de daartoe behorende aspecten van het ruimtelijke beleid vastgelegd.²²⁶ Zodoende bevatten deze plannen beleidsdoelen op de verwezenlijking waarvan het waterbeheer zich in de betreffende planperiode zal richten. Daarin wordt tevens uiteengezet aan de hand van welke maatregelen en voorzieningen de verwezenlijking van die doelen zal worden nagestreefd. Deze beleidsdoelen staan nadrukkelijk in verband met de reeds besproken doelstellingen van de Waterwet.²²⁷ De waterplannen dragen zodoende bij aan de verwezenlijking van deze wettelijke doelstellingen, terwijl daarin te dien aanzien ook fundamentele prioriteiten worden gesteld. De strategische waterplannen zijn zelf niet uitvoeringsgericht. Wel hebben zij

²²¹ Zie art. 3.9 lid 1 Waterwet.

²²² Zie art. 3.10 lid 1 Waterwet.

²²³ Zie art. 3.11 lid 1 respectievelijk lid 2 Waterwet.

²²⁴ Zie art. 3.12 respectievelijk 3.13 Waterwet.

²²⁵ Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 123.

²²⁶ Zie art. 4.1 lid 1 respectievelijk 4.4 lid 1 Waterwet. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 77-93; Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 77-82; en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 136-139.

²²⁷ Zie art. 4.1 lid 2 sub a respectievelijk 4.4 lid 2 sub b Waterwet.

wat betreft de ruimtelijke aspecten daarvan tevens de status van 'structuurvisie' in de zin van art. 2.2 lid 2 en 2.3 lid 2 Wro.

Het beleid omtrent de uitvoering daarvan wordt neergelegd in de operationele beheerplannen op grond van art. 4.6 Waterwet.²²⁸ In dergelijke beheerplannen dient onder meer een programma te worden opgenomen van de maatregelen en voorzieningen ter uitwerking van en aanvullingen op hetgeen in de strategische waterplannen te dien aanzien is bepaald.²²⁹ Bij de totstandkoming van beheerplannen voor regionale wateren moet bovendien rekening worden gehouden met het regionale waterplan.²³⁰ In de beheerplannen wordt door de beheerders zelf op uitvoeringsgericht niveau concrete invulling gegeven aan de besproken zorgplichten in het waterbeheer. De beheerplannen dienen voorts als basis voor projectplannen en uitvoeringsgerichte besluitvorming. Uitvoeringsgericht beleid ten aanzien van de besproken gemeentelijke watertaken vindt overigens plaats in de gemeentelijke rioleringsplannen op grond van art. 4.22 Wm.²³¹ Ook kan uitvoeringsgericht beleid zijn neergelegd in zogenoemde facultatieve gemeentelijke waterplannen.

Zowel in strategische, als in uitvoeringsgerichte planvormen wordt dus concrete invulling en uitwerking gegeven aan de op waterbeheerders rustende zorgplichten. Dergelijke plannen hebben een sterk indicatief en informatief karakter.²³² Daaruit valt dus af te leiden hoe ver de overheidsverantwoordelijkheid zich in het waterbeheer in concreto uitstrekt. Dat kan van tijd tot tijd verschillen, mede onder invloed van steeds wijzigende politieke omstandigheden. Men dient ervan uit te gaan dat de particuliere verantwoordelijkheid begint, waar die van de waterbeheerder eindigt. Zodoende kan uit de genoemde planvormen indirect informatie worden ontleend over de strekking van particuliere eigen verantwoordelijkheden in het waterbeheer. Het verdient daarom aanbeveling dat waterbeheerders in hun plannen duidelijk ingaan op de verdeling van verantwoordelijkheden.²³³ Daarbij dient te worden bedacht dat zij in hun plannen geen burgers bindende bepalingen kunnen opnemen, en tevens dat de beleidsbeslissingen omtrent de verantwoordelijkheidsverdeling moeten berusten op zorgvuldige afwegingen en een deugdelijke motivering. Waterbeheerders mogen hun verantwoordelijkheden, met andere woorden, niet in onredelijke mate afschuiven op particulieren. Zij kunnen in de bedoelde planvormen wel suggesties doen voor eventueel door particulieren zelf te treffen maatregelen.

228 Zie Groothuijse 2009, p. 93-107; Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 82-84; en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 139.

229 Zie art. 4.6 lid 2 sub a Waterwet.

230 Zie art. 4.6 lid 1 Waterwet.

231 Zie Groothuijse 2009, p. 107-111.

232 Zie Groothuijse 2009, p. 84-85 en p. 94

233 Deze aanbeveling is reeds vaker gedaan in het kader van gemeentelijke rioleringsplannen. Zie Heger 2009, p. 24; zie tevens Groothuijse 2009, p. 54; en Jong 2006, p. 322.

4.3.5. Tussenconclusies

Uit het bovenstaande blijkt dat het Nederlandse waterbeheer vele uiteenlopende taken en bevoegdheden omvat, die zijn verdeeld over verschillende overheidslagen en overheidsorganen. Het waterbeheer is dus een gedeelde verantwoordelijkheid.²³⁴ Elke taak en bevoegdheid draagt immers op eigen wijze bij aan het bereiken van de integrale doelstellingen van de Waterwet. Onderscheid tussen soorten taken is hier wel relevant. Hierboven ben ik nader ingegaan op enkele onderscheiden taken en bevoegdheden. Ik heb in dat kader (behalve aan enkele planvormen) geen aandacht geschonken aan de juridische instrumenten die waterbeheerders ter beschikking staan bij de feitelijke tenuitvoerlegging van hun taken. Daarop ga ik in paragraaf 4.5 nader in. Ik onderscheid de verantwoordelijkheid voor normstelling en andere regelgeving, strategische beleidvorming en interbestuurlijk toezicht enerzijds, en uitvoeringsgerichte verantwoordelijkheden en zorgplichten anderzijds. Dit sluit aan bij het algemenere onderscheid tussen passief en actief waterbeheer. De conclusie is dat elk overheidsorgaan met taken of bevoegdheden in het kader van het waterbeheer valt aan te duiden als waterbeheerder, ongeacht de aard van de taak of de bevoegdheid. Alle genoemde taken en bevoegdheden kunnen relevant zijn in het kader van adaptatie aan klimaatverandering. De waterbeheerder is dus ook in dat kader met recht de centrale publiekrechtelijke figuur te noemen. In de volgende paragraaf bespreek ik in hoeverre de hier besproken taken en bevoegdheden voor waterbeheerders ook daadwerkelijk verantwoordelijkheden in zich dragen om te anticiperen op onzekere klimaatrisico's. Ik verwijs daarbij geregeld naar de algemene paragrafen over de afzonderlijke taken en bevoegdheden hierboven.

4.4. Verplichtingen voor waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

4.4.1. Algemeen

De klimaatverandering voert de druk op de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterwet op de langere termijn aanzienlijk op.²³⁵ Met de verwezenlijking van die doelstellingen zijn veel zwaarwegende maatschappelijke belangen gediend en dat zal ook in de toekomst zo blijven. Er bestaat vooralsnog betrekkelijk veel onduidelijkheid en onzekerheid over de uiteindelijke gevolgen van klimaatverandering, zowel wat betreft hun aard, als wat betreft de mate waarin en de termijn waarop deze zich zullen of kunnen voordoen. Veel risico's die klimaatverandering met zich draagt, zijn daarom *onzekere risico's* te noemen. In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre op waterbeheerders op grond van het huidige geschreven en ongeschreven recht afdwingbare verantwoordelijkheden rusten in verband met de adaptatie aan klimaatverandering. Een bijkomende vraag is wat de strekking van dergelijke verplichtingen

²³⁴ Zie Van Rijswijk 2009, p. 167. Het betreft overigens geen onbegrensde overheidsverantwoordelijkheid.

Daar waar de zorgplicht van de overheid ophoudt, begint de particuliere eigen verantwoordelijkheid.

²³⁵ Zie MNP 2003; MNP 2004; KNMI 2006a; en WRR 2008, p. 119-121.

is en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ter explicitering of verduidelijking daarvan. Het verdient ten slotte algemene opmerking dat de verplichtingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in de juridische literatuur nog een betrekkelijk jong en onontgonnen thema is. Voor de beantwoording van vragen daaromtrent is wel reeds een algemene basis gelegd.²³⁶

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. In paragraaf 4.4.2 ga ik na in hoeverre uit de doelstellingen van de Waterwet verplichtingen en beperkingen voortvloeien met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering. In paragraaf 4.4.3 komen de verplichtingen en beperkingen voor waterbeheerders in verband met hun wettelijke zorgplichten aan de orde. Paragraaf 4.4.4 handelt over de verplichtingen van waterbeheerders in het kader van de beleidsvorming, waarbij ik ook aandacht schenk aan de rol van het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel. Ik bespreek ik paragraaf 4.4.5 de mogelijkheid aanvullende of verduidelijkende verplichtingen in het leven te roepen op grond van art. 3.11 Waterwet. In paragraaf 4.4.6 staat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm centraal als mogelijke aanvullende bron van verplichtingen. In paragraaf 4.4.7 besteed ik aandacht aan de mogelijke aanvullende betekenis van het voorzorgsbeginsel. Ik sluit in paragraaf 4.4.8 af met de nodige conclusies.

4.4.2. Zelfstandige verplichtingen en beperkingen op basis van de doelstellingen van de Waterwet?

In paragraaf 4.3.4.1 besprak ik de in art. 2.1 lid 1 Waterwet genoemde doelstellingen. Ik stelde daar dat deze bepaling beperkte zelfstandige normatieve betekenis heeft en vooral de nodige richting geeft in en aan het waterbeheer. De nadere concretisering van de daarop gebaseerde zorgplichten vindt plaats elders in de Waterwet. Zoals gezegd, kan de klimaatverandering een belemmering vormen voor de verwezenlijking van de doelstellingen van die wet op de langere termijn. Het gaat mijns inziens echter te ver om reeds op basis van dat gegeven aan te nemen dat het hedendaagse waterbeheer zonder meer mede ten doel heeft mogelijke, maar onzekere toekomstige klimaatrisico's te beperken. Het ontbreekt het genoemde artikel namelijk aan concreetheid om uitspraken te kunnen doen over de vraag of de Waterwet al dan geen verplichtingen met het oog op onzekere toekomstige klimaatrisico's bevat of kan bevatten. Dit gebrek aan concreetheid roept wel een zekere mate van onduidelijkheid in het leven.

Op basis van art. 2.1 Waterwet kan dus evenmin worden uitgesloten dat de toepassing daarvan en de uitoefening van de daarop gebaseerde bevoegdheden *kunnen* strekken tot het voorkomen of beperken van de bedoelde risico's. De toepassing van deze wet is immers gericht op het voorkomen of beperken van bepaalde waterrisico's in algemene zin, zonder 'mitsen of maren'. Dat roept op zijn beurt de onduidelijkheid in het leven of de anticipatie op onzekere klimaatrisico's al dan niet een zuiver

²³⁶ Zie Hamer e.a. 2013; Brans & Winterink 2012; Gilissen & Schueler 2012; Driessen & Van Rijswick 2011; Termeer e.a. 2011; Van Rijswick & Robbe 2011; Geerdink & Scheltema 2010; Jong 2009; Keessen & Van Rijswick 2009; WRR 2008; WRR 2006; en Van Rijswick 2006.

vrijblijvende aangelegenheid is. Art. 2.1 Waterwet zegt op zichzelf gewoonweg te weinig over de strekking van de juridische verantwoordelijkheden op basis van die wet, en evenmin over de mogelijkheden die de bevoegdheden op basis daarvan bieden. Uit deze bepaling kunnen met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering dan ook geen zelfstandige verplichtingen dan wel beperkingen voor waterbeheerders worden afgeleid. De doelstellingen bieden slechts een kader waarbinnen waterbeheerders gebruik kunnen maken van hun bevoegdheden. Ook dienen de overige bepalingen van de Waterwet te worden beschouwd in het licht van de wettelijke doelstellingen. Enige verduidelijking van de strekking van die doelstellingen is in dat verband op haar plaats.

Met het oog op bovenstaande onduidelijkheden verdient het aanbeveling om aan art. 2.1 Waterwet een derde lid toe te voegen, waarin wordt geëxpliciteerd dat de toepassing van deze wet indien nodig mede is gericht op de vergemakkelijking of waarborging van de verwezenlijking van de in het eerste en tweede lid genoemde doelstellingen op de langere termijn, mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen. Een dergelijke bepaling biedt in aanvulling op de 'thematische' doelen uit het eerste lid duidelijkheid over het toepassingsbereik van de Waterwet met het oog op de toekomst. Deze aanvulling biedt immers een basis voor bevoegdheden en eventuele verantwoordelijkheden omtrent de anticipatie op toekomstige onzekere klimaatrisico's, waaraan elders in de Waterwet nadere uitwerking kan worden gegeven. Een dergelijke bepaling geeft daarmee algemene uitdrukking aan de in paragraaf 4.4.7 nader te bespreken voorzorgsbenadering. De zelfstandige normatieve betekenis van deze toevoeging is beperkt, net als die van de andere onderdelen van art. 2.1 Waterwet. Ook hieruit kunnen voor waterbeheerders dus met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering geen zelfstandige verplichtingen dan wel beperkingen te dien aanzien worden afgeleid.

4.4.3. Verplichtingen en beperkingen op basis van wettelijke zorgplichten

4.4.3.1. Concreet genormeerde zorgplichten

De doelstellingen van de Waterwet bieden een basis voor zorgplichten die nader worden ingevuld aan de hand van normering en beleidsvorming. In paragraaf 4.3.4.3 tot en met 4.3.4.6 besprak ik enkele van die zorgplichten. Deze zorgplichten zijn enerzijds ingevuld aan de hand van concrete beschermingsnormen en anderzijds aan de hand van de open norm van de doelmatigheid. Met het oog op de aan de hand van concrete normen ingevulde zorgplichten valt onderscheid te maken tussen veiligheidsnormen voor waterkeringen en normen met betrekking tot de gemiddelde overstromingskans per jaar van bepaalde aangewezen gebieden.²³⁷ De beheerder dient dergelijke normen in acht te nemen, maar heeft beleidsvrijheid omtrent de wijze waarop hij hieraan invulling geeft. Indien het gestelde beschermingsniveau niet wordt bereikt, schiet hij tekort in zijn zorgplicht en kunnen in beginsel maatregelen van hem worden afgedwongen.

²³⁷ Zie art. 2.2, 2.4 en 2.8 Waterwet.

Zolang wel aan het wettelijke beschermingsniveau wordt voldaan, bestaat er geen juridische mogelijkheid veiligheidsverhogende maatregelen af te dwingen.²³⁸ Het is dus niet mogelijk om via juridische weg een hoger beschermingsniveau af te dwingen, dan wordt voorgeschreven door de bedoelde normen. Degene die meent dat een beheerder met het oog op de verwachte of onzekere gevolgen van klimaatverandering verdergaande beschermingsmaatregelen moet treffen, staat ten opzichte van de beheerder vanuit juridisch oogpunt dus met lege handen. Dat betekent overigens niet zonder meer dat op een beheerder geen verplichting kan rusten om bij zijn beleidsvorming desalniettemin te anticiperen op onzekere klimaatrisico's. Ik kom daar in paragraaf 4.4.4 nog op terug.

De met normeringstaken belaste organen van het Rijk en de provincies kunnen er met het oog op de toekomstige gevolgen van klimaatverandering en op basis van politieke overwegingen overigens wel voor kiezen bepaalde beschermingsnormen aan te scherpen.²³⁹ Zij bezitten te dien aanzien de nodige discretionaire ruimte. Derden kunnen een dergelijke aanscherpingen van normen niet in rechte afdwingen, aangezien de rechter geen 'bevel tot wetgeving' mag geven aan wet- en regelgevende organen van het Rijk respectievelijk de provincies.²⁴⁰ Dat betekent niet dat er geen politieke discussie kan bestaan over de vraag of de huidige normen, onder meer met het oog op de onzekere gevolgen van klimaatverandering, nog wel toereikend zijn. Mede daarom wordt in het Deltaprogramma reeds geanticipeerd op de actualisering van beschermingsnormen.²⁴¹ Indien de bedoelde organen daadwerkelijk kiezen voor de aanscherping van beschermingsnormen, dan kunnen op grond daarvan in beginsel verdergaande beschermingsmaatregelen van de beheerder worden afgedwongen, uiteraard slechts zolang niet aan het nieuwe gestelde beschermingsniveau wordt voldaan. Wie zich niet kan vinden in de aanscherping van de beschermingsnormen, kan zich met een verzoek tot onverbindendverklaring wenden tot de burgerlijke rechter. Uit paragraaf 6.3.3.2 volgt echter dat de kans op succes van dergelijke vorderingen uiterst gering is. Er bestaan, zoals hieronder zal blijken, in het kader van de concrete normstelling overigens ook andere mogelijkheden om op minder ingrijpende wijze tegemoet te komen aan de onzekere gevolgen van klimaatverandering.

Een belangrijke vraag in verband met de adaptatie aan klimaatverandering is in hoeverre beheerders uit eigen beweging verdergaande beschermingsmaatregelen mogen treffen, dan strikt genomen door de normen wordt geëist. Vormen de gestelde normen, met andere woorden, tevens een door hen in acht te nemen juridische begrenzing van hun bevoegdheden? Dat zou een aanzienlijke juridische beperking met

238 Zie met het oog op de afdwingbaarheid van maatregelen op basis van de zorgplichten uit de Waterwet paragraaf 4.3.4.2.

239 Zo deed de commissie Veerman (Deltacommissie 2008) de aanbeveling om de veiligheidsnormen voor dijkringen, mede met het oog op de verwachte klimaatveranderingen, aan te scherpen met een factor 10. Inmiddels is duidelijk dat deze aanbeveling niet wordt opgevolgd, maar dat de normen voor gebieden waar deze ontoereikend blijken te zijn in het kader van het Deltaprogramma wel zullen worden geactualiseerd. Zie Deltaprogramma 2013, p. 430-44.

240 Zie HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*) en HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*). Zie tevens Schutgens 2009, p. 240-246.

241 Zie Deltaprogramma 2013, p. 43.

zich brengen ten aanzien van de mogelijkheden tot adaptatie aan klimaatverandering op het terrein van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast. Indien de normen daarentegen vooral zijn bedoeld om een minimaal beschermingsniveau te bieden, dan zijn deze mogelijkheden ruimer. Uit de wetgeschiedenis van de Waterwet valt niet af te leiden op welke wijze de betreffende normen dienen te worden geïnterpreteerd.²⁴² In de praktijk bestaat te dien aanzien echter wel grote behoefte aan duidelijkheid. Het verschaffen van die duidelijkheid vergt het maken van een expliciete politieke keuze, waarvan duidelijk blijkt dient te worden gegeven in de betreffende bepalingen en de toelichting daarbij. Deze keuze kan uitvallen in beide beschreven richtingen. Toch geniet de keuze, die wat betreft de adaptatie aan klimaatverandering ruimere mogelijkheden laat, in mijn ogen de voorkeur. Ik licht dat standpunt hieronder nader toe, waarbij ik tevens een aanbeveling doe over de wijze waarop de onduidelijkheid in de praktijk kan worden weggenomen aan de hand van een tamelijk eenvoudige ingreep.

In mijn ogen zijn de beschermingsnormen hoofdzakelijk bedoeld om een optimale wettelijke waarborg te bieden in verband met de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast. Er bestaan geen aanwijzingen dat hiermee ook wordt beoogd de bevoegdheden van de watersysteembeheerders te beperken. Er kunnen vanuit dat oogpunt zwaarwegende redenen bestaan om verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen, bijvoorbeeld wanneer ernstige nadelige gevolgen van klimaatverandering in het vooruitzicht liggen. Daaraan kan echter ook om andere redenen behoefte bestaan. Denk bijvoorbeeld aan een sterke toename van geïnvesteerd vermogen in een bepaald gebied. Dat betekent niet dat de bevoegdheden van watersysteembeheerders onbegrensd zijn en dat zij geheel vrijblijvend verdergaande maatregelen mogen treffen, dan op basis van de wet van hen wordt verlangd. De begrenzing van de bevoegdheid verdergaande maatregelen te treffen, dient echter niet te worden gezocht in de beschermingsnormen zelf, maar hoofdzakelijk in de algemene bestuursrechtelijke eisen van evenredigheid en proportionaliteit. De met de maatregelen te dienen doelen dienen in verhouding te staan tot de nadelige gevolgen die dergelijke maatregelen met zich brengen. Te dien aanzien rust op beheerders een belangrijke verantwoordingsplicht: zij dienen deugdelijk te motiveren waarom de voorgenomen maatregelen onder de gegeven omstandigheden en met het oog op de uitoefening van hun beheertaak noodzakelijk en proportioneel zijn. De binnen de kaders van het waterbeheer bestaande plannen vormen bieden daartoe geschikte instrumenten.²⁴³ Een en ander sluit overigens niet uit dat voornemens tot verder strekkende maatregelen kunnen stuiten op maatschappelijke weerstand.

In de praktijk van het waterbeheer wordt de roep gehoord om verduidelijking van de strekking van de bij of krachtens de Waterwet vastgestelde beschermingsnormen. Ik betoogde dat met deze normen hoofdzakelijk een minimaal beschermingsniveau wordt vastgesteld en dat beheerders in beginsel – onder een deugdelijke motivering van de noodzaak en de proportionaliteit daarvan – bevoegd zijn verderstrekkende

242 Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 14-16.

243 Ik ga daar in paragraaf 4.4.4 nader op in.

maatregelen te treffen, althans dat de geldende normen daar niet zonder meer aan in de weg staan. Dit blijkt vooralsnog niet duidelijk en expliciet uit de betreffende bepalingen van Waterwet. De bedoelde verduidelijking kan plaatsvinden aan de hand van een tamelijk eenvoudige ingreep, namelijk door te expliciteren dat de gestelde normen het vereiste beschermingsniveau weergeven dat *ten minste* of *minimaal* dient te worden geboden. Een dergelijke aanvulling van de betreffende bepalingen verdient aanbeveling. In de toelichting op deze aanvullingen dient voorts te worden benadrukt dat deze zijn bedoeld om beheerders de ruimte te bieden om, bijvoorbeeld ter anticipatie op de te verwachten of onzekere gevolgen van klimaatverandering, een hoger niveau van bescherming te bieden, dan op basis van de normen van hen kan worden geëist. Daarbij dient tevens te worden benadrukt dat deze aanvulling geen grondslag biedt voor het in rechte afdwingen van dergelijke verdergaande maatregelen. De betrokken beheerders dragen de bevoegdheid om op zorgvuldige wijze te beoordelen en te beslissen of daaraan behoefte bestaat en *op welke wijze* in dat geval invulling zal worden gegeven aan die behoefte.

4.4.3.2. Niet concreet genormeerde zorgplichten

Ten aanzien van de zorgplichten die niet nader zijn ingekaderd aan de hand van concrete beschermingsnormen, doet de hierboven beschreven onduidelijkheid zich in mindere mate voor. Het betreft in concrete zin de op de beheerders rustende zorgplicht voor de zoetwatervoorziening en de gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer.²⁴⁴ Een en ander betekent echter niet dat de strekking van die verantwoordelijkheden voor de betrokken waterbeheerders volkomen duidelijk is. De onduidelijkheid in dat verband richt zich vooral op de vraag welke eisen de *doelmatigheid* stelt aan de invulling van dergelijke zorgplichten. Bij een gebrek aan concrete wettelijke normen kan immers niet de vraag worden gesteld in hoeverre een waterbeheerder bevoegd is verdergaande maatregelen te treffen dan op basis van dergelijke normen van hem zouden kunnen worden verwacht. De doelmatigheidseis brengt dan ook veel discretionaire ruimte voor waterbeheerders met zich ten aanzien van de concrete invulling van de betreffende zorgplichten naar tijd, plaats en plaatselijke omstandigheden. Waterbeheerders dienen zelf de grenzen van hun verantwoordelijkheden in kaart te brengen. Zij dienen met het oog daarop zorgvuldige afwegingen te maken, waarvan zij op een deugdelijke wijze verantwoording dienen af te leggen in de daartoe bedoelde planvormen. Dergelijke afwegingen kunnen ook betrekking hebben op de beperking van onzekere toekomstige klimaatrisico's. Het is echter onduidelijk in hoeverre op basis van het huidige recht op waterbeheerders reeds een juridisch afdwingbare verantwoordelijkheid rust om bij hun beleidsvorming te anticiperen op dergelijke risico's. Ik ga in paragraaf 4.4.4 nader in op die vraag. Ook op dit terrein is in elk geval een belangrijke begrenzing gelegen in de evenredigheid en proportionaliteit. De doelmatigheid vereist dus niet alleen dat de concrete invulling van de zorgplichten plaatsvindt op grond van een zorgvuldige afweging van alle relevante feiten en belangen, maar ook dat hierbij acht

²⁴⁴ Zie wat dat betreft paragraaf 4.3.4.5 en 4.3.4.6.

wordt geslagen op en verantwoording wordt afgelegd over de noodzaak en proportionaliteit van de voorgenomen maatregelen.

4.4.4. Adaptatieverplichtingen in verband met de beleidsvorming

4.4.4.1. Onduidelijkheid over de strekking van verplichtingen in het kader van de beleidsvorming

Ik stelde reeds dat waterbeheerders hun zorgplichten aan de hand van strategische en uitvoeringsgerichte beleidsvorming nadere invulling dienen te geven naar plaats, tijd en plaatselijke omstandigheden. De Waterwet bevat daartoe in hoofdstuk 4 dwingende bepalingen in de artikelen 4.1 (nationaal waterplan), 4.4 (regionale waterplannen) en 4.6 (beheerplannen). Ook de Wet milieubeheer bevat in artikel 4.22 een dwingende bepaling voor gemeenteraden om een gemeentelijk rioleringsplan vast te stellen, waarin zij onder meer nadere invulling dienen te geven aan hun gemeentelijke watertaken ex art. 3.5 en 3.6 Waterwet. De planvorming speelt een centrale rol in het Nederlandse waterbeheer. Ik besprak de wettelijke verplichtingen in dat verband reeds in algemene zin in paragraaf 4.3.4.8. In paragraaf 4.2 bleek voorts dat in de betreffende planvormen steeds vaker adaptatiebeleid is neergelegd, althans dat daarin steeds vaker overwegingen voorkomen die als zodanig kunnen worden aangemerkt. Nu rijst de vraag in hoeverre uit deze bepalingen ook een verplichting voor de betrokken waterbeheerders voortvloeit om bij hun beleidsvorming te anticiperen op de onzekere toekomstige gevolgen van klimaatverandering. In dat verband moet worden opgemerkt dat de betreffende artikelen – behoudens art. 4.1 Waterwet – geen expliciete verplichtingen daartoe bevatten. In de praktijk bestaat daardoor de nodige onduidelijkheid over de exacte strekking van de verplichtingen. Enerzijds lijkt de indruk te bestaan dat het voeren van adaptatiebeleid een zuiver vrijblijvende aangelegenheid is, die wegens de verstrekkende beleids- en beoordelingsvrijheid niet in rechte kan worden afgedwongen. Anderzijds (en enigszins haaks daarop) bestaat onduidelijkheid over de vraag in hoeverre dergelijke planvormen überhaupt proactief adaptatiebeleid mogen bevatten, nu daarvoor geen expliciete wettelijke grondslag bestaat. Beide vragen komen hieronder aan de orde. Ik doe tevens aanbevelingen om de onduidelijkheid te dien aanzien weg te nemen.

4.4.4.2. Verplichtingen op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel

De vraag is dus in hoeverre waterbeheerders in hun te onderscheiden planvormen dienen te anticiperen op onzekere en toekomstige klimaatrisico's en in hoeverre dat door derden in rechte kan worden afgedwongen. Het gaat in mijn ogen te ver om zonder meer te stellen dat dergelijke planvormen geen proactief adaptatiebeleid mogen bevatten, reeds omdat daartoe geen expliciete wettelijke grondslag bestaat. De bedoelde planvormen kunnen worden beschouwd als een nadere op het waterbeheer toegespitste uitwerking van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. De Waterwet en de Wet milieubeheer schrijven voor welke elementen dergelijke plannen 'in ieder geval' of

‘ten minste’ moeten bevatten.²⁴⁵ Het betreft dus een niet-limitatieve opsomming: naast dergelijke verplichte elementen kunnen de bedoelde plannen ook andere elementen bevatten. De tot planvorming verplichte organen zijn gehouden de genoemde elementen in hun plannen op te nemen, maar bezitten beleids- en beoordelingsvrijheid om daarin ook andere relevante zaken te regelen. Het kan ook overwegingen betreffen omtrent de onzekere en toekomstige gevolgen van klimaatverandering. Tot zover kan inderdaad de indruk bestaan dat het voeren van adaptatiebeleid een vrijblijvende aangelegenheid is. Met de aanvaarding daarvan wordt echter voorbijgegaan aan de vraag in hoeverre uit het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel verplichtingen kunnen voortvloeien om rekening te houden met onzekere klimaatrisico's. Daarnaast kan men zich nog afvragen in hoeverre de privaatrechtelijke ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm of het ongeschreven voorzorgsbeginsel dergelijke verplichtingen kunnen omvatten. In paragraaf 4.4.6 en 4.4.7 ga ik nader in op de mogelijke (aanvullende) betekenis van dergelijke ongeschreven normen.

Het in art. 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel bepaalt dat bestuursorganen bij de voorbereiding van besluiten de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen dienen te vergaren. Dergelijke gegevens dienen voorts te worden betrokken bij de aan een besluit voorafgaande belangenafweging (art. 3:4 lid 1 Awb). Op grond van de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb zijn deze algemene regels van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van bestuursorganen, tenzij de aard van die gedragingen zich daartegen verzet. Van dat laatste is in verband met de uiteenlopende planvormen in het waterbeheer geen sprake. Het is de vraag in hoeverre onzekere klimaatrisico's en de op dat terrein bestaande (wetenschappelijke) inzichten kunnen worden aangemerkt als ‘relevante feiten’, waarmee waterbeheerders bij de totstandkoming van hun beleid rekening dienen te houden. De relevantie is in mijn ogen gegeven, indien vaststaat dat de nadelige gevolgen van klimaatverandering belemmeringen kunnen vormen voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterwet op de langere termijn.²⁴⁶ Het feit dat hieromtrent nog een grote mate van onzekerheid en onduidelijkheid kan bestaan, doet daaraan niet af. Dit kan wel van invloed zijn op de wijze waarop met dergelijke gegevens moet worden omgesprongen en welk gewicht daaraan in de genoemde afweging dient te worden toegekend. Het zorgvuldigheidsbeginsel toont in verband met onzekere risico's dus als het ware twee gezichten. Het kan enerzijds als onzorgvuldig worden aangemerkt, indien waterbeheerders dergelijke risico's in hun beleid(svorming) volkomen links laten liggen. Anderzijds dienen zij er blijk van te geven dat zij daar op zorgvuldige wijze mee ompringen, hetgeen vooral betekent dat zij deugdelijk moeten motiveren of, in welke mate en op welke wijze zij menen dat daartegen tijdens de betreffende planperiode

²⁴⁵ Zie de aanhef van art. 4.1 lid 2 en 4.4 lid 2 Waterwet, en tevens die van art. 4.22 lid 2 Wm.

²⁴⁶ Het zorgvuldigheidsbeginsel dwingt er overigens ook toe dat bij concrete besluiten, indien relevant, rekening wordt gehouden met autonome ontwikkelingen, zoals die in verband met de klimaatverandering. De waterbeheerder kan, wat betreft de motivering van de rol die dergelijke ontwikkelingen bij de besluitvorming hebben gespeeld, volstaan met een verwijzing naar zijn adaptatiebeleid, zolang het besluit daarmee verenigbaar is. Zie Rechtbank Oost-Brabant 14 maart 2013, zaaknummer AWB 12/3406, LJN: BZ4677.

moet worden opgetreden. Daarbij kunnen zij uiteenlopende beleidsstrategieën volgen.²⁴⁷ Uiteraard dient de uiteindelijk te kiezen beleidsrespons te getuigen van evenredigheid en proportionaliteit, vooral wanneer deze voorbereidt op het treffen van concrete maatregelen.

Er bestaat een goede grond voor de aanname dat het zorgvuldigheidsbeginsel waterbeheerders er – ook zonder dat daartoe expliciete bepalingen zijn opgenomen in de Waterwet – toe dwingt bij hun beleidsvorming rekening te houden met onzekere risico's omtrent klimaatverandering. Zij kunnen zich daarbij goeddeels baseren op de bestaande (wetenschappelijke) inzichten. Wat dat betreft bestaat voor hen dus geen discretionaire ruimte. Dergelijke ruimte is hun wel geboden met het oog op de vraag volgens welke strategieën zij dergelijke risico's voorts zullen benaderen. Een en ander betekent dat derden in beginsel in rechte kunnen afdwingen *dat* waterbeheerders overwegingen omtrent onzekere klimaatrisico's vastleggen in hun planvormen.²⁴⁸ Dergelijke vorderingen kunnen niet worden voorgelegd aan de bestuursrechter, aangezien tegen de bedoelde planvormen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.²⁴⁹ Wel kan de rechtmatigheid van dergelijke plannen wegens strijd met de wet bij de burgerlijke rechter ter discussie worden gesteld. Deze kan een waterbeheerder op basis van art. 3:296 lid 1 BW een gebod opleggen aan zijn wettelijke plicht te voldoen. Wat betreft de *inhoud* van dergelijke plannen bestaat minder toetsingsruimte. Degene die zich niet kan vinden in de inhoud van overwegingen omtrent onzekere klimaatrisico's in een bepaald plan, dient aannemelijk te maken dat de betreffende elementen van het plan in strijd zijn met het recht. De rechter kan een waterbeheerder geen inhoudelijke aanwijzingen geven omtrent de ten aanzien van onzekere klimaatrisico's te nemen beleidsbeslissingen, indien deze niet in strijd zijn met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel. Indien wel sprake is van strijd met het recht, dan kan de rechter de waterbeheerder slechts gebiedten een nieuw plan vast te stellen met inachtneming van de relevante rechtsregels.

4.4.4.3. Aanbevelingen ter wettelijke explicitering van de adaptatieverplichtingen in verband met de beleidsvorming

Uit bovenstaande volgt dat reeds uit het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel voortvloeit dat waterbeheerders bij hun beleidsvorming rekening moeten houden met onzekere klimaatrisico's. Dit kan worden beschouwd als een algemene verplichting adaptatiebeleid tot stand te brengen. Daartoe is op zich geen expliciete verplichting nodig in de Waterwet en de Wet milieubeheer. Toch kan de explicitering hiervan in de betreffende bepalingen van die wetten wel van toegevoegde waarde zijn. Hiermee

247 De in paragraaf 4.4.7 nader uit te werken voorzorgsbenadering kan daarbij een geschikt uitgangspunt vormen.

248 Zie ook Gilissen & Schueler 2012, p. 156-157.

249 Zie Groothuijse 2009, p. 119-121. Aangezien beheerplannen en rioleringsplannen (in tegenstelling tot waterplannen) niet voorkomen op de negatieve lijst als bedoeld in art. 8:5 lid 1 Awb, kan niet worden uitgesloten dat daarin bij hoge uitzondering appellabele elementen voorkomen. Zie in dat verband bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2007, AB 2007, 124 m.nt. Van Hall.

kan niet alleen een einde worden gemaakt aan de hierboven beschreven onduidelijkheid ten aanzien van de strekking van de juridische verantwoordelijkheden in het waterbeheer. Deze explicitering biedt tevens de nodige rechtszekerheid en voorts de mogelijkheid tot nadere uitwerking en invulling van deze algemene en abstracte verplichting, zodat deze beter kan worden ingepast binnen de kaders van het huidige Nederlandse waterbeheer. Mede daarom verdient de wettelijke explicitering van deze verplichting aanbeveling. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met het eerder gemaakte onderscheid tussen strategische en uitvoeringsgerichte planvormen, omdat deze planvormen verschillen naar aard en juridische status. Het verdient overigens nog opmerking dat de wettelijke explicitering van deze plicht met de inwerkingtreding van de Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening²⁵⁰ feitelijk reeds heeft plaatsgevonden in verband met het nationale waterplan. Dat plan dient vanaf de volgende herziening daarvan in 2015 immers een visie te bevatten 'op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen en waterschaarste, voor een periode van ten minste veertig jaren mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen'.²⁵¹

Art. 4.4 lid 2 Waterwet bepaalt welke elementen regionale waterplannen in ieder geval moeten bevatten. Het verdient aanbeveling dit lid aan te vullen met een vijfde onderdeel, waarin de hierboven besproken verantwoordelijkheid wordt geëxpliciteerd. Daarbij kan in mijn ogen het best aansluiting worden gezocht bij de eerdere aanvulling van de Waterwet met de Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening.²⁵² Zodoende kan art. 4.4. lid 2 sub e Waterwet komen te luiden: 'e. een visie op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, voor een periode van ten minste veertig jaren, mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen'.²⁵³ Uit deze bepaling vloeit in de eerste plaats voort *dat* provinciale staten adaptatiebeleid tot stand moeten brengen. Daarenboven blijkt aan welke eisen dit beleid in elk geval moet voldoen. Het moet ten minste veertig jaren vooruitkijken en dus zijn gebaseerd op de huidige (wetenschappelijke) inzichten omtrent de gevolgen die de klimaatverandering op die termijn naar verwachting met zich zal brengen. Voorts dient het zich – in tegenstelling tot het nationale waterplan – ook te richten op de voorkoming of beperking van wateroverlast, zowel vanuit het regionale oppervlaktewatersysteem, als door afvloeiend hemelwater en overtollig grondwater. Met de term 'visie op de gewenste

250 Zie Stb. 2011, 604; Wet van 1 december 2011 tot wijziging van de Waterwet en de Wet Infrastructuurfonds in verband met de bescherming tegen overstromingen en de zorg voor de zoetwatervoorziening in relatie tot de verwachte klimaatveranderingen (Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening). Zie tevens Kamerstukken II 2009/10, 32 304, nrs. 2 en 3.

251 Zie art. 4.1 lid 2 sub d Waterwet. Zie tevens art. IV lid 1 Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening.

252 Daarmee geldt deze bepaling als wettelijke waarborg dat er in de regionale strategische beleidsvorming ook voor de langere termijn aandacht blijft bestaan voor ontwikkelingen die op die langere termijn belemmeringen kunnen vormen voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterwet op regionaal niveau. Vgl. Kamerstukken II 2009/10, 32 304, nr. 3, p. 20.

253 De reikwijdte van deze bepaling kan overigens worden uitgebreid met 'de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen'. De verwezenlijking van deze doelstellingen kan op de langere termijn immers ook worden belemmerd door de nadelige gevolgen van klimaatverandering.

ontwikkelingen' wordt uitdrukking gegeven aan de zekere mate van terughoudendheid die op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel ten aanzien van de onzekere klimaatrisico's dient te worden betracht. De inzichten daaromtrent kunnen in de loop der tijd veranderen, hetgeen ook een verandering van de visie op de gewenste ontwikkelingen kan betekenen. De klimaatverandering vergt immers niet in alle gevallen dat onverwijd maatregelen worden getroffen. Indien provinciale staten het wel nodig achten dat in verband met bepaalde klimaatrisico's op korte termijn adaptatiemaatregelen worden getroffen, dienen zij dat uiteraard in hun plannen op te nemen en te voorzien van een deugdelijke motivering. Dat kan in een apart planonderdeel, maar ook in de reeds verplichte 'uiteenzetting van maatregelen en voorzieningen' als bedoeld in art. 4.4 lid 2 sub c Waterwet.²⁵⁴

Ook in het uitvoeringsgerichte beleid van waterbeheerders dient op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel rekening te worden gehouden met onzekere klimaatrisico's. Dat betekent niet dat hierin zonder meer maatregelen moet worden uitgewerkt om dergelijke risico's weg te nemen of te beperken. Wel bieden de beheer- en rioleringsplannen op grond van de Waterwet en de Wet milieubeheer (in samenhang met de strategische planvormen) een geschikte basis voor de zorgvuldige ontwikkeling en tenuitvoerlegging van uitvoeringsgerichte adaptatiestrategieën binnen de kaders van het Nederlandse waterbeheer. In dergelijke plannen kan immers niet alleen een basis worden gelegd voor de op korte termijn te treffen noodzakelijke adaptatiemaatregelen. Zij kunnen tevens een doorkijk bevatten naar de volgende generaties beheer- en rioleringsplannen en zodoende anticiperen op toekomstige noodzakelijkerwijs te treffen adaptatiemaatregelen. Ten slotte kunnen zij overwegingen bevatten over de mate waarin de andere in het betreffende plan beschreven maatregelen en voorzieningen bijdragen aan of juist een belemmering kunnen vormen voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterwet op de korte en vooral langere termijn. Beheerplannen en rioleringsplannen leggen een belangrijke brug tussen het strategische water- en adaptatiebeleid en de uitvoeringspraktijk van het waterbeheer. Met het oog op hun beperkte geldingsduur bieden zij bovendien de nodige flexibiliteit en de mogelijkheid van periodieke (politieke) heroverweging. Bij het doen van aanbevelingen dient bovenstaande in overweging te worden genomen en dient tevens aansluiting te worden gezocht bij de eerder gedane aanbevelingen in verband met het strategische waterbeleid.

Het verdient, met het oog op bovenstaande, aanbeveling om art. 4.6 lid 2 Waterwet aan te vullen met een vijfde onderdeel, dat luidt: 'e. een uiteenzetting van de mate waarin en de wijze waarop in het beheer rekening wordt gehouden met de verwachte klimaatveranderingen, waaronder ten minste een uiteenzetting van de mate waarin de maatregelen en voorzieningen in het onder a bedoelde programma bijdragen aan, dan wel belemmeringen vormen voor de in artikel 4.1, tweede lid, onder d, onderscheidenlijk artikel 4.4, tweede lid, onder e, bedoelde gewenste ontwikkelingen.' Het verdient

²⁵⁴ In dat laatste geval dient onderdeel c wel te worden aangepast. Dit dient dan als volgt komen te luiden: 'c. een uiteenzetting van de maatregelen en voorzieningen die nodig zijn met het oog op de onder b bedoelde ontwikkeling, werking en bescherming, dan wel de onder e bedoelde gewenste ontwikkelingen.'

in diezelfde lijn van denken voorts aanbeveling aan art. 4.22 lid 2 Wm een zesde onderdeel toe te voegen, dat luidt: 'f. een uiteenzetting van de mate waarin en de wijze waarop tijdens de door het plan bestreken periode rekening wordt gehouden met de verwachte klimaatveranderingen, waaronder ten minste een uiteenzetting van de mate waarin daarmee rekening is gehouden bij de totstandkoming van het onder b bedoelde overzicht.' Deze aanbevelingen vormen het sluitstuk van een reeks aanbevelingen die ik hierboven deed ter explicitering en verduidelijking van de op waterbeheerders rustende verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Deze aanbeveling geeft voorts uitdrukking aan de in paragraaf 4.4.7 nader te bespreken voorzorgsbenadering en dient dus vooral in dat licht te worden begrepen.

4.4.4.4. Afbakening van de zorgplichten van waterbeheerders ten opzichte van de eigen verantwoordelijkheid van particulieren

De invulling van de zorgplichten aan de hand van concrete normen en in de verschillende planvormen betekent tevens een juridische afbakening daarvan ten opzichte van de eigen verantwoordelijkheden van particulieren. Over de exacte verdeling van verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering tussen waterbeheerders en particulieren bestaat in de praktijk nog onduidelijkheid.²⁵⁵ Daarbij dient te worden bedacht dat de feitelijke verdeling van verantwoordelijkheden in sterke mate afhankelijk kan zijn van het heersende politieke klimaat. Hoewel in de bedoelde planvormen geen burgers bindende bepalingen kunnen worden opgenomen, kan daaruit wel worden afgeleid hoe ver de zorgplichten van de betrokken waterbeheerders strekken en welke (soorten) maatregelen in beginsel van hen mogen worden verwacht. Waar de zorgplicht van waterbeheerders eindigt, begint de eigen verantwoordelijkheid van particulieren. Door in hun beleid de grenzen van hun zorgplichten duidelijk in kaart te brengen, kunnen betrokken waterbeheerders dus een sterk signaal afgeven van wat in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering van particulieren zelf wordt verwacht. Waterbeheerders kunnen in hun plannen zelfs aanbevelingen doen over of voorbeelden geven van door particulieren zelf te treffen maatregelen.²⁵⁶ Zodoende wordt tevens een duidelijk signaal afgegeven dat op waterbeheerders ontegenzeggelijk bepaalde verplichtingen rusten, maar dat het uiteindelijke succes van de adaptatie óók afhangt van de houding die particulieren zelf aannemen ten aanzien van onzekere klimaatrisico's. Het verdient dus aanbeveling de informatieve functie van planvormen te benutten om particulieren bewust te maken van hun eigen verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.²⁵⁷ Deze zullen over het algemeen minder ver strekken in verband met de zorg voor de

255 Zie Hamer e.a. 2013 en Driessen & Van Rijswijk 2011, p. 572-576.

256 Een goed voorbeeld vormt de reeds in verschillende planvormen voorkomende aanbeveling om regentonnen te plaatsen of anderszins water vast te houden op particuliere terreinen, teneinde in perioden van droogte zelf te kunnen voorzien in een deel van de waterbehoefte en schade dus te kunnen voorkomen of beperken.

257 Deze aanbeveling is reeds eerder gedaan in het kader van de gemeentelijke rioleringsplannen. Zie Heger 2009, p. 24; Groothuijse 2009, p. 167; en Jong 2006, p. 322.

waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast vanuit het oppervlaktewater. Daar zijn de grenzen van de zorgplicht ook duidelijk in kaart gebracht in de vorm van concrete beschermingsnormen. In verband met het voorkomen en beperken van de nadelige gevolgen van afvloeiend hemelwater, overtollig grondwater en waterschaarste dragen particulieren echter verder strekkende eigen verantwoordelijkheden, waarop zij dienen te worden gewezen.

4.4.5. Aanvulling of verduidelijking door middel van algemene regels op grond van art. 3.11 Waterwet

In paragraaf 4.3.4.7 besprak ik enkele bevoegdheden in het kader van het toezicht door enig hoger gezag in het Nederlandse waterbeheer. Ik besprak daar kort de bevoegdheid van provinciale staten en de ministerraad om op grond van art. 3.11 lid 1 respectievelijk lid 2 Waterwet algemene regels te stellen over onder meer de inhoud van in het kader van het waterbeheer vast te stellen plannen, besluiten of waterakkoorden. Het kan in verband met de hierboven gedane aanbevelingen van belang zijn te wijzen op de mogelijkheid dat dergelijke regels ook de anticipatie op onzekere klimaatrisico's kunnen adresseren. Hiermee kan nadere invulling worden gegeven aan hetgeen op basis van de zorgvuldigheid van waterbeheerders wordt verlangd met het oog op de totstandkoming en inhoud van hun adaptatiebeleid. Hierdoor kan veel onduidelijkheid omtrent de strekking van die verantwoordelijkheden worden weggenomen. Zo kan bijvoorbeeld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, dan wel provinciale verordening worden bepaald dat de provinciale waterplannen dan wel de uitvoeringsgerichte plannen van waterbeheerders overwegingen omtrent de anticipatie op onzekere klimaatrisico's dienen te bevatten.²⁵⁸ Die bepalingen kunnen daarenboven worden aangevuld met uiteenlopende bepalingen van meer inhoudelijke aard. In dat geval valt te denken aan bepalingen over de bij de analyse van concrete risico's te hanteren klimaatscenario's en andere relevante (wetenschappelijke) bronnen, bepalingen over de wijze van analyse, berekening of inschatting van concrete risico's, en bepalingen over de wijze waarop de daaruit voortvloeiende relevante gegevens dienen te worden gepresenteerd en verwerkt. Het verdient aanbeveling dergelijke verduidelijkende algemene regels vast te stellen. Dat kan immers bijdragen aan de uniformiteit van adaptatiebeleid en het gelijk trekken van ambitieniveaus tussen waterbeheerders. Daarnaast kan aan de hand hiervan aan waterbeheerders meer duidelijkheid worden geboden over de strekking van hun verantwoordelijkheden en de wijze waarop zij bij hun beleidsvorming dienen te anticiperen op onzekere klimaatrisico's. Daarnaast bieden dergelijke regels ook de burgerlijke rechter een duidelijker toetsingskader bij de beoordeling van adaptatiebeleid. De naleving van dergelijke algemene regels kan door derden in rechte worden afgedwongen. Het is echter niet mogelijk het vaststellen van dergelijke regels

²⁵⁸ Daartoe kan bijvoorbeeld ruimte worden gecreëerd in nieuw in te voegen artikelen (bijvoorbeeld art. 4.12a respectievelijk art. 4.16a) in het Waterbesluit. Deze bepalingen kunnen nadere regeling van de materie bij of krachtens provinciale verordening voorschrijven.

in rechte af te dwingen.²⁵⁹ Algemene regels bieden overigens ook goede mogelijkheden voor een uniforme (kaderstellende) uitwerking van adaptatiestrategieën, zoals die van de meerlaagse veiligheid.

4.4.6. Aanvullende adaptatieverplichtingen op grond van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm?

4.4.6.1. Relevante vragen in verband met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

Hierboven ben ik ingegaan op de verplichtingen die op basis van geschreven algemene en bijzondere bestuursrechtelijke rechtsregels bestaan in verband met de anticipatie op onzekere klimaatrisico's in het Nederlandse waterbeheer. Ik deed aanbevelingen tot de explicitering van deze verplichtingen in enkele relevante bepalingen van de Waterwet en de Wet milieubeheer. Het is de vraag in hoeverre te dien aanzien ook uit het ongeschreven recht zelfstandige en wellicht aanvullende of verderstreckende verplichtingen kunnen voortvloeien. Een bijkomende vraag is waartoe dergelijke verplichtingen in dat geval strekken en of het in dat geval wellicht aanbeveling verdient ook deze te expliciteren in de relevante wet- en regelgeving. Ik beperk me wat betreft (de mogelijke aanvullende werking van) het ongeschreven recht tot de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (deze paragraaf) en het voorzorgsbeginsel (paragraaf 4.4.7). De bespreking hiervan is relevant, omdat de toegang tot de bestuursrechter in algemene zin en dus ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering is beperkt tot klachten over appellabele besluiten. De adaptatie aan klimaatverandering omvat echter meer dan enkel de totstandkoming van appellabele besluiten, zodat derden met klachten in dat verband vaak zullen zijn aangewezen op de burgerlijke rechter. Denk bijvoorbeeld aan klachten over feitelijke handelingen en niet in de laatste plaats aan klachten over beleid en beleidsvorming. Derden kunnen hun klachten en vorderingen jegens de overheid enerzijds baseren op geschreven bestuursrechtelijke rechtsregels, maar het valt allerm minst uit te sluiten dat zij zich tevens willen beroepen op de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm of andere privaatrechtelijk getinte normen.²⁶⁰ In dat geval dient de burgerlijke rechter zijn oordeel in het kader daarvan vorm te geven.

In het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kan men met het oog op de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm twee soorten vorderingen verwachten. Dat zijn in de eerste plaats vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van deze norm. Dergelijke vorderingen staan centraal in paragraaf 6.3.4. Daarnaast kunnen derden de maatschappelijke zorgvuldigheid inroepen om bepaalde gedragingen af te dwingen. Ik ga ervan uit dat dergelijke vorderingen zijn gebaseerd op art. 3:296 lid 1 BW. Het kunnen vorderingen betreffen tot het treffen van feitelijke adaptatiemaatregelen, maar ook vorderingen in verband met de anticipatie op onzekere klimaatrisico's

²⁵⁹ Zie de reeds genoemde arresten HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*) en vooral HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*). Zie tevens Schutgens 2009, p. 240-246.

²⁶⁰ De ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is nadrukkelijk ook van toepassing op overheidsgedragingen. Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 24-27. Zie tevens HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (*Heesch/Reijs*).

in bepaalde planvormen. In het eerste geval betreft het de vraag in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm waterbeheerders verplichtingen oplegt om aan de hand van feitelijke maatregelen op te treden tegen onzekere klimaatrisico's. Het gaat dan om de concrete invulling van de zorgplichten in het waterbeheer aan de hand van deze ongeschreven norm. Stelt die norm in verband met de onzekerheid in dat opzicht andere of wellicht verdergaande eisen aan de gedragingen van waterbeheerders, dan het eerder besproken bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel? In het andere geval betreft het de vraag in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm waterbeheerders ertoe verplicht bij hun beleidsvorming rekening te houden met onzekere klimaatrisico's, en bovenal in hoeverre deze mogelijke verplichting daaraan verdergaande inhoudelijke eisen stelt ten opzichte van de bestuursrechtelijke component van zorgvuldigheid. Over het algemeen betreft het dus de vraag of op basis van het privaatrecht meer of andere zorgvuldigheid wordt geëist dan op basis van het publiekrecht.

4.4.6.2. De zelfstandige betekenis van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

Het is ook in verband met de (zelfstandige) normatieve betekenis van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van belang onderscheid te maken tussen de concreet genormeerde zorgplichten en de zorgplichten die nadere invulling krijgen op basis van de doelmatigheid.²⁶¹ Ik betoog hieronder dat het ongeschreven recht alleen in verband met de eerste categorie zorgplichten een zelfstandige aanvullende normatieve betekenis kan hebben; in verband met de tweede categorie zorgplichten speelt het ongeschreven recht daarentegen een belangrijke invullende rol.

Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de burgerlijke rechter zal oordelen dat een beheerder – enkel omdat sprake is van een onzeker risico – op grond van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm verdergaande beschermingsmaatregelen moet treffen, dan op basis van een concrete wettelijke beschermingsnorm van hem kan worden geëist. Dit kan slechts uitzondering leiden, indien het boven alle redelijke twijfel is verheven dat de huidige beschermingsnormen zijn verouderd.²⁶² De rechter kan in dat – met nadruk zeer uitzonderlijke – geval bepalen dat naast de geldende (maar niet meer actuele) wettelijke beschermingsnorm op basis van het ongeschreven recht een strengere beschermingsnorm geldt. In dat geval kunnen ingevolge art. 6:296 lid 1 BW op basis van het ongeschreven recht in beginsel verderstrekkende beschermingsmaatregelen worden afgedwongen. Men dient niet te gauw aan te nemen dat wettelijke beschermingsnormen verouderd zijn. Zolang daartoe geen aanleiding bestaat, dient de burgerlijke rechter de gelding van dergelijke normen in mijn ogen voorop te stellen en op grond daarvan te toetsen of de betrokken beheerder in gebreke is gebleven. Bij de vraag of daarnaast, bijvoorbeeld wegens het bestaan van onzekere risico's, nog verdergaande beschermingsmaatregelen moeten worden getroffen, dient hij te wijzen op de beleids- en beoordelingsvrijheid van de beheerder. Zolang het feitelijke

²⁶¹ Zie voor dat onderscheid reeds paragraaf 4.3.4 en tevens paragraaf 4.4.3.

²⁶² Zie Van Dam 2000, 225-226.

beschermingsniveau niet beneden de geldende norm zakt, bestaat er geen mogelijkheid voor derden om verderstreckende beschermingsmaatregelen van beheerders af te dwingen.

Het is niet uitgesloten dat zich, ondanks dat een beheerder het vereiste wettelijke beschermingsniveau heeft bereikt, in een concreet geval toch een gevaarlijke situatie of een anderszins concrete schadedreiging voordoet. Het is in dat verband de vraag of de betrokken beheerder op basis van zijn wettelijke zorgplicht reeds op voorhand in rechte kan worden gedwongen door middel van concrete veiligheidsverhogende maatregelen te anticiperen op dergelijke (nood)situaties. Dat verdraagt zich – in lijn met bovenstaande – in mijn ogen niet goed met de concreet genormeerde wettelijke zorgplichten, omdat beheerders er redelijkerwijs van mogen uitgaan dat zij hun zorgplichten naar behoren ten uitvoer hebben gelegd en dus niet langer kunnen worden aangesproken op het treffen van verderstreckende beschermingsmaatregelen, indien het vereiste wettelijke veiligheidsniveau is bereikt. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan in dergelijke concrete (nood)gevallen nog wel een aanvullende werking hebben. Op basis van die norm kan van waterbeheerders in mijn ogen immers worden verlangd dat zij, zolang het wettelijke vereiste beschermingsniveau is bereikt, niet zonder meer berusten in concrete schadedreigingen met een beroep op het feit dat zij zich voldoende hebben ingespannen. In concrete gevallen van schadedreiging dienen zij dus te onderzoeken op welke wijze de schade alsnog kan worden voorkomen of beperkt. Voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is, dienen zij dergelijke maatregelen ook onverwijld te treffen.²⁶³

Een en ander ligt anders in verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten. In verband daarmee speelt de zorgvuldigheidsnorm niet zozeer een *aanvullende* rol, maar zoals gezegd hoofdzakelijk een *invullende*.²⁶⁴ De wetgever heeft met het opnemen van deze zorgplichten in de Waterwet immers slechts een juridische verantwoordelijkheid bij de waterbeheerder gelegd, maar de grenzen van die verantwoordelijkheid moeten binnen de kaders van de zorgvuldigheid en de proportionaliteit door de waterbeheerder zelf worden bepaald. Dit betekent dat de rechter de betrokken waterbeheerder hoogstens kan verplichten passende maatregelen te treffen, indien de laatstgenoemde in het geheel geen gehoor geeft aan zijn zorgplicht. Nu kan het voorkomen dat een derde zich niet kan vinden in de door een waterbeheerder genomen beleidsbeslissingen ten aanzien van de grenzen van zijn zorgplicht, omdat deze te weinig rekening heeft gehouden met de onzekere gevolgen van klimaatverandering. Hij kan in dat geval betogen dat de beheerder door onvoldoende zorg te betrachten, handelt in strijd met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De rechter dient in dat geval de grenzen van de zorgvuldigheid in kaart te brengen. Daarbij kunnen criteria worden ontleend aan de gevaarzettingsleer die werd ontwikkeld in het welbekende *Kelderluik*-arrest.²⁶⁵ Dat gebeurde bijvoorbeeld reeds in 1981 in het

²⁶³ Zie met het oog de aanvullende werking van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ook paragraaf 6.3.4.2.

²⁶⁴ Zie met het oog op de invullende werking van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ook paragraaf 6.3.3.4.

²⁶⁵ Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*).

Bargerbeek-arrest,²⁶⁶ dat in geval van het ontbreken van beschermingsnormen gaandeweg het toonaangevende arrest lijkt te zijn geworden met betrekking tot de invulling van zorgplichten in verband met de bescherming tegen wateroverlast.²⁶⁷ Ook in verband met de invulling van gemeentelijke zorgplichten volgt de burgerlijke rechter een vergelijkbare lijn.²⁶⁸ De Hoge Raad wijst in verband met de genoemde zorgplichten echter steeds op de ruime mate van beleidsvrijheid die beheerders toekomt bij de invulling van hun niet concreet genormeerde wettelijke taken. Wat betreft de zorgplicht van beheerders voor de zoetwatervoorziening zijn mij voornamelijk geen rechterlijke uitspraken bekend. Ook te dien aanzien bezitten de betrokken beheerders echter ontegenzeggelijk een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid.²⁶⁹

4.4.6.3. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en verplichtingen in het kader van de beleidsvorming

Rest nog de vraag in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm bijzondere en aanvullende verantwoordelijkheden voor waterbeheerders met zich brengt ten aanzien van de anticipatie op onzekere klimaatrisico's in het kader van de beleidsvorming. Net als in paragraaf 4.4.4 betreft het in concreto de vraag in hoeverre het in strijd is met deze zorgvuldigheidsnorm, indien waterbeheerders de onzekere klimaatrisico's en de (wetenschappelijke) inzichten daaromtrent bij hun beleidsvorming zonder meer naast zich neerleggen. Van groter belang is echter de vraag in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm verdergaande inhoudelijke eisen stelt aan de anticipatie op dergelijke risico's in de te onderscheiden planvormen.

Is het in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, indien een waterbeheerder bij de totstandkoming van zijn beleid géén acht slaat op onzekere klimaatrisico's, terwijl dergelijke risico's niet objectief onkenbaar zijn en daaromtrent reeds de nodige al dan niet wetenschappelijke inzichten bestaan? Hoewel deze norm als ongeschreven rechtsregel niet expliciet eist dat de beslissingen omtrent te verrichten gedragingen moeten berusten op een welbewuste afweging van de relevante feiten en de daaromtrent beschikbare informatie, kan niet worden ontkend dat deze norm een dergelijke strekking heeft. Juist wanneer betrekkelijk veel ruimte en tijd bestaat om kennis en informatie te vergaren omtrent relevante feiten, en deze voorts te betrekken in een afweging, kunnen met het oog op de invulling van die norm hoge eisen worden gesteld. De hoogst mogelijke eis lijkt wat dat betreft dat kennis en informatie omtrent alle relevante feiten worden vergaard, om deze voorts te betrekken in een welbewuste

²⁶⁶ Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1981, 332 m.nt. CJHB, AB 1982, 49 m.nt. J.G. Steenbeek (*Bargerbeek/Juurlink*).
²⁶⁷ Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB; HR 19 november 1999, AB 2002, 20 m.nt. ThGD; en HR 9 november 2001, AB 2002, 21 m.nt. ThGD. Zie ook Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 304-305.

²⁶⁸ Zie Vz. Rechtbank Middelburg 10 juni 2009, nr. 67489/KG ZA 09-77, LJN BI7438 en Rechtbank Dordrecht 22 juli 2009, nr. 67634/HA ZA 06-2782, LJN BJ 3034. Zie ook Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 306-307.

²⁶⁹ Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 261-266.

afweging, en dat bovendien op een heldere wijze verantwoording wordt afgelegd over de op basis daarvan genomen beslissingen.

Aangezien waterbeheerders betrekkelijk veel tijd is geboden om hun plannen tot stand te brengen, kan aan hen een dergelijke hoge eis in redelijkheid worden gesteld. Het verbaast dan ook niet dat dergelijke eisen in de vorm van algemene beginselen ten grondslag liggen aan het Nederlandse bestuursrecht, het waterrecht in het bijzonder. Het samenstel van dergelijke beginselen lijkt dan ook in grote lijnen samen te vallen met de eisen die op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm aan de gedragingen van waterbeheerders kunnen worden gesteld, vooral wanneer het hun beleidsvorming betreft. Het zonder meer passeren van relevante feiten is dus niet alleen in strijd met hetgeen vanuit bestuursrechtelijk oogpunt zorgvuldig wordt geacht, maar is ook strijdig met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Er bestaat geen aanleiding om te menen dat klimaatrisico's relevantie voor het Nederlandse waterbeheer ontberen, ook niet wanneer zij nog zijn omgeven met een grote mate van onzekerheid. Het kan wel verduidelijkend werken, wanneer dit wordt geëxpliciteerd in bijzondere wetgeving, in dit geval de Waterwet en de Wet milieubeheer. Ik verwijs in dat verband naar de aanbevelingen die ik deed in paragraaf 4.4.4.

Er kan nog wel onduidelijkheid bestaan over de vraag wanneer onder welke omstandigheden voldoende kennis en informatie is vergaard, wanneer deze gegevens op een rechtens juiste manier tegen elkaar zijn afgewogen, en wanneer daaromtrent in voldoende mate verantwoording is afgelegd. Dat zijn geen typische vragen die alleen in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm aan de orde kunnen komen. Deze kunnen evengoed worden gesteld in verband met de bedoelde bestuursrechtelijke beginselen. Dergelijke vragen kunnen ook niet in algemene zin worden beantwoord, omdat de omstandigheden van het concrete geval daarbij een belangrijke rol spelen. Ik besprak in paragraaf 4.4.5 de mogelijkheden van de wetgever en lagere regelgevende instanties om nadere invulling te geven aan dergelijke algemene eisen in verband met de anticipatie op onzekere klimaatrisico's. Ook de burgerlijke rechter kan bij die nadere invulling een rol spelen. Deze dient de beleids- en beoordelingsvrijheid van waterbeheerders te respecteren, maar kan wel bepalen welke eisen de maatschappelijke zorgvuldigheid, dan wel de algemene bestuursrechtelijke rechtsbeginselen onder de gegeven omstandigheden aan een waterbeheerder stellen of hebben gesteld. Hoewel de strekking daarvan in verband met onzekere klimaatrisico's nog vaag is en nadere invulling behoeft, bestaan er geen directe aanwijzingen dat de percepties van maatschappelijke en bestuursrechtelijke zorgvuldigheid sterk uiteen zullen lopen.

Bij de invulling daarvan dient de burgerlijke rechter zich overigens terughoudend en lijdzaam op te stellen: hij kan niet uit eigen beweging allerlei regels gaan bedenken over wat wel en niet zorgvuldig is. Zo kan hij bijvoorbeeld niet bepalen dat een waterbeheerder pas zorgvuldig te werk gaat, indien deze zich bij zijn beleidsvorming baseert op de verwachtingen omtrent de gevolgen van klimaatverandering die minimaal vijftig jaar in de toekomst liggen. Hij kan desgevraagd wel bevestigen of ontkennen dat het niet onzorgvuldig is, wanneer een waterbeheerder een dergelijke planhorizon hanteert. Ook kan hij bijvoorbeeld bevestigen of ontkennen dat een waterbeheerder bij zijn beleidsvorming redelijkerwijs kan volstaan met zich te baseren op de door het

KNMI opgestelde klimaatscenario's. Zodoende vormt hij recht; zodoende brengt hij kleur in de grijze vlek van algemene en abstracte projecties van zorgvuldigheid en al wat daarmee verband houdt. Het is wel noodzakelijk dat hem in dat opzicht de juiste en voldoende concrete vragen omtrent de strekking van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm worden voorgelegd. Er hangt in dat verband veel af van de mondigheid en expertise van derden, de beschikbaarheid en 'hardheid' van doeltreffende (tegen) argumenten, en hun bereidheid te procederen tegen de betreffende planvormen. Dat kan niet worden gegarandeerd en het is tevens de vraag of het aanbeveling verdient om de procesdrift in dit opzicht aan te wakkeren.

Het valt overigens ook niet te verwachten dat op grote schaal tegen dergelijke planvormen zal worden geprocedeerd. De bereidheid daartoe lijkt gering. Dat beperkt de mogelijkheden tot rechtsvorming door de burgerlijke rechter, terwijl die mogelijkheden bovendien beperkt zijn door de beleidsvrijheid van waterbeheerders. Daarnaast dient te worden bedacht dat procedures betrekkelijk veel tijd in beslag kunnen nemen en dat het dus lang kan duren, voordat relevante rechtsvormende uitspraken zullen worden gedaan, terwijl een vergelijkbaar doel kan worden bereikt aan de hand van nadere regelgeving op grond van (bijvoorbeeld) art. 3.11 Waterwet.²⁷⁰ Het geniet daarom niet de voorkeur dat men zich, wat betreft de nadere invulling van wat in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering als zorgvuldig moet worden beschouwd, enkel verlaat op de rechtsvormende taak van de burgerlijke rechter. Hoewel het belang daarvan niet kan worden ontkend, dient deze taak in mijn ogen nadrukkelijk als *aanvullend* te worden beschouwd. Het geniet wat mij betreft dan ook de voorkeur dat de daartoe bevoegde wet- en regelgevende instanties op korte termijn gebruikmaken van hun bevoegdheden om nadere regels te stellen over de vorm, inhoud en wijze van totstandkoming van adaptatiebeleid binnen de kaders van de verschillende planvormen in het waterbeheer. Ik verwijs wat dat betreft naar hetgeen ik daaromtrent stelde in paragraaf 4.4.5. Aan nadere aanbevelingen met het oog op de maatschappelijke zorgvuldigheid bestaat mijns inziens geen behoefte.

4.4.7. Het voorzorgsbeginsel: naar een voorzorgsbenadering in het Nederlandse waterbeheer

In de wetenschappelijke discussie bestaat geen helder en eenduidig beeld over de rol en betekenis van het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse recht. In 2008 maakte de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) een 'nieuwe' visie op voorzorg wereldkundig.²⁷¹ Het WRR-rapport gaf de genoemde discussie een deels nieuwe impuls en tevens enige richting.²⁷² Volgens de WRR strekt het voorzorgsbeginsel ertoe

270 Driessen en Van Rijswijk benadrukten reeds in algemene zin dat op korte termijn behoefte bestaat aan duidelijkheid omtrent de strekking van overheidsverantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, mede ten opzichte van de eigen verantwoordelijkheden van particulieren. Zie Driessen & Van Rijswijk 2011, p. 563 en p. 572-580.

271 Zie WRR 2008.

272 Zie voor (een overzicht van) recente bijdragen aan deze discussie Brans & Winterink 2012; Braams, Van Rijn & Scheltema 2010; Franken 2010; Franken 2008; Spier 2008; Trouwborst 2007; en Van Dijk 2007.

(1) dat actief onderzoek dient te worden verricht naar het vertalen van onzekerheden in bespreekbare en zo mogelijk berekenbare risico's; (2) dat monitoring op langere termijn van milieu- en gezondheidseffecten plaatsvindt en dat op specifieke terreinen voorzieningen worden ingericht voor het vroegtijdig waarschuwen voor mogelijke schadelijke effecten; (3) dat risico's vanuit een grote diversiteit van gezichtspunten worden bestudeerd en beoordeeld; (4) dat eisen worden gesteld aan toezicht en de onafhankelijkheid van regulerende organen; (5) dat een bredere beoordeling van technologieën plaatsvindt, waarbij ook naar alternatieven wordt gekeken; (6) dat expliciet wordt gezocht naar middelen om de kwetsbaarheid van systemen te verminderen en de veerkracht te bevorderen, wat onder meer kan leiden tot ruimere veiligheidsmarges; en (7) dat het gebruik van nieuwe technologieën wegens de onzekerheden kan worden vergroot.²⁷³

De kern van deze interpretatie is dat degenen die een mogelijk risicovolle gedraging aan de dag willen leggen, actief op zoek moeten gaan naar met die gedraging samenhangende onzekere risico's, en tevens naar manieren om daar bewust en verantwoord mee om te gaan. Het voorzorgsbeginsel in de visie van de WRR dwingt tot proactiviteit ten aanzien van onzekere risico's op het terrein van de fysieke veiligheid. In juridisch opzicht lijkt deze benadering te betekenen, dat men zich na de verwezenlijking van een risico niet zonder meer kan verschuilen achter de onbekendheid met en (wetenschappelijke) onzekerheid omtrent dat risico. Slechts wanneer overtuigend komt vast te staan dat een risico zich, ondanks uitvoerig onderzoek op basis van uiteenlopende bronnen, toch heeft verwezenlijkt, kan plaats zijn voor een rechtvaardig beroep op overmacht.²⁷⁴ Men is dus slechts gevrijwaard van eventuele aansprakelijkheid, indien men heeft voldaan aan de onderzoeksplicht die voortvloeit uit het voorzorgsbeginsel. De WRR proclameert de introductie van een algemene rechtsregel, waaraan in het kader van onzekere risico's kan worden getoetst. Ik kan me in principe goed vinden in een dergelijke onderzoeksverplichting als juridisch afdwingbaar element van het voorzorgsbeginsel. Ik meen echter wel dat de nadruk in de juridische discussie te zeer ligt op de mogelijke aansprakelijkheid achteraf, terwijl de *ex-antewerking* van het voorzorgsbeginsel minstens even belangrijk is.²⁷⁵ Daarnaast vraag ik me af in hoeverre een dergelijke verantwoordelijkheid niet reeds voortvloeit uit het geldende recht, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

De inachtneming van het voorzorgsbeginsel kan inderdaad een vrijwarende werking hebben op de aansprakelijkheid voor schade door de verwezenlijking van onzekere risico's. Schending daarvan is in beginsel een onrechtmatige gedraging, waarop vorderingen tot schadevergoeding kunnen worden gebaseerd. Dat lijkt echter niet de primaire functie van het voorzorgsbeginsel, zoals de WRR voor ogen heeft en waarbij ik me aansluit. Het voorzorgsbeginsel dwingt in mijn ogen tot een bijzondere vorm van zorgvuldigheid ten aanzien van onzekere risico's, welke reeds moet kunnen

²⁷³ Zie WRR 2008, p. 147-150.

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Spier 2008, p. 2522-2523.

²⁷⁵ Vgl. Keirse 2009 en Keirse 2010.

worden afgedwongen voordat dergelijke risico's zich verwezenlijken.²⁷⁶ De nadruk ligt dus vooral op het bieden van een garantie dat voorafgaand aan een mogelijk risicovolle gedraging – dat kan een handelen zijn, maar ook een nalaten – daadwerkelijk wordt onderzocht welke risico's daarmee kunnen samenhangen en hoe daarmee het best kan worden omgesprongen.²⁷⁷ Dat vraagt mijns inziens om een *ex-antetoetsing* of *ex ante* werkende rechtsregels ook *ex ante* worden nageleefd. Blijkt dat niet zo te zijn, dan kan de rechter de (voortzetting van de) risicovolle handeling verbieden, zolang de risico's niet in voldoende mate zijn onderzocht en geëvalueerd. Afhankelijk van de soort gedraging en de aard van de norm in verband waarmee die plaatsvindt, kan de rechter ook een gebod opleggen onderzoek naar mogelijke risico's te verrichten en daaraan op zorgvuldige wijze consequenties te verbinden. De toetsing *ex post* of dergelijke rechtsregels *ex ante* in voldoende mate zijn nageleefd, staat op de tweede plaats en vormt in combinatie met aansprakelijkheidsregels een stok achter de deur.²⁷⁸

Het voorzorgsbeginsel kan een belangrijke rol spelen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. De voorzorgsbenadering biedt in beginsel namelijk goede juridische waarborgen voor de zorgvuldige omgang met onzekere klimaatrisico's. Met het oog op de algemene strekking van dat beginsel, kan het verantwoordelijkheden met zich brengen voor alle overheidsorganen met taken en bevoegdheden in het waterbeheer. In die hoedanigheid kan het voorzorgsbeginsel worden beschouwd als een bijzondere verschijningsvorm van het procedurele en materiële zorgvuldigheidsbeginsel of de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, zodat aansluiting kan worden gezocht bij hetgeen ik te dien aanzien hierboven reeds opmerkte. Het komt er vanuit die optiek in het kort op neer dat waterbeheerders met het oog op de uitoefening van hun specifieke wettelijke taakstelling onderzoek dienen te verrichten naar de onzekere risico's omtrent klimaatverandering. Daarbij kunnen zij zich primair baseren op de meest recente en betrouwbare (wetenschappelijke) inzichten en onderzoeksgegevens, die zij waar nodig vertalen naar eventuele bijzondere regionale omstandigheden. Ook kunnen zij aanvullend gebiedsgericht onderzoek (laten) verrichten. Voorts dienen zij op basis van dat onderzoek strategieën te ontwikkelen om op zorgvuldige wijze om te gaan met dergelijke risico's. Bij de concrete invulling van dergelijke strategieën hebben waterbeheerders de gebruikelijke discretionaire ruimte. De door hen gemaakte keuzen dienen echter wel deugdelijk te worden gemotiveerd: het voorzorgsbeginsel omvat tevens een verantwoordingsplicht. Van een 'nieuwe normatieve dimensie' in het Nederlandse waterbeheer kan met de introductie van deze voorzorgsbenadering echter niet worden gesproken. Het betreft eerder een op onzekere (klimaat)risico's toegespitste explicitering van reeds bestaande, maar abstracte verantwoordelijkheden. Die explicitering heeft op zichzelf wel een grote meerwaarde voor de praktijk van het waterbeheer.

De aanbevelingen die ik in bovenstaande paragrafen deed, sluiten goed aan op de hier beschreven voorzorgsbenadering. Zij kunnen dan ook worden gezien in het

²⁷⁶ Zie Brans & Winterink 2012, p. 119-124.

²⁷⁷ Ook Brans en Winterink lijken te wijzen op het bestaan van een vergelijkbare onderzoeksverplichting. Zie Brans & Winterink 2012, p. 121-122.

²⁷⁸ Zie daarover paragraaf 6.3.4.2.

licht van die benadering. Zodoende valt bijvoorbeeld de aanbeveling tot de explicitering van de verantwoordelijkheid in de verschillende planvormen te anticiperen op onzekere klimaatrisico's aan te merken als een wettelijke implementatie van de voorzorgsbenadering in belangrijke onderdelen van de Waterwet en de Wet milieubeheer. Het brengt in dat geval overigens geen verschil met zich of men deze aanbevelingen aanmerkt als explicitering en nadere uitwerking van de voorzorgsbenadering, of als explicitering en nadere invulling van het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel of de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Het is ook niet zozeer van belang welke naam men hieraan moet verbinden, zolang maar duidelijk is dat het de zorgvuldige anticipatie op onzekere klimaatrisico's betreft. Van veel groter belang is dus welke concrete invulling hieraan in de relevante wet- en regelgeving, en tevens in de jurisprudentie en door waterbeheerders zelf wordt gegeven. Dat door waterbeheerders bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden op zorgvuldige wijze dient te worden omgesprongen met onzekere klimaatrisico's, kan in mijn ogen worden beschouwd als een gegeven. Wat onder de gegeven omstandigheden exact als zorgvuldig dient te worden aangemerkt, kan en moet ter discussie staan. De concrete invulling daarvan vormt een belangrijke verantwoordelijkheid voor de wetgever, lagere regelgevers en de rechter. Aangezien de naleving van deze verantwoordelijkheid lastig in rechte valt af te dwingen, rust te dien aanzien niet in de laatste plaats óók een verantwoordelijkheid op alle betrokken waterbeheerders.

4.4.8. Tussenconclusies

In paragraaf 4.4 stond de vraag centraal welke verplichtingen op basis van het huidige geschreven en ongeschreven nationale recht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering rusten op Nederlandse waterbeheerders. Ten aanzien van dergelijke verplichtingen en vooral ook de strekking daarvan bestaat in de praktijk van het Nederlandse waterbeheer de nodige onduidelijkheid. In de juridische literatuur wordt hieraan vooralsnog weinig aandacht geschonken. Uit de huidige relevante wet- en regelgeving vloeien voor waterbeheerders geen expliciete verplichtingen voort te anticiperen op onzekere klimaatrisico's. Dat vormt de belangrijkste oorzaak van de genoemde onduidelijkheid in de praktijk. Daarom deed ik de algemene aanbeveling reeds in de doelstellingen van de Waterwet te verduidelijken dat de toepassing van deze wet zich waar nodig tevens richt op de verwezenlijking van die doelstelling op de langere termijn, mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen (paragraaf 4.4.2). Die aanbeveling roept overigens nog geen zelfstandige verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het leven. De onduidelijkheid betreft voorts in concreto de vraag in hoeverre waterbeheerders bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden zijn gehouden te anticiperen op onzekere klimaatrisico's en in hoeverre zij in dat verband bevoegd zijn verderstreckende (beschermings)maatregelen te treffen, dan op basis van hun wettelijke zorgplichten van hen wordt verlangd.

Met het oog op dat laatste dient te worden gesteld dat de wettelijke zorgplichten die nader zijn ingevuld aan de hand van concrete beschermingsnormen niet zijn

bedoeld om waterbeheerders te beperken in de uitoefening van hun bevoegdheden. Dergelijke normen zijn vooral bedoeld om een minimaal beschermingsniveau vast te leggen, waarop derden in rechte aanspraak kunnen maken. Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken in de betreffende bepalingen van de Waterwet (paragraaf 4.4.3). Verdergaande maatregelen in verband met onzekere klimaatrisico's kunnen wegens het bestaan van wettelijke normen niet in rechte worden afgedwongen, ook niet met een beroep op de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm of het voorzorgsbeginsel. Waterbeheerders hebben discretionaire ruimte om te beslissen of verdergaande beschermingsmaatregelen nodig zijn. Daarbij dienen zij wel de grenzen van de evenredigheid en de proportionaliteit in acht te nemen. Wat betreft de afdwingbaarheid van maatregelen bepaalt de norm echter de grens.

De niet aan de hand van concrete beschermingsnormen ingevulde zorgplichten dienen nader te worden geconcretiseerd in de verschillende planvormen die het waterbeheer rijk is. Dat geschiedt langs de lijnen van de doelmatigheid, hetgeen betekent dat waterbeheerders veel discretionaire ruimte hebben om zelf op zorgvuldige wijze de grenzen van hun zorgplichten in kaart te brengen. Dergelijke plannen kunnen een basis bieden voor het treffen van proactieve adaptatiemaatregelen, waarbij tevens grenzen liggen in de evenredigheid en proportionaliteit. Waterbeheerders dienen in de betreffende planvormen op deugdelijke wijze te verantwoorden waarom dergelijke maatregelen volgens hen noodzakelijk zijn en de evenredigheidstoets kunnen doorstaan. Het is op grond van de bestaande discretionaire ruimte echter niet goed mogelijk om dergelijke maatregelen in rechte van hen af te dwingen.

Ondanks dat het lastig is concrete adaptatiemaatregelen van waterbeheerders af te dwingen, bestaat voor hen wel de verantwoordelijkheid om in hun beleid rekening te houden met de onzekere gevolgen van klimaatverandering. Die verantwoordelijkheid vloeit niet expliciet voort uit de Waterwet en de Wet milieubeheer, maar kan worden gebaseerd op het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel. Een gelijkstrekende verantwoordelijkheid kan overigens ook worden gebaseerd op de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (paragraaf 4.4.6) of het ongeschreven voorzorgsbeginsel (paragraaf 4.4.7). Het betreft een juridische verplichting om zorgvuldig adaptatiebeleid te voeren, die in beginsel in rechte kan worden afgedwongen en met het oog op de duidelijkheid en de rechtszekerheid een explicitering verdient in de relevante bepalingen van de Waterwet en de Wet milieubeheer (paragraaf 4.4.4). Inhoudelijke eisen zijn daarmee nadrukkelijk nog niet gegeven. De burgerlijke rechter kan nadere invulling geven aan de in dat verband geldende eisen omtrent zorgvuldigheid, waarbij het niet in de lijn der verwachtingen ligt dat deze een sterk afwijkende invulling zal geven aan de verschillende vormen van zorgvuldigheid. Het geniet om uiteenlopende redenen echter de voorkeur dat hieromtrent nadere inhoudelijke regels worden gesteld op grond van (bijvoorbeeld) art. 3.11 Waterwet (paragraaf 4.4.5). Wat betreft deze verantwoordelijkheid ligt de bal dus bij de wetgever, de ministerraad en de colleges van provinciale staten. Bij gebrek aan nadere voorschriften zijn het echter de waterbeheerders die hun adaptatiebeleid naar eigen inzichten op zorgvuldige wijze dienen vorm te geven en op deugdelijke wijze verantwoording dienen af te leggen over de door hen in dat verband genomen beslissingen.

4.5. Beschikbare instrumenten en bevoegdheden

4.5.1. Algemeen

In deze paragraaf staat de vraag centraal of waterbeheerders met hun huidige instrumentarium in voldoende mate zijn uitgerust voor een adequate adaptatie aan klimaatverandering. Die vraag werd in 2006 reeds positief beantwoord en er bestaat geen directe aanleiding om vandaag de dag anders te oordelen.²⁷⁹ Wel hebben zich in de tussentijd op verschillende niveaus ontwikkelingen voorgedaan in de totstandkoming van deels nieuwe strategieën om de klimaatverandering het hoofd te bieden. Bekende voorbeelden zijn de ontwikkeling van het beleidsconcept 'meerlaagse veiligheid'²⁸⁰ en de ontwikkelingen binnen het kader van het deelprogramma 'zoetwatervoorziening' van het Deltaprogramma.²⁸¹ In het licht van dergelijke ontwikkelingen bestaat de behoefte aan een overzicht van de beschikbare instrumenten en bevoegdheden, en de wijze waarop deze kunnen worden ingezet om het bereiken van de integrale doelstellingen van de Waterwet ook op de langere termijn te kunnen garanderen. Hieronder bespreek ik een aantal van die instrumenten en bevoegdheden.²⁸² Daarbij ga ik hoofdzakelijk in op de vraag in hoeverre deze zich lenen voor een proactieve toepassing ten aanzien van onzekere klimaatrisico's. In paragraaf 4.5.2 en 4.5.3 bespreek ik de mogelijkheden die de legger en het peilbesluit in dat opzicht bieden. Vervolgens besteed ik aandacht aan de adaptatie door middel van de aanleg of wijziging van waterstaatswerken (paragraaf 4.5.4). Voorts komen de taken en bevoegdheden in het kader van het calamiteitenbeheer aan de orde (paragraaf 4.5.5). Ten slotte bespreek ik met het oog op de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening enkele maatregelen in het kader van de (her)verdeling van waterrechten (paragraaf 4.5.6). Ik sluit in paragraaf 4.5.7 af met de nodige conclusies.

4.5.2. De legger met beschermings- en reserveringszones

Op grond van art. 5.1 lid 1 Waterwet dienen beheerders voor de waterstaatswerken in hun beheer een legger vast te stellen. In deze legger dienen zij te omschrijven waaraan de betreffende waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen. Zij leggen daarin dus de gewenste toestand van waterstaatswerken vast.²⁸³ Voorts dienen de ligging van de waterstaatswerken en de daaraan grenzende beschermingszones te worden aangegeven op een overzichtskaart. In de legger worden de normatieve begrenzingen van de waterstaatswerken en beschermingszones vastgelegd, hetgeen relevant is voor het bepalen van de reikwijdte van de taken en bevoegdheden

²⁷⁹ Zie Van Rijswijk 2006.

²⁸⁰ Zie hierover STOWA 2012.

²⁸¹ Zie Nationaal Waterplan 2009-2015 en Deltaprogramma 2012.

²⁸² Het betreft een bespreking op hoofdlijnen; ik ga niet in op procedurele aspecten. Voor nadere informatie verwijs ik naar de algemene literatuur op dit terrein. Zie bijvoorbeeld Groothuijse 2009; Havekes & De Putter (red.) 2009; Havekes & Van Rijswijk 2010; en Van Rijswijk & Havekes 2012.

²⁸³ Hierin onderscheidt deze legger zich van de zogenoemde onderhoudslegger op grond van art. 78 lid 2 Waterschapswet, waarin niet de gewenste, maar de bestaande toestand wordt aangegeven.

van de beheerder van het betreffende waterstaatswerk.²⁸⁴ Voor activiteiten in de directe nabijheid van waterkeringen en de daartoe behorende beschermingszones is toestemming van de beheerder noodzakelijk.²⁸⁵ Aan dergelijke toestemmingen kunnen voorschriften worden verbonden. Het kan bijvoorbeeld de voorwaarde betreffen dat bij de uitvoering van de voorgenomen activiteiten bepaalde veiligheidsmaatregelen worden getroffen.²⁸⁶

De legger en de beschermingszone zijn, in combinatie met verbodsbepalingen in de keur, waardevolle instrumenten in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Een beschermingszone is een aan een waterstaatswerk grenzende zone, waarin ter bescherming van dat werk voorschriften en beperkingen kunnen gelden.²⁸⁷ Men kan zich afvragen wat precies onder de term 'bescherming' moet worden verstaan. Betreft dit wellicht ook het reserveren van ruimte voor de toekomstige aanleg of wijziging van waterstaatswerken ter anticipatie op verwachte klimaatveranderingen? Uit spaarzame jurisprudentie is af te leiden dat het maken van ruimtelijke reserveringen niet zonder meer is uitgesloten.²⁸⁸ Ook in de literatuur wordt, mede onder verwijzing naar deze jurisprudentie, gesteld dat voor gebieden grenzend aan waterstaatswerken in beheer bij waterschappen ruimtelijke reserveringen voor toekomstige ontwikkelingen in de legger kunnen worden opgenomen.²⁸⁹ Daarnaast lijken waterschappen ook buiten deze beschermingszones ruimtelijke reserveringen te kunnen maken, aangezien hiermee een waterstaatsbelang kan zijn gediend.²⁹⁰ Binnen deze zogenoemde reserveringszones kan bijvoorbeeld ruimte worden gereserveerd voor de toekomstige verstevigingen van waterkeringen, maar ook voor het verbreden van waterlopen of andere oppervlaktewaterlichamen, en het vergroten van bergingsgebieden.²⁹¹

Het is overigens niet uitgesloten dat de bestuursrechter in de toekomst nadere eisen zal formuleren ten aanzien van de toelaatbaarheid van het maken van ruimtelijke reserveringen. Ik denk hierbij hoofdzakelijk aan nadere eisen ter onderbouwing van de noodzaak van de reservering. In de zaak voor de Rechtbank Middelburg was het kennelijk voldoende dat het betrokken waterschap zich baseerde op de KNMI-scenario's en het nationale kustbeleid, waarbij het volgens de rechter terecht was uitgegaan van het ongunstigste klimaatscenario. Het lijkt mij niet onredelijk dat de rechter voortaan naast een onderbouwing aan de hand van de genoemde scenario's eist dat nader onderzoek is verricht naar de noodzaak van de reservering. Een ruimtelijke reservering brengt immers een aanzienlijke beperking met zich ten aanzien van het grondgebruik,

284 Zie Groothuijse 2009, p. 130-132.

285 Zie art. 6.14 lid 1 Waterbesluit jo. art. 6.5 lid 1 sub c Waterwet.

286 Zie Gilissen & Van Rijswijk 2009, p. 94-97.

287 Zie art. 1.1 Waterwet. Een beschermingszone zelf is geen waterstaatswerk in de zin van de Waterwet, en maakt ook geen onderdeel uit van het watersysteem. Wel kunnen daarbinnen bepaalde gedoogplichten en gebruiksbeperkingen gelden.

288 Zie Rechtbank Den Haag 5 december 2006, LJN AZ5796 en Rechtbank Middelburg 29 januari 2008, Awb 07/389.

289 Zie Groothuijse 2009, p. 260-265 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 180-181.

290 Deze bevoegdheid valt binnen de autonome verordenende bevoegdheid die waterschappen hebben op grond van art. 56 jo. art. 78 lid 1 Waterschapswet. Zie ABRvS 28 januari 2004, AB 2004, 116. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 264.

291 De term 'reserveringszone' is overigens geen wettelijke term.

zodat de noodzaak hiervan duidelijk moet blijken. Anderzijds legt een ruimtelijke reservering een minder onomkeerbaar beslag op de ruimte dan de feitelijke aanleg van een waterstaatswerk. De Rechtbank Middelburg wees er voorts reeds op dat in dat verband ook ontheffingen mogelijk zijn. Om die reden kan het juist de voorkeur genieten, vooral wanneer nog een grote mate van onzekerheid bestaat over de vraag of, op welke termijn en in welke mate de onzekere klimaatrisico's zich zullen verwezenlijken.

Een en ander doet met het oog op de integrale zorgplichten in het waterbeheer niet af aan de waarde van de leggerplicht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Vooral de mogelijkheid om binnen de beschermingszones ruimtelijke reserveringen te maken, kan immers van belang zijn voor een adequate anticipatie op de verwachte gevolgen van klimaatverandering. Dit past in beginsel ook goed binnen het beleidsconcept van de meerlaagse veiligheid, mits de reserveringen ook een plaats krijgen in het ruimtelijke spoor. Juist omdat omtrent klimaatrisico's nog onzekerheid kan bestaan, genieten reserveringen in beginsel de voorkeur boven onomkeerbare fysieke maatregelen. Het verdient aanbeveling dit te laten doorklinken in het systeem van de Waterwet. Zo kan worden overwogen de begripsbepaling van de term 'beschermingszone' in art. 1.1 Waterwet te vervangen door de volgende definitie: 'aan een waterstaatswerk grenzende zone, waarin ter bescherming van dat werk of met het oog op de, mede in het licht van de verwachte klimaatveranderingen, noodzakelijke toekomstige wijzigingen daarvan voorschriften en beperkingen kunnen gelden.' De mogelijkheid tot het voeren van werend beleid met het oog op toekomstige ontwikkelingen is op grond van het huidige wettelijke regime overigens niet uitgesloten. De voorgestelde aanpassing zal dus hoofdzakelijk een verduidelijkend karakter hebben en deels een codificatie betekenen van de vooralsnog spaarzame jurisprudentie.

4.5.3. Peilbesluiten

Peilbesluiten kunnen een belangrijke rol spelen bij het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen en wateroverlast.²⁹² Peilbesluiten kunnen ook van belang zijn in verband met de overheidszorg in het kader van de zoetwatervoorziening. Met het vaststellen van een peilbesluit ontstaat immers een verplichting voor de beheerder om de daarin vastgestelde waterstanden of bandbreedten voor waterstanden gedurende daarbij aangegeven perioden zo veel mogelijk te handhaven.²⁹³ Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat een beheerder van een oppervlaktewaterlichaam waarvoor een peilbesluit is vastgesteld zich moet inspannen om overtollig water zo snel mogelijk af te voeren om wateroverlast te voorkomen. Hiertoe kan in polders de aanleg en van een adequaat bemalingssysteem noodzakelijk zijn. De dreiging van wateroverlast kan ontstaan door plotselinge hevige regenval (piekbuien) of door een vermeerderde toevvoer van water vanuit een ander beheersgebied. De gelding van een peilbesluit kan

²⁹² Peilbesluiten zijn in het waterbeheer traditionele instrumenten en moeten worden vastgesteld voor daartoe bij of krachtens algemene maatregel van bestuur of provinciale verordening aangewezen oppervlakte- of grondwaterlichamen. Zie art. 5.2 lid 1 en 3 Waterwet.

²⁹³ Zie art. 5.2 lid 2 Waterwet.

overigens ook betekenen dat de beheerder juist water moet vasthouden of inlaten om verdroging van (veen)kaden of (natte) natuur tegen te gaan, of om wateroverlast in stroomafwaarts gelegen gebieden te voorkomen. Het verdient dus aanbeveling dat beheerders bij de vaststelling en herziening van hun peilbesluiten anticiperen op de voor hun peilbeheer relevante verwachtingen omtrent klimaatverandering op de korte termijn en de soms plotselinge wijze waarop de gevolgen daarvan merkbaar kunnen worden. In het kader van bovenstaande verdient het overigens aanbeveling een algemene regeling met betrekking tot de periodieke herziening van peilbesluiten in het licht van de verwachte klimaatveranderingen op te nemen in de Waterwet, het Waterbesluit of de betreffende provinciale verordeningen.²⁹⁴

4.5.4. De aanleg of wijziging van waterstaatswerken

4.5.4.1. Het projectplan en de projectprocedure

Het kan met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering noodzakelijk zijn waterstaatswerken aan te leggen of te wijzigen.²⁹⁵ Over het algemeen zal het voornemen daartoe worden aangekondigd in strategische waterplannen en vindt nadere uitwerking daarvan plaats in beheerplannen. Dit biedt echter nog geen deugdelijke juridische basis voor de feitelijke uitvoering van de voorgenomen maatregelen. Daarom dient daartoe op grond van art. 5.4 lid 1 Waterwet een projectplan te worden vastgesteld en dienen voorts de benodigde uitvoeringsgerichte besluiten te worden genomen.²⁹⁶ Voor de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen dient bij de totstandkoming van het benodigde projectplan voorts de in paragraaf 5.2 Waterwet uitgewerkte projectprocedure te worden doorlopen.²⁹⁷ Bij of krachtens provinciale verordening kan deze paragraaf ook van toepassing worden verklaard op de projectplannen van de besturen van waterschappen voor de aanleg of wijziging van andere dan primaire waterkeringen en op andere waterstaatswerken van bovenlokale betekenis die met spoed en op gecoördineerde wijze tot stand moeten worden gebracht.²⁹⁸ Men kan zich overigens afvragen of de verplichting een projectplan vast te stellen, kan worden vervangen

294 In het Waterbesluit zijn regels gesteld omtrent de voorbereiding en inhoud van peilbesluiten voor rijkswateren (zie art. 5.2 lid 2 en 3 Waterbesluit). In de verschillende provinciale verordeningen komen dergelijke regels ook voor. Er bestaat in beginsel geen belemmering voor de regering dan wel voor provinciale staten om verdergaande procedurele of inhoudelijke eisen te stellen aan peilbesluiten.

295 De aanleg of wijziging van waterstaatswerken betreft preventieve maatregelen die binnen het beleidsconcept van de 'meerlaagse veiligheid' de eerste laag vormen. Ook met het oog op de zoetwatervoorziening kan het nodig zijn waterstaatswerken aan te leggen of te wijzigen.

296 Er bestaat geen verplichting een projectplan vast te stellen, indien ten aanzien van het project de Tracéwet of de Spoedwet wegverbreding van toepassing is, of wanneer toepassing wordt gegeven aan de bevoegdheid een inpassingsplan vast te stellen op grond van afdeling 3.5 Wro. Zie art. 5.4 lid 4 Waterwet.

297 Zie voor een uitgebreide bespreking van het projectplan en de projectprocedure Groothuijse 2009, p. 133-179. Zie tevens Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 182-184.

298 Zie art. 5.5 Waterwet. Volgens Groothuijse betreft dit laatste overigens een weinig beperkende clausulering, aangezien projecten al gauw van bovenlokale betekenis zijn en voor de uitvoering daarvan meestal meerdere besluiten nodig zijn (zie Groothuijse 2009, p. 140).

door een watervergunningplicht. Formeel-juridisch lijkt dit niet onmogelijk, maar dat verdient met het oog op de goede uitoefening van de beheertaak niet de voorkeur.²⁹⁹

Art. 5.4 lid 2 Waterwet noemt twee elementen die een projectplan ten minste moet bevatten. Het betreft in de eerste plaats een beschrijving van het betrokken werk en de wijze waarop het zal worden uitgevoerd. Die beschrijving dient de technische en geografische kenmerken van het voorgenomen project te bevatten, maar moet ook ingaan op de inpassing daarvan in de omgeving. Dat laatste betekent vooral dat moet worden ingegaan op de verhouding tussen het plan en het vigerende planologische regime, en de eventuele wijzigingen die daarin moeten worden doorgevoerd.³⁰⁰ Overleg met de betrokken gemeente(n) is wat dat betreft raadzaam. In de tweede plaats moet het plan een beschrijving bevatten van de te treffen voorzieningen waarmee de nadelige gevolgen van de uitvoering van het project worden gecompenseerd of gemitigeerd. Dergelijke voorzieningen maken onderdeel uit van het projectplan, tenzij een duidelijke relatie met het eigenlijke project ontbreekt. Wanneer het plan de verlegging van een primaire waterkering betreft, kan het voorzieningen bevatten voor de inpassing in de omgeving van het gebied waar de oorspronkelijke kering is gelegen en waar de nieuwe kering komt te liggen.³⁰¹ Ook dergelijke inpassende voorzieningen maken in beginsel onderdeel uit van het projectplan.³⁰² Het projectplan is een belangrijk instrument bij de uitvoering van fysieke ruimtelijke adaptatiemaatregelen.

Het verdient overigens algemene opmerking, dat art. 5.24 Waterwet bij de aanleg of wijziging van ongeacht welke soort waterstaatswerk een belangrijke rol kan spelen. Op grond van dit artikel hebben beheerders de bevoegdheid rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken bij beschikking een verplichting op te leggen om de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de daarmee verband houdende werkzaamheden te gedogen.³⁰³ Soms kunnen de belangen van rechthebbenden overigens wel onteigening vorderen. Daarvan is hoofdzakelijk sprake, wanneer na de aanleg van het waterstaatswerk geen of nog slechts zeer beperkte gebruiksmogelijkheden over blijven.³⁰⁴ Voorts geldt op grond van art. 5.23 lid 1 Waterwet overigens nog de wettelijke plicht voor rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken om onderhouds- of herstelwerkzaamheden door of vanwege de beheerder te gedogen.³⁰⁵ Deze verplichting geldt *ex lege* en hoeft dus niet bij beschikking te worden opgelegd.

4.5.4.2. Oppervlaktewaterlichamen

De dreiging van overstromingen en wateroverlast vanuit het oppervlaktewater kan worden beperkt door de bergings- en afvoercapaciteit van oppervlaktewaterlichamen

299 Zie Van Rijswijk 2011a; De Gier & Van Rijswijk 2011a; en De Gier & Van Rijswijk 2011b.

300 Zie Groothuijse 2009, p. 134. Zie tevens Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 103.

301 Zie art. 5.4 lid 3 Waterwet.

302 Zie Groothuijse 2009, p. 153-157.

303 Zie Groothuijse 2009, p. 186-189 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 187.

304 Over het algemeen wordt een oppervlakteverlies van 2,6 procent nog acceptabel geacht. Zie Handgraaf & De Putter 2013, p. 35-36.

305 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 186-187.

te vergroten.³⁰⁶ Dat kan bijvoorbeeld door zomerbedverlaging of het vergraven van uiterwaarden, maar ook door het verleggen of verbreden van waterlopen, of het aanleggen van hoogwatergeulen of nieuwe oppervlaktewaterlichamen.³⁰⁷ Dergelijke (kwantiteitsverhogende) maatregelen kunnen ook plaatsvinden in het kader van de overheidstaak voor de zoetwatervoorziening. Indien dergelijke maatregelen door of vanwege de beheerder worden uitgevoerd, moet een projectplan worden vastgesteld.³⁰⁸ Het kan voorkomen dat anderen dan de beheerder dergelijke maatregelen willen uitvoeren. Zo kunnen gemeenten met het oog op hun hemelwaterzorgplicht sloten willen aanleggen of verbreden, teneinde tijdens en na piekbuien meer afvloeiend hemelwater te kunnen bergen. In dergelijke gevallen hoeft geen projectplan te worden opgesteld, maar is wel toestemming van de beheerder nodig.³⁰⁹ In situaties als deze verdient het overigens aanbeveling dat waterschappen en gemeenten zorg dragen voor de afstemming van hun taken en bevoegdheden in het waterbeheer, en dat zij duidelijke afspraken maken over de uitvoering en (gezamenlijke) bekostiging van de nodige maatregelen. Er bestaan daartoe diverse wettelijke en buitenwettelijke mogelijkheden tot formele en informele samenwerking.³¹⁰

Het creëren van extra oppervlaktewater legt een aanzienlijk beslag op de schaarse ruimte. Indien een acute dreiging van overstromingen of wateroverlast bestaat of voldoende zekerheid bestaat dat die dreiging zich in de (nabije) toekomst zal voordoen, kan het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van het oppervlaktewatersysteem een geschikte oplossing zijn. Datzelfde geldt indien aanwijzingen bestaan dat de klimaatverandering de beschikbaarheid van voldoende zoetwater op termijn onder druk zal zetten. Indien nog geen concrete dreiging bestaat, maar de voorspellingen omtrent klimaatverandering wel wijzen op een mogelijke toekomstige dreiging, kan het echter voorbarig zijn dergelijke maatregelen reeds op korte termijn uit te voeren. Vanuit juridisch en tevens praktisch oogpunt is het in dergelijke gevallen wel raadzaam om de verwachte benodigde ruimte voor toekomstige verruiming van oppervlaktewaterlichamen nu alvast te reserveren of in eigendom te krijgen, althans om ontwikkelingen binnen oppervlaktewaterlichamen te weren die dergelijke maatregelen in de toekomst kunnen bemoeilijken of verhinderen. Met het oog hierop kan de beheerder van het oppervlaktewaterlichaam beschermings- en reserveringszones opnemen in de beheerslegger.³¹¹

306 Een oppervlaktewaterlichaam is volgens art. 1.1 Waterwet 'een samenhangend geheel van vrij aan het aardoppervlak voorkomend water, met de daarin aanwezige stoffen, alsmede de bijbehorende bodem, oevers en, voor zover uitdrukkelijk aangewezen, de drogere oevergebieden, alsmede flora en fauna.'

307 Het programma 'Ruimte voor de Rivier' biedt duidelijke voorbeelden van concrete projecten ter verruiming van de bergings- en afvoercapaciteit van het oppervlaktewatersysteem.

308 Zie bijvoorbeeld De Gier & Van Rijswick 2011a.

309 Ook voor het lozen van overtollig hemel- of grondwater op het oppervlaktewater is op grond van art. 6.2 Waterwet overigens een watervergunning nodig, waaraan de nodige voorschriften kunnen worden verbonden.

310 Zie Gilissen, Van Rijswick & De Gier 2010.

311 Zie paragraaf 4.5.2.

4.5.4.3. Waterkeringen; deltadijken en compartimentering

Het aanleggen, verleggen of versterken van waterkeringen is een traditionele methode om de binnendijkse veiligheid te garanderen.³¹² Ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kan daaraan behoefte bestaan. Indien dergelijke maatregelen plaatsvinden door of vanwege de beheerder, dient daarvoor een projectplan te worden vastgesteld.³¹³ Indien het primaire waterkeringen betreft of indien provinciale staten daartoe hebben beslist, moet de wettelijke projectprocedure worden doorlopen. Het is niet ongebruikelijk – en het verdient bovendien aanbeveling – dat de beheerders van waterkeringen in hun leggers langs waterkeringen met het oog op eventuele toekomstige versterkingen beschermings- en reserveringszones opnemen. Wanneer een beheerder beslist dat een waterkering met het oog op de garantie van de waterveiligheid op de korte termijn zal worden verlegd, dan verdient het overigens aanbeveling bij de aanleg van de nieuwe kering tevens rekening te houden met de verwachte klimaatveranderingen op de langere termijn. Hoewel het aan- of verleggen van waterkeringen een preventieve maatregel is (en dus plaatsvindt in het kader van de eerste laag van het beleidsconcept ‘meerlaagse veiligheid’), kan in dergelijke projecten de duurzame ruimtelijke inrichting van het gebied (tweede laag) een belangrijke bijkomende doelstelling zijn.

Een bijzondere soort waterkering, waarop in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering regelmatig wordt gewezen, is de zogenoemde deltadijk of klimaatdijk.³¹⁴ Dergelijke waterkeringen zijn naar hun ontwerp dermate robuust dat de kans op een dijkdoorbraak feitelijk of vrijwel nihil is. Dat kan bijvoorbeeld door een zeer brede of hoge waterkering aan te leggen, maar ook door verstevigingen aan te brengen in het dijklichaam zelf. Een gemeenschappelijk kenmerk van deltadijken is dat zij, ook met het oog op de lange termijn, een hoger veiligheidsniveau bieden dan wettelijk is vereist. Voorts bieden deltadijken vaak uiteenlopende mogelijkheden voor multifunctioneel ruimtegebruik, hetgeen de duurzame ruimtelijke inrichting ten goede kan komen. De aanleg daarvan kan tegelijkertijd een groot beslag leggen op de ruimte en een belemmering vormen voor de voortzetting van het huidige ruimtegebruik. Daarom is het aanleggen van deltadijken niet overal een reële optie. In 2010 is verkennend onderzoek gedaan naar de ruimtelijke effecten van verschillende typen deltadijken.³¹⁵ In 2011 is onderzocht op welke locaties het aanleggen van deltadijken met het oog op de slachtofferrisico-reductie mogelijk is.³¹⁶ Er zijn binnen verschillende programma's

312 Het eerder genoemde programma ‘Ruimte voor de Rivier’ biedt voorbeelden van concrete dijkverleggings- of verbeteringsprojecten.

313 Zie bijvoorbeeld De Gier & Van Rijswijk 2011a; De Gier & Van Rijswijk 2011b; en Van Rijswijk 2011a. Het is overigens niet ondenkbaar dat gemeentelijke bestuursorganen of zelfs particulieren waterkeringen willen aanleggen. In dergelijke gevallen hoeft geen projectplan te worden vastgesteld, maar is vaak wel formele toestemming van de beheerder nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een watervergunning of een keurontheffing. Ik laat deze mogelijkheid hier verder buiten beschouwing.

314 De term ‘deltadijk’ werd in 2008 conceptueel geïntroduceerd door de tweede Deltacommissie. Zie Deltacommissie 2008, p. 48.

315 Zie Klijn & Bos 2010.

316 Zie De Bruijn & Klijn 2011.

reeds ontwerpen van waterkeringen in voorbereiding of uitvoering die kunnen worden aangemerkt als deltadijk.³¹⁷

Een andere veelgehoorde term in het waterveiligheids- en adaptatiebeleid is de term ‘compartimentering’ van dijkringen. Compartimentering is op zichzelf geen nieuw fenomeen,³¹⁸ maar geniet het laatste decennium vermeerderde aandacht in het licht van de vraag op welke wijze de gevolgen van overstromingen het best kunnen worden beperkt. Compartimentering van dijkringen geschiedt hoofdzakelijk door zogenoemde ‘compartimenteringsdijken’ aan te leggen, waarmee de dijkkring wordt opgedeeld in verschillende compartimenten. In 2008 is onderzocht binnen welke dijkringen compartimentering serieuze overweging verdient.³¹⁹ Daaruit bleek dat daarvan onder meer sprake is in enkele economisch waardevolle en dichtbevolkte gebieden.³²⁰ Compartimenteringsdijken hebben een waterkerende functie en zijn aan te merken als waterstaatswerken. Dit heeft de belangrijke consequentie dat op de aanleg en het beheer daarvan het regime van de Waterwet van toepassing is.³²¹ Compartimentering legt, vooral in dichtbebouwde gebieden, een groot beslag op de schaarse ruimte. Mede daarom is compartimentering zeer kostbaar. Hoewel het dus een geschikt instrument is om (meerlaagse) waterveiligheid te garanderen, is de verwachting klein dat op korte termijn grootschalige compartimenteringsplannen zullen worden opgesteld en uitgevoerd.

4.5.4.4. Bergingsgebieden en alternatieve manieren van waterberging

De waterveiligheid op de lange termijn kan ook worden gediend met het aanleggen en inrichten van bergingsgebieden.³²² Bergingsgebieden hebben de tijdelijke berging van overtollig oppervlaktewater als functie. Daarnaast kunnen er op deze gebieden ook andere gebruiksfuncties rusten, mits die zich verdragen met de bergingsfunctie. Bergingsgebieden onderscheiden zich in juridisch opzicht van andere gebieden met een bergingsfunctie, die onderdeel uitmaken van het oppervlaktewatersysteem, zoals oevers, uiterwaarden en hoogwatergeulen. Bergingsgebieden zijn daarentegen zelfstandige waterstaatswerken. Binnen beide soorten gebieden geldt voor rechthebbenden van onroerende zaken op grond van art. 5.26 Waterwet een wettelijke verplichting om wateroverlast en overstromingen ten gevolge van de afvoer of tijdelijke berging van oppervlaktewater te dulden. In de gebieden met een natuurlijke bergingsfunctie geldt deze *ex-lege*duidplicht zonder meer. In bergingsgebieden gelden daartoe constitutieve vereisten,³²³ te weten dat het gebied als zodanig ruimtelijk is bestemd en tevens als zo-

317 Zie voor een nadere typologische classificatie en een groot aantal voorbeelden Klijn & Bos 2010, p. 17-36.

318 Zie voor een bespreking van de bescherming tegen overstromingen in een historisch perspectief bijvoorbeeld Van Dam 2010 en Van Dam 2012.

319 Zie Asselman, Klijn & Van der Most 2008.

320 Zie Asselman, Klijn & Van der Most 2008, p. 29-35.

321 Zie Asselman, Klijn & Van der Most 2008, p. 102-105.

322 Zie uitgebreid Groothuijse 2010 en Van Ravels 2006.

323 Zie Groothuijse 2009, p. 175-179.

danig op de legger is opgenomen.³²⁴ Voor het aanleggen van een bergingsgebied dient de beheerder een projectplan vast te stellen.³²⁵ De begrenzingen van bergingsgebieden en eventueel daaraan grenzende beschermings- en reserveringszones moeten in de legger worden opgenomen.³²⁶

Ook in het kader van de gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer kan behoefte bestaan aan waterberging. Dit kan plaatsvinden in het oppervlaktewater, maar indien de capaciteit van dat systeem te klein is of dreigt te worden, kan ook de behoefte bestaan aan het inrichten van locaties voor de tijdelijke berging van overtollig water. Dat hoeven niet per se bergingsgebieden in de zin van de Waterwet te zijn. Gemeenten kunnen ook zonder medewerking van een waterschap aan gebieden binnen hun territorium een waterbergingsfunctie toekennen.³²⁷ Een bekend voorbeeld is het zogenoemde 'waterplein', maar ook valt te denken aan wadi's, parken, speelplaatsen, parkeerterreinen of andere onbebouwde terreinen met een dubbelfunctie.³²⁸ Ook kan worden gedacht aan het aanleggen van zogenoemde 'waterkelders'.³²⁹ Dat laatste lijkt eerder een particuliere verantwoordelijkheid. Dergelijke locaties zijn geen waterstaatswerken in de zin van de Waterwet, dus voor de aanleg daarvan hoeft ook geen projectplan te worden vastgesteld. Aangezien dergelijke locaties ook geen bergingsgebieden zijn, geldt daar ook niet de wettelijke duldplicht ex art. 5.26 Waterwet. Toch verdient het aanleggen en inrichten van dergelijke gebieden wel voorkeur, vooral omdat zij, in tijden waarin geen beroep wordt gedaan op hun bergingsfunctie, andere nuttige gebruiksdoeleinden kunnen dienen. Vooral in dichtbebouwde gebieden biedt deze vorm van multifunctioneel ruimtegebruik wellicht grote kansen.³³⁰

4.5.5. Calamiteiten en gevaar voor waterstaatswerken

Ondanks de inspanningen van waterbeheerders kan geen volledige zekerheid worden geboden dat zich nooit calamiteiten zullen voordoen: absolute veiligheid kan niet worden gegarandeerd. Op noodsituaties kan uiteraard wel worden geanticipeerd. Het calamiteitenbeheer betreft de derde laag binnen het beleidsconcept van de 'meerlaagse veiligheid'. Paragraaf 5.5 Waterwet bevat bepalingen over 'gevaar voor

324 Zie art. 1.1 Waterwet. Een bergingsgebied is volgens dit artikel een krachtens de Wet ruimtelijke ordening voor waterstaatkundige doeleinden bestemd gebied, niet zijnde een oppervlaktewaterlichaam of een onderdeel daarvan, dat dient ter verruiming van de bergingscapaciteit van een of meer watersystemen en ook als bergingsgebied op de legger is opgenomen.

325 Bij provinciale verordening kan worden bepaald dat daartoe de projectprocedure ex paragraaf 5.2 Waterwet moet worden doorlopen.

326 Zie paragraaf 5.4.2.

327 Ook valt te wijzen op de primaire eigen verantwoordelijkheden van particulieren voor de berging van overtollig hemelwater op hun percelen. Te denken valt aan zogenoemde 'open' waterberging, maar ook aan de berging van water in waterkelders of andere (ondergrondse) voorzieningen.

328 Zie bijvoorbeeld Gilissen & Van Rijswijk 2009, p. 141-143 en p. 151.

329 Zie Brans e.a. 2010. De auteurs pleiten er bij de aanleg van waterkelders voor niet (exclusief) te kiezen voor het publiekrechtelijke instrumentarium, maar om hoofdzakelijk gebruik te maken van privaatrechtelijke instrumenten. Daartoe dient wel overeenstemming te worden bereikt met de betreffende perceeleigenaren.

330 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 39-40 en 44-45.

waterstaatswerken.³³¹ De kans op calamiteiten bestaat overigens ook zonder klimaatverandering, maar aangenomen mag worden dat klimaatverandering deze kans verder doet toenemen. Onder gevaar wordt verstaan: 'omstandigheden waardoor de goede staat van een of meer waterstaatswerken onmiddellijk en ernstig in het ongerede is of dreigt te geraken.'³³² Wat de oorzaak is van het gevaar, blijft dus in het midden, hetgeen de genoemde paragraaf een ruime reikwijdte geeft.³³³ Het is aan de beheerder zelf om te beoordelen of sprake is van een gevaar.³³⁴ Enige terughoudendheid is hierbij wel op haar plaats, aangezien deze paragraaf enkele zeer vergaande bevoegdheden met zich brengt. In het kader van het calamiteitenbeheer dienen in de eerste plaats oefeningen te worden gehouden en calamiteitenplannen te worden opgesteld. Voorts is een zogenoemde 'noodbevoegdheid' in het leven geroepen en zijn bevoegdheden toegekend aan hogere bestuursorganen om op te treden in gevaarsituaties. Ik ga op elk genoemde aspect van het calamiteitenbeheer kort in.

Art. 5.29 lid 1 Waterwet legt de beheerder van waterstaatswerken de verplichting op geregeld oefeningen te houden in het doeltreffend optreden bij gevaar. Daarnaast dient de beheerder een calamiteitenplan vast te stellen conform de in art. 5.3 Waterbesluit gestelde regels.³³⁵ Zij dienen hierbij volledigheid na te streven door in hun plannen in te gaan op alle bekende risico's.³³⁶ De tijdens de oefeningen opgedane ervaringen kunnen aanleiding zijn voor aanvulling of aanpassing van een plan. Calamiteitenplannen moeten worden afgestemd op de relevante crisisplannen als bedoeld in de Wet veiligheidsregio's en de voor het waterbeheer van belang zijnde rampenbestrijdingsplannen.³³⁷ De afstemming van calamiteitenplannen onderling is niet verplicht gesteld, hoewel dat met het oog op het integrale karakter van het waterbeheer en het bestaan van grenzen tussen beheergebieden wel aanbeveling verdient.³³⁸ De juridische status van calamiteitenplannen is vooralsnog onduidelijk. Dergelijke plannen dienen hoofdzakelijk als hulpmiddel voor de beheerder en diegenen die met de calamiteitenbestrijding en de coördinatie daarbij zijn belast.³³⁹ Daarnaast kunnen calamiteitenplannen ook een belangrijke informatieve functie hebben voor particulieren. In mijn ogen kan ten slotte niet worden uitgesloten dat die plannen particulieren kunnen voorzien van juridische argumenten, indien tijdens een noodsituatie in ernstige mate wordt tekortgeschoten in de tenuitvoerlegging van een calamiteitenplan.

331 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 190 en Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 120-125.

332 Zie art. 5.28 lid 1 Waterwet.

333 Zie art. 5.28 lid 2 Waterwet. Slechts gevaren als gevolg van ongevallen als bedoeld in de Wet bestrijding ongevallen Noordzee zijn uitgezonderd van de toepassing van de genoemde paragraaf. De bestrijding van dergelijke ongevallen vindt plaats op grond van het Rampenplan voor de Noordzee 2000.

334 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 121-122.

335 Het ontwerp van een calamiteitenplan dient voor commentaar te worden toegezonden aan het bestuur van de regionale brandweer en aan de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten waarbinnen de waterstaatswerken waarop het plan betrekking heeft zijn gelegen. Zie art 5.29 lid 3 Waterwet.

336 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 122 en in breder verband Poortvliet & Driesprong 2006, p. 71-85.

337 Zie art. 5.29 lid 2 Waterwet.

338 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 122. Daarbij valt te wijzen op de mogelijkheden tot het maken van afspraken met betrekking tot de beheersgebied overstijgende risico's van calamiteiten en gevaarlijke situaties in de waterakkoorden op grond van art. 3.7 Waterwet.

339 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 122.

Art. 5.30 lid 1 Waterwet geeft de beheerder de bevoegdheid om in geval van gevaar, zolang de daardoor ontstane situatie dat noodzakelijk maakt, de maatregelen te treffen die hij nodig acht.³⁴⁰ Daarbij kan hij zelfs afwijken van wettelijke voorschriften, maar hij mag geen maatregelen treffen die in strijd zijn met de Grondwet of met internationaalrechtelijke verplichtingen.³⁴¹ Het betreft dus een zeer vergaande bevoegdheid, waarmee beheerders uiterst terughoudend dienen om te springen.³⁴² Het betreft met nadruk een noodbevoegdheid.³⁴³ Toch moeten beheerders ook niet schromen hiervan gebruik te maken, indien het gevaar in hun ogen niet met de gebruikelijke wettelijke instrumenten en bevoegdheden kan worden afgewend. Deze bevoegdheid kan ook na afloop van een gevaarsituatie worden ingeroepen om nieuwe gevaarsituaties te kunnen afwenden, of om de vermeerdering van de reeds geleden schade te kunnen voorkomen.³⁴⁴ Zodra de feitelijke omstandigheden dat toelaten, brengt de beheerder het waterstaatswerk weer zo veel mogelijk in overeenstemming met de in de legger voorgeschreven staat.³⁴⁵ Dit betekent ook dat hij, wanneer de dreiging van gevaar voldoende is afgenomen, de voorzieningen die zijn getroffen om het gevaar af te wenden of de schade te beperken weer wegneemt.³⁴⁶ Indien toepassing is gegeven aan de noodbevoegdheid en het verplichte herstel van de betreffende waterstaatswerken, draagt de beheerder zorg voor een evaluatie van het optreden en verdere handelen.³⁴⁷ Dit kan een basis bieden voor de aanpassing of aanvulling van calamiteitenplannen.

4.5.6. Maatregelen in het kader van de (her)verdeling van waterrechten

Hierboven besprak ik welke instrumenten in het kader van de overheidszorg voor de zoetwatervoorziening kunnen worden ingezet om de beschikbare gebruikshoeveelheid zoetwater te vergroten. Het betrof zogenoemde kwantiteitsverhogende maatregelen, zoals het aanleggen van extra oppervlaktewater en het verhogen van waterpeilen. Het is de vraag of de dreiging van watertekorten enkel aan de hand van dergelijke maatregelen te lijf moet worden gegaan. In de schaarse literatuur hoort men daarnaast de roep om fundamentele wijzigingen door te voeren in het traditionele en sterk behoudende systeem van de verdeling van water(gebruiks)rechten.³⁴⁸ Volgens Van Rijswick en Robbe verdient het voor een adaptief zoetwaterbeheer dan ook overweging een

340 Indien het bestuur van een waterschap beslist gebruik te maken van de noodbevoegdheid, dan doet het hiervan onverwijld melding bij gedeputeerde staten. Zie art. 5.30 lid 2 Waterwet.

341 Het is onduidelijk wat hiermee precies wordt bedoeld. In mijn ogen mogen veiligheidsmaatregelen bijvoorbeeld niet leiden tot vrijheidsontneming en evenmin tot aanmerkelijke schade in andere staten. Zie wat dat laatste betreft bijvoorbeeld Gilissen 2009, p. 35-38 en Nollkaemper & De Villeneuve 2007, p. 776.

342 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 124.

343 In art. 5.31 Waterwet zijn bevoegdheden opgenomen voor gedeputeerde staten, de commissaris van de koning, respectievelijke de minister om toepassing te geven aan hun aanwijzingsbevoegdheden ex art. 3.12 en art. 3.13 Waterwet. Dit kan slechts indien zij menen dat het bestuur van een waterschap in een concrete gevaarsituatie in onvoldoende mate optreedt.

344 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 123-124.

345 Zie art. 5.30 lid 3 Waterwet.

346 Zie Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 124-125.

347 Zie art. 5.30 lid 4 Waterwet.

348 Zie Backes, Keessen & Van Rijswick 2012, p. 190-214; Van Rijswick & Robbe 2011; en Van Rijswick 2011b.

benadering te kiezen die beter is toegerust op het omgaan met onzekere en veranderende omstandigheden en meer mogelijkheden biedt voor een billijk en daarmee legitiemer en effectiever verdelingssysteem.³⁴⁹ Hieronder bespreek ik enkele maatregelen die daaraan kunnen bijdragen.

4.5.6.1. Wijzigingen in het verdelingsbeleid

De verdeling van watergebruiksrechten (en overigens ook vervuilingrechten) vindt in belangrijke mate plaats op beleidsniveau. Bij de vaststelling van waterplannen gaan waterbeheerders na welke hoeveelheid water per seizoen onder normale omstandigheden op hun beheergebied ter verdeling beschikbaar is. De totale (periodieke en regionale) beschikbare hoeveelheid water wordt aangeduid als het 'plafond'. Voorts wordt nagegaan hoeveel van dat beschikbare water globaal nodig is om de veiligheid te garanderen, en om klink, zetting en onherstelbare schade aan de natuur te voorkomen. Tevens wordt berekend welke hoeveelheid water benodigd is om de (andere) reeds bestaande waterrechten te dienen. De resterende hoeveelheid water kan worden verdeeld over de overige belangen. Uiteraard kan differentiatie plaatsvinden naar soorten watergebruik, waarbij de waterbeheerders een grote mate van beleidsvrijheid toekomt. In feite geeft de waterbeheerder, aan de hand van functietoekenningen aan wateren,³⁵⁰ in zijn plan aan welke vorm van watergebruik periodiek en regionaal recht heeft op welke hoeveelheid water. Een nadere verdeling van gebruiksrechten kan voor bepaalde vormen van gebruik plaatsvinden aan de hand van een vergunningensysteem of een systeem van algemene regels.

Waterbeheerders stellen dus per planperiode hun beleid vast omtrent de verdeling van watergebruiksrechten. Bij een planherziening kan ook een wijziging van het beleid ten aanzien van de zoetwaterverdeling worden doorgevoerd, bijvoorbeeld door wijzigingen te brengen in de functietoekenning van wateren. Het kan in de eerste plaats een wijziging betreffen in de concrete verdeling van de hoeveelheid nog te verlenen gekwantificeerde gebruiksrechten per sector. Hierbij kan bijvoorbeeld worden bepaald dat voor bepaalde vormen van gebruik in de volgende planperiode geen vergunningen meer zullen worden verleend. Dit kan tevens betekenen dat voor een bepaalde vorm van gebruik ten opzichte van de voorgaande planperiode juist meer gekwantificeerde gebruiksrechten kunnen worden verleend, al dan niet ten koste van andere vormen van watergebruik. Aan de hand hiervan kunnen bepaalde vormen van watergebruik worden gestimuleerd, of kunnen bepaalde vanuit beleidsmatig oogpunt onwenselijke ontwikkelingen juist worden afgeremd. Dergelijke beleidswijzigingen zijn in het verleden zelfs aanleiding geweest voor het wijzigen of intrekken van vergunningen.³⁵¹

349 Zie Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 21.

350 De functietoekenning van wateren is van groot belang voor de verdeling van schaarse waterrechten, omdat hieruit in grote lijnen kan worden afgeleid wie aanspraak kan maken op schaars water. Zie Van Rijswijk 2011b, p. 143-144.

351 Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 263 en Van Rijswijk 2011b, p. 151. Zie tevens de in beide bronnen genoemde jurisprudentie (in voetnoot 14 resp. 59). Havekes en Van Rijswijk stellen dat het anti-verdrogingsbeleid onder de voormalige Grondwaterwet tot gevolg heeft gehad dat grondwateronttrekkingen

Ik kom nog terug op de mogelijkheden die hiertoe bestaan in het kader van de huidige wetgeving.

Beleidswijzigingen kunnen er voorts op zijn gericht bepaalde vormen van watergebruik die voorheen zonder vergunning plaatsvonden onder een vergunningplicht te brengen. Hierdoor kan de waterbeheerder een duidelijker beeld krijgen van de concrete waterbehoefte en de hoeveelheid water die feitelijk wordt gebruikt, en krijgt deze tevens betere mogelijkheden om sturend op te treden in de verdeling. Het vergroten van de reikwijdte van de vergunningplicht heeft overigens wel een praktische keerzijde, aangezien het toetsen van vergunningaanvragen tijdrovend kan zijn en een zware extra belasting kan vormen. Er moeten dus dringende redenen bestaan om hiertoe over te gaan. Zo kan een sterke groei van het watergebruik in een bepaalde sector ten opzichte van andere sectoren hiertoe bijvoorbeeld aanleiding geven. Het voordeel van een vergunningensysteem is dat de waterbeheerder een sterkere hand krijgt in de verdeling van schaarse waterrechten en zodoende gericht uitvoering kan geven aan adaptief en toekomstgericht waterbeleid. Het is daarbij wel van belang dat vergunningen voortaan niet meer voor onbepaalde tijd worden verleend (zie hierna).

4.5.6.2. Wijzigingen in de vergunningverleningssystematiek

Beleidswijzigingen kunnen ook de systematiek van de vergunningverlening zelf betreffen. De huidige systematiek van vergunningverlening is gebaseerd op het wedren-principe 'wie het eerst komt, het eerst maalt'.³⁵² Die systematiek laat waterbeheerders weinig ruimte om verschillende aanvragen naast elkaar te leggen en aan de hand van nader vast te stellen beleidsmatige toetsingscriteria te komen tot een wenselijke (wellicht tijdelijke) verdeling van gebruiksrechten. Onder meer vanuit het oogpunt van aanpassingsgerichte innovatie, de behoefte aan zuinig en efficiënt watergebruik, en mogelijk ook bijzondere gebiedskenmerken en gebiedseigen belangen, kan wel een voorkeur bestaan voor deze mogelijkheid. Het verdient daarom aanbeveling het 'wedren-principe' te vervangen door een systeem van 'concurrerende aanvragen'. Dit kan immers stimuleren tot de ontwikkeling van innovatieve methoden van watergebruik binnen bepaalde sectoren. Aan de hand hiervan kan tevens worden gekomen tot een adequatere verdeling van waterrechten, die niet enkel is gericht op de behoeften van de individuele gebruikers, maar tevens op de meeromvattende complexe regionale behoeften en belangen. Een nieuwe verdelingssystematiek vergt wel een bewuste kentering in het waterbeleid.

Naast of in aanvulling op bovenstaande kan men ook denken aan wijzigingen met betrekking tot de inhoud en strekking van watervergunningen. Zo kan worden bepaald dat vergunningen voor onttrekkingen van grond- dan wel oppervlaktewater voortaan niet meer voor onbepaalde tijd zullen worden verleend. Dit brengt

voor laagwaardig gebruik, zoals het beregenen van grasland, in toenemende mate zijn afgebouwd. Dit heeft geleid tot een halt op de verlening van nieuwe vergunningen, maar ook tot de wijziging en intrekking van reeds bestaande vergunningen. De rechter achtte het nieuwe beleid hiertoe een afdoende motivering.

352 Zie Van Rijswijk 2011b, p. 149-150.

het voordeel met zich dat watervergunningen naar verloop van tijd aflopen, zodat ruimte ontstaat voor een herbeoordeling van aanvragen in het licht van de dan concrete omstandigheden, waarvan men zich nu nog geen duidelijk beeld kan vormen. Vergunningverlening voor onbepaalde tijd leidt immers tot een starre situatie, waarin de rechtszekerheid van vergunninghouders in de weg staat aan het adequaat reageren op klimatologische veranderingen en andere relevante ontwikkelingen. Dit biedt tevens weinig mogelijkheden voor nieuwkomers, hetgeen een rem kan zetten op de innovatie binnen bepaalde sectoren.³⁵³ Om dit beleid in de praktijk te brengen, dient bij voorkeur een daartoe strekkende algemene bevoegdheid te worden opgenomen in de betreffende regelgeving.³⁵⁴ Zo kan worden overwogen aan paragraaf 6.2 Waterwet een artikel (bijvoorbeeld art. 6.20a) toe te voegen dat luidt: ‘Een vergunning wordt verleend voor een daarbij aan te geven periode.’ In verband met een dergelijke bepaling kunnen nadere eisen worden gesteld.³⁵⁵

Een andere gesignaleerde belemmering voor de adequate en adaptieve verdeling van schaarse waterrechten is dat waterbeheerders bij de verlening van een watervergunning de grondslag van de aanvraag niet kunnen verlaten.³⁵⁶ Indien deze mogelijkheid in de Waterwet wordt opgenomen, dan hebben waterbeheerders meer ruimte om afwegingen te maken en beleid te vormen over de grenzen van de toelaatbaarheid van bepaalde vormen van watergebruik op bepaalde locaties. Zodoende kan ook bij de vergunningverlening meer gebiedsgericht maatwerk worden geleverd, hetgeen van belang kan zijn bij de klimaatbestendige inrichting van het land. Zo kan de vergunningverlener meer sturing geven aan de concentratie of juist de spreiding van bepaalde vormen van watergebruik, en tevens beter vanuit een eigen visie paal en perk stellen aan bepaalde vormen van watergebruik. Het verdient, mede om willekeur te voorkomen, wel aanbeveling dat waterbeheerders te dien aanzien een duidelijke richting aangeven in hun beleid. In het licht van bovenstaande kan worden overwogen aan paragraaf 6.2 Waterwet een artikel (bijvoorbeeld art. 6.20b) toe te voegen dat luidt: ‘Een vergunning kan worden verleend in afwijking van hetgeen is aangevraagd.’ Ook te dien aanzien kunnen nadere eisen worden gesteld.

Een laatste punt waarop in het licht van bovenstaande moet worden gewezen, is de mogelijkheid aan een watervergunning voorschriften en beperkingen te verbinden. Deze mogelijkheid vloeit voort uit art. 6.20 lid 1 Waterwet, maar beperkt zich nadrukkelijk niet tot de daar genoemde elementen. Zo kunnen bijvoorbeeld ook voorschriften in een vergunning voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater worden opgenomen die ertoe strekken te streven naar steeds zuinigere en efficiëntere vormen van watergebruik. Dit is overigens niet direct van invloed op de verdeling van waterrechten. Aan de hand van dergelijke voorschriften kan wel invloed worden uitgeoefend op het gedrag van vergunninghouders en hun bewustwording omtrent de mogelijke gevolgen van waterschaarste. In het licht van bovenstaande kan worden

353 Zie Van Rijswijk 2011b, p. 150 en p. 154.

354 Zie Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 13.

355 Een vergelijkbaar resultaat kan overigens worden bereikt met het opnemen van een actualiseringsplicht in de Waterwet. Ik ga daar hieronder nader op in.

356 Zie Van Rijswijk & Robbe 2011, p. 20.

overwogen dat vergunningverleners in hun beleid opnemen dat vergunningen voor wateronttrekkingen slechts worden verleend onder nader vast te stellen voorwaarden. Zodoende zijn deze voorwaarden kenbaar en kunnen vergunningaanvragers daarop reeds bij hun aanvraag anticiperen.

4.5.6.3. De wijziging of aanvulling van watervergunningen

Nieuwe inzichten omtrent de gevolgen van klimaatverandering of reeds merkbare verander(en)de omstandigheden te dien aanzien kunnen leiden tot beleidswijzigingen, waarin de behoefte aan een nieuwe verdeling van waterrechten tot uitdrukking komt. Om tot een herverdeling van waterrechten te komen, kan het noodzakelijk zijn reeds verleende vergunningen voor de onttrekking van grond- dan wel oppervlaktewater te wijzigen, aan te vullen of zelfs in te trekken. Het is echter de vraag in hoeverre het huidige wettelijke systeem hiertoe de mogelijkheden biedt, of dat dit systeem op dat punt wijziging behoeft. Bij de beantwoording van die vraag verdient het algemene opmerking dat art. 6.22 Waterwet een bijzondere bevoegdheidsgrondslag vormt voor het wijzigen, aanvullen dan wel intrekken van watervergunningen. Alleen de intrekingsbevoegdheid in dit artikel is geclausuleerd. Bij een rechtmatige wijziging, aanvulling of intrekking van een watervergunning kan aanleiding bestaan het daardoor geleden nadeel te compenseren. Dit kan gedeeltelijk worden ondervangen door de beleidswijziging vroegtijdig aan te kondigen, zodat de wijzigingen of intrekkingen beter voorzienbaar zijn. Zodoende kunnen vergunninghouders ook beter anticiperen op de voorgenomen beleidswijziging.

Het eerste lid van art. 6.22 Waterwet regelt de wijziging en aanvulling van reeds verleende watervergunningen en de daaraan verbonden voorschriften en beperkingen. Deze bevoegdheid is niet geclausuleerd, zodat kan worden aangenomen dat het bestuursorgaan dat de vergunning verleende een ruime mate van beoordelingsvrijheid heeft om te bepalen of en onder welke omstandigheden een vergunning wijziging of aanvulling behoeft. Aangezien de houder van een watervergunning in een tamelijk rechtszekere positie verkeert, dient deze bevoegdheid echter niet te ruim te worden opgevat. De vergunningverlener zal duidelijk moeten beargumenteren welke dwingende of zwaarwegende redenen het noodzakelijk maken een reeds verleende vergunning te wijzigen of aan te vullen. Het valt niet uit te sluiten dat beleidswijzigingen betreffende de (wijze van de) verdeling van waterrechten met het oog op de verwachte klimaatveranderingen kunnen voorzien in dergelijke argumenten. Het verdient wel de voorkeur dat in het licht van dergelijke beleidswijzigingen ook duidelijk wordt aangegeven dat, op welke wijze, in welke mate en op welke termijn bestaande vergunningen zullen worden gewijzigd of aangevuld.

Er bestaat onduidelijkheid over de soort wijzigingen en aanvullingen die toelaatbaar zijn. In het licht van de herverdeling van gebruiksrechten valt in de eerste plaats te denken aan een wijziging van de vergunde hoeveelheid te onttrekken water. Het is de vraag of dit toelaatbaar is, indien dat gebeurt met het enkele of voornaamste

oogmerk te komen tot een nieuwe verdeling van waterrechten.³⁵⁷ Vermoedelijk is dit eerder toelaatbaar, wanneer het een beleidsdoel is bepaalde (intensieve) vormen van watergebruik terug te dringen of af te bouwen met het oog op het bereiken van de doelstellingen van de Waterwet.³⁵⁸ Dergelijke wijzigingen kunnen overigens ook worden beschouwd als gedeeltelijke intrekkingen. Men kan in dit kader ook denken aan het opleggen van een tijdelijke seizoensgebonden beperking, inhoudende dat de vergunninghouder met het oog op het voorkomen van waterschaarste in een bepaald seizoen geen of minder water mag onttrekken. Een mogelijke aanvulling kan de toevoeging van een voorschrift betreffen op grond waarvan de vergunninghouder gehouden is bij zijn onttrekkingen bepaalde, ten tijde van de vergunningverlening nog niet bekende, innovatieve technieken toe te passen. Ook kan worden gedacht aan voorschriften omtrent de toepassing van nieuwe technieken voor een efficiënter, duurzamer of multifunctioneel watergebruik in bepaalde sectoren.

Een wijziging kan in mijn ogen niet inhouden dat een voor onbepaalde tijd verleende vergunning nog slechts voor bepaalde tijd zal voortbestaan. Datzelfde geldt in mijn ogen ook voor een dermate ingrijpende wijziging dat ten opzichte van de oude vergunning geen gebruik van wezenlijk belang meer overblijft. Dergelijke wijzigingen komen immers in feite neer op de intrekking van een vergunning, waartoe een bijzondere met waarborgen en voorwaarden omwonden wettelijke bevoegdheid in het leven is geroepen. Bij een intrekking kan overigens een redelijke termijn worden geboden voordat het intrekkingbesluit formeel van kracht wordt.³⁵⁹ De ontoelaatbaarheid van wijzigingen die feitelijk een intrekking inhouden, vloeit mijns inziens mede voort uit de wettelijke grenzen en voorwaarden die aan of omtrent de intrekkingbevoegdheid zijn gesteld. Hieronder ga ik daar nader op in. Een en ander leidt tot de vaststelling dat de huidige wettelijke regeling omtrent de wijziging of aanvulling van watervergunningen haar waarde met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering kan bewijzen. Deze waarde ligt echter vooral in de mogelijkheid innovaties op het terrein van duurzaamheid en efficiëntie te implementeren in reeds bestaande vergunningen. Deze bevoegdheid biedt geen mogelijkheid om te komen tot een herverdeling van waterrechten.

4.5.6.4. De intrekking van watervergunningen

In het tweede en derde lid van art. 6.22 Waterwet zijn regels gesteld omtrent de intrekking van watervergunningen.³⁶⁰ De Waterwet biedt twee grondslagen voor de intrekking van watervergunningen. De eerste grondslag betreft de bevoegdheid een

³⁵⁷ Zie Van Rijswijk 2011b, p. 154.

³⁵⁸ Vgl. Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 263 en de daar opgesomde jurisprudentie.

³⁵⁹ Zie Den Ouden 2010, p. 710.

³⁶⁰ In dat kader is ook het vierde lid van belang, dat bepaalt dat de vergunningverlener niet overgaat tot het intrekken van een vergunning, voor zover kan worden volstaan met een wijziging of aanvulling van de aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen. Voordat wordt overgegaan tot de intrekking van een vergunning, dient het daartoe bevoegde gezag dus te onderzoeken of ook kan worden volstaan met een wijziging. Bij het nemen van een intrekkingbesluit dient dat gezag in mijn visie ook te motiveren waarom niet kan worden volstaan met een wijziging.

vergunning geheel of gedeeltelijk in te trekken, indien de vergunning gedurende drie achtereenvolgende jaren niet is gebruikt. Ook wanneer de vergunning niet volledig wordt benut, bestaat in mijn ogen deze bevoegdheid. Deze bevoegdheid kan van groot belang zijn bij de herverdeling van gebruiksrechten. Het kan immers voorkomen dat een aanvraag wordt ingediend voor een veel grotere hoeveelheid te onttrekken water, dan de aanvrager op korte termijn voornemens is feitelijk te gaan onttrekken. Zodoende bezit hij gebruiksrechten, waar hij geen gebruik van maakt. Als te lang sprake is van het in onbruik zijn van gebruiksrechten, is het niet zonder meer onredelijk dat de vergunninghouder deze rechten kan verliezen. Deze bevoegdheid lijkt vooral in het leven te zijn geroepen om een eerlijke (her)verdeling van waterrechten over de verschillende gebruikers te bewerkstelligen, en om de concentratie van ongebruikte waterrechten met het oog op de belangen van andere watergebruikers te voorkomen. Het toepassingsbereik van deze bevoegdheid is echter beperkt tot in onbruik verkerende waterrechten.

De tweede grondslag betreft de gehoudenheid een watervergunning geheel of gedeeltelijk in te trekken, in de eerste plaats wanneer de vergunninghouder daarom verzoekt. Dit moet ook wanneer zich omstandigheden of feiten voordoen waardoor het gebruik van de vergunning niet langer toelaatbaar wordt geacht met het oog op de doelstellingen van de Waterwet. Ten slotte moet een vergunning worden ingetrokken indien een verbindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie, dan wel een wettelijk voorschrift ter uitvoering daarvan, daartoe verplicht.³⁶¹ Ik beperk me in deze bespreking tot het tweede element.³⁶² In welke gevallen sprake is van toepasbaarheid van deze grondslag, staat ter beoordeling van het bevoegd gezag. Op dit punt bestaat dus de nodige discretionaire ruimte. Wel is het verband tussen de vergunde gedraging en de wettelijke doelstellingen een onmiskenbaar en niet te omzeilen vereiste voor de toepassing van de intrekkingbevoegdheid. Is dit verband afwezig of niet aannemelijk te maken, dan kan en mag de watervergunning niet reeds op grond daarvan worden ingetrokken.

Deze intrekkingbevoegdheid kan dus van grote waarde zijn, indien bijvoorbeeld wordt verwacht dat door de huidige hoeveelheid wateronttrekkingen de waterveiligheid niet meer kan worden gegarandeerd, ernstige schade ontstaat aan natuur of ecologische waarden, of andere belangen in ernstige mate dreigen te worden geschaad door te verwachten watertekorten. In dergelijke gevallen kan worden overgegaan tot het intrekken van onttrekkingsvergunningen, in hoofdzaak met als doel het plafond van de beschikbare onder gebruikers te verdelen hoeveelheid water naar beneden bij te stellen. De hier besproken intrekkingbevoegdheid lijkt echter geen geschikt instrument voor de herverdeling van schaarse waterrechten.³⁶³ Een eerlijke, gelijkmatige, billijke, duurzame, klimaatbestendige dan wel anderszins politiek-wenselijke verdeling van waterrechten is immers geen doelstelling van de Waterwet. Men zou de noodzaak van een herverdeling van bestaande waterrechten overigens wel kunnen zoeken in

³⁶¹ Zie art. 6.22 lid 3 sub a, b, respectievelijk sub c Waterwet.

³⁶² Zie tevens Van Rijswick 2011b, p. 152-155. Zie in algemene zin Den Ouden 2010, p. 708-713.

³⁶³ Ook Van Rijswick komt tot die conclusie in Van Rijswick 2011b, p. 153-154.

het kader van de verbetering van de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen,³⁶⁴ al dan niet in combinatie met een aanpassing in de functietoekenning aan wateren. Daarmee zou bijvoorbeeld een herverdeling tussen verschillende vormen van watergebruik kunnen worden gerechtvaardigd. De verantwoording van een intrasectorale herverdeling lijkt hiermee echter lastig. Het is tevens de vraag of de rechter dergelijke betogen op basis van het huidige recht zal volgen. Het ligt immers in de lijn der verwachtingen dat tegen intrekingsbesluiten zal worden geageerd.

Met Van Rijswijk ben ik van mening dat onder meer met het oog op de aanpassing aan de verwachte gevolgen van klimaatverandering behoefte kan bestaan aan de herverdeling van watergebruiksrechten, en dat de intrekings- en wijzigingsbevoegdheid daartoe, in combinatie met vroegtijdige en aankondigende beleidswijzigingen, de meest voor de hand liggende instrumenten zijn. Ik onderschrijf echter ook haar conclusie dat deze instrumenten, zoals zij zijn vormgegeven in de huidige Waterwet, daartoe geen mogelijkheid lijken te bieden, behoudens het geval waarin een vergunninghouder langdurig nalaat gebruik te maken van zijn vergunning. Voor een (al dan niet billijke en duurzame) herverdeling van schaarse waterrechten is een wijziging van de Waterwet dan ook op haar plaats. Een wijziging in deze richting houdt wel een grote breuk in met hetgeen tot op heden gebruikelijk is in het Nederlandse waterbeheer. Een herverdeling zou overigens weinig zin hebben, wanneer wordt vastgehouden aan het gebruik om vergunningen voor onbepaalde tijd te verlenen. De integrale herziening van het systeem van de verdeling van waterrechten verdient mede vanuit het oogpunt van flexibiliteit, duurzaamheid, veerkracht en de omgang met onzekerheden dus zeker overweging.

Voor een inter- of intrasectorale herverdeling van waterrechten is dus niet alleen een wijziging van het wettelijke vergunningverleningssysteem nodig, maar ook een mentaliteitswijziging in de vergunningverleningspraktijk. Dat zal niet gaan zonder slag of stoot. Er zal tevens de nodige tijd overheen gaan, voordat de adaptieve benadering van mogelijke herverdelingen en vergunningen voor bepaalde tijd wortel heeft geschoten in de praktijk. Het verdient dan ook geen aanbeveling hiertoe op korte termijn dwingende bepalingen op te nemen in de Waterwet of het systeem op korte termijn zeer ingrijpend te veranderen. Wel bestaat er in die praktijk de behoefte om ervaring op te doen met (kleinschalige) herverdelingen en de alternatieve vormen van vergunningverlening. Daartoe dient uiteraard een wettelijke grondslag in het leven te worden geroepen. Met het oog daarop deed ik hierboven reeds een aanbeveling tot wijziging van de Waterwet. Met het oog op de herverdeling door de (gedeeltelijke) intrekking van vergunningen kan de wetgever in overweging nemen aan art. 6.22 lid 2 Waterwet een nieuw onderdeel³⁶⁵ toe te voegen dat luidt: 'b. indien de vergunning voor onbepaalde tijd is verleend en het gebruik daarvan zich, in relatie tot de andere vormen van watergebruik, op enig moment niet langer verdraagt met de vervulling van

364 Zie art. 2.1 lid 1 sub c Waterwet.

365 Het tweede lid valt in dat geval uiteen in twee onderdelen. Zodoende omvat het een aanhef die luidt: 'Het bevoegd gezag kan een vergunning geheel of gedeeltelijk intrekken;', en twee onderdelen, waarvan het eerste luidt: 'a. indien de vergunning gedurende drie achtereenvolgende jaren niet is gebruikt', en het tweede nieuw is.

de aan het watersysteem toegekende functies.' Enkele elementen verdienen een nadere toelichting.

Het geniet vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet de voorkeur dat voor bepaalde tijd verleende vergunningen kunnen worden ingetrokken. Zij worden immers voor bepaalde tijd verleend om na verloop van tijd van rechtswege te vervallen. Hierboven en elders is de voorkeur uitgesproken dat voortaan nog slechts vergunningen voor bepaalde tijd worden verleend. Deze bepaling is dus hoofdzakelijk van belang voor het doorbreken van situaties, waarin de huidige (starre) verdeling van waterrechten enigerlei belemmeringen vormt voor de uitvoering van op innovatie of adaptatie gerichte beleidsvoornemens. Er is voorts een bewuste aansluiting gezocht bij de functievervulling en de wettelijke doelstelling waterschaarste te voorkomen. In dat verband is het van belang de vergunning steeds te bezien in relatie tot de andere vormen van watergebruik in het beheergebied. Hiermee wordt bedoeld op de bij voorkeur billijke verdeling van waterrechten, zoals eerder werd geopperd door Van Rijswijk.³⁶⁶ Alle vormen van watergebruik dienen zich immers voor een goede functievervulling met elkaar te verdragen. De functies van watersystemen kunnen in de loop der tijd (per planperiode) veranderen. De systematiek van de verdeling van waterrechten moet op dergelijke veranderingen zijn toegerust. Deze en de hierboven gedane aanbevelingen dragen daar aan bij.

4.5.7. Tussenconclusies

Waterbeheerders staat een groot aantal instrumenten ter beschikking om uitvoering te geven aan hun adaptatiebeleid. Enerzijds zal bij de adaptatie aan klimaatverandering met het oog op de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast nog betrekkelijk veel belang toekomen aan de traditionele waterhuishoudkundige maatregelen, zoals dijkversterkingen, peilbeheer, en het vergroten de spui- en bemalingscapaciteit. Anderzijds komt de nadruk steeds meer te liggen op het vergroten van de bergings- en afvoercapaciteit van watersystemen, de veerkrachtige ruimtelijke gebiedsinrichting, en voorts ook op werende maatregelen, ruimtelijke reserveringen en calamiteitenbeheer. Elk van deze instrumenten heeft een plaats in het beleidsconcept 'meerlaagse veiligheid'. Het is met het oog op de sterk verschillende regionale omstandigheden ondoenlijk en onwenselijk een vaste rangorde tussen de instrumenten te bepalen. Waterbeheerders dienen binnen de kaders die het recht hun biedt zelf te zoeken naar de optimale of een optimale combinatie van maatregelen waarmee zij hun adaptatiedoelstellingen zullen trachten te bereiken. De keuze voor specifieke maatregelen zal in belangrijke mate samenhangen met de beleidskeuzen die worden gemaakt bij het bepalen van de adaptatiedoelstellingen. Zolang die keuzen op een zorgvuldige wijze tot stand komen en deugdelijk worden gemotiveerd, zijn de (combinatie)mogelijkheden in beginsel onbegrensd.

Ook aan de overheidszorg inzake de zoetwatervoorziening kan uitvoering worden gegeven door middel van het treffen van traditionele maatregelen, zoals peil-

³⁶⁶ Zie Van Rijswijk 2011b, p. 158.

verhogingen en het aanleggen van extra oppervlaktewater. Op dat terrein bestaat ook ruimte voor innovatieve maatregelen, zoals alternatieve vormen van waterberging, waarbij de mate van succes mede afhankelijk is van particuliere initiatieven en bereidheid tot medewerking. Het is overigens niet vanzelfsprekend dat de zorg voor de zoetwatervoorziening uitsluitend verantwoordelijkheden voor de overheid in zich draagt.³⁶⁷ Particulieren dragen ook eigen verantwoordelijkheden, waarop zij moeten worden gewezen. Waterbeheerders hebben discretionaire ruimte ten aanzien van het bepalen van de strekking en de concrete invulling van de overheidstaak. Naast het treffen van de nodige capaciteitverhogende maatregelen kan het op dit beleidsterrein noodzakelijk zijn verdergaande maatregelen te overwegen ter fundamentele aanpassing van de huidige verdelingssystematiek. Zo dient het zogenoemde ‘wedrenprincipe’ bij de verdeling van waterrechten te worden losgelaten en dient plaats te worden ingeruimd voor een competitiever en meer op innovatie gericht verdelingssysteem. Voorts dienen gebruiksrechten niet langer voor onbepaalde tijd te worden verleend. Ten slotte dient de invoering van instrumenten te worden overwogen aan de hand waarvan een feitelijke herverdeling van waterrechten kan worden bewerkstelligd.

4.6. Conclusies

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre waterbeheerders op basis van het huidige recht bij de uitoefening van hun wettelijke taken en bevoegdheden zijn gehouden te anticiperen op de onzekere gevolgen van klimaatverandering en of zij daartoe beschikken over de geschikte instrumenten. Een eerste conclusie is dat het instrumentarium over het algemeen toereikend is, maar dat vooral het wettelijke systeem voor de verdeling van watergebruiksrechten nog verbetering behoeft.

Hoewel de Waterwet geen expliciete verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering bevat, kan niet worden ontkend dat dergelijke verplichtingen wel degelijk bestaan. Het gaat echter niet zo ver dat derden op basis van de bestaande wettelijke zorgplichten in rechte alle (volgens hen) noodzakelijke adaptatiemaatregelen kunnen afdwingen. De concreet genormeerde zorgplichten stellen een duidelijke grens aan hetgeen van beheerders in rechte kan worden afgedwongen. Beheerders zijn wel bevoegd verderstreckende beschermingsmaatregelen te treffen, maar kunnen daartoe niet in rechte worden gedwongen, ook niet met een beroep op de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De wettelijke norm is bepalend voor de vraag of waterbeheerders tekortschieten in hun zorgplicht. De wetgever wordt geacht de onzekere klimaatrisico's te betrekken in zijn overwegingen omtrent de vaststelling van beschermingsnormen.

In verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten dienen de betrokken waterbeheerders zelf te beoordelen in hoeverre behoefte bestaat aan adaptatiemaatregelen, welke maatregelen in dat geval moeten worden getroffen, en op welke termijn

³⁶⁷ Het spreekt wel meer voor zich dat de zorg voor de waterveiligheid voornamelijk op de overheid rust. De zorg voor de bescherming tegen wateroverlast door afvloeiend hemelwater en overtollig grondwater is daarentegen primair een particuliere verantwoordelijkheid. Zie wat dat betreft ook paragraaf 4.3.4.4.

daaraan behoefte bestaat. Zij dienen bovenal zelf de grenzen van hun verantwoordelijkheden in kaart te brengen in hun beleid. Zij hebben wat dat betreft veel discretionaire ruimte, maar zij dienen wel verantwoording af te leggen over de te dien aanzien genomen beslissingen. Deze beslissingen moeten getuigen van de nodige zorgvuldigheid en proportionaliteit. Anders dan in verband met de concreet genormeerde zorgplichten, worden de betrokken waterbeheerders zelf geacht de onzekere klimaatrisico's te betrekken in hun overwegingen omtrent de feitelijke strekking van hun zorgplichten. Die overwegingen kunnen door de rechter worden beoordeeld op hun rechtmatigheid. De ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, althans de in dat verband ontwikkelde gevaarzettingsleer, kan daarbij van belang zijn.

Het kan onder de huidige omstandigheden en met het oog op de huidige wetenschappelijke inzichten omtrent klimaatverandering als onzorgvuldig worden aangemerkt, indien een betrokken waterbeheerder relevante onzekere klimaatrisico's in zijn beleid zonder meer naast zich neerlegt. Er bestaat op basis van het huidige recht dus een juridisch afdwingbare verplichting voor waterbeheerders om zorgvuldig adaptatiebeleid te voeren. Aan de inhoudelijke strekking van die verantwoordelijkheid dient echter nog de nodige invulling te worden gegeven, niet in de laatste plaats in het beleid van waterbeheerders zelf, maar óók en bovenal in de relevante wet- en regelgeving. Vooral wat betreft dat laatste, is met het oog op de duidelijkheid omtrent de strekking van juridische verantwoordelijkheden, de rechtszekerheid en de uniformiteit van adaptatiebeleid nog aanzienlijke terreinwinst te boeken.

Met het oog daarop deed ik in paragraaf 4.4 een aantal aanbevelingen. Ik geef hieronder een overzicht van die aanbevelingen; voor een nadere toelichting zij verwezen naar de afzonderlijke paragrafen en de reeds getrokken tussenconclusies in paragraaf 4.4.8. In de eerste plaats dient in art. 2.1 Waterwet te worden geëxpliciteerd dat de toepassing van de Waterwet er mede op kan zijn gericht de te verwachten nadelige gevolgen van klimaatverandering te voorkomen of te beperken, om de doelmatigheid van het waterbeheer ook op de langere termijn te kunnen garanderen. Voorts dient te worden geëxpliciteerd dat de bij of krachtens de Waterwet gestelde beschermingsnormen met nadruk zijn bedoeld om een minimaal en in rechte afdwingbaar beschermingsniveau te bieden en er niet toe strekken waterbeheerders te beperken in het treffen van verdergaande beschermingsmaatregelen. Bovendien dient in de relevante bepalingen over waterplannen, beheerplannen en rioleringsplannen een passage te worden opgenomen, waarin wordt geëxpliciteerd dat in de betreffende planvormen adaptatiebeleid moet worden neergelegd. In verband daarmee dienen voorts in algemene regels (bijvoorbeeld op grond van art. 3.11 Waterwet) nadere inhoudelijke voorschriften omtrent dat beleid te worden neergelegd. Deze aanbevelingen dragen bij aan de totstandkoming en verbetering van een duurzaam en klimaatbestendig Nederlands waterbeheer. Daarnaast passen deze aanbevelingen goed binnen de in paragraaf 4.4.7 besproken voorzorgsbenadering, zodat deze kunnen worden aangemerkt als wettelijke integratie van die benadering binnen de juridische kaders van het Nederlandse waterbeheer, zonder de fundamentele karaktereigenschappen daarvan aan te tasten.

Deel II

Aansprakelijkheid

In deel II van dit proefschrift staat de vraag centraal in hoeverre voor waterbeheerders een dreiging van aansprakelijkheid bestaat voor de klimaatdan wel gevolgschade in verband met hun gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik beperk me wat dat betreft tot de bespreking van drie aansprakelijkheidssystemen, te weten de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen (hoofdstuk 6), de aansprakelijkheid voor gebrekkige waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstallen in de zin van art. 6:174 BW (hoofdstuk 7), en de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsgedragingen op grond van het égalitébeginsel (hoofdstuk 8). Ter concretisering van de hoofdvraag ligt de nadruk hoofdzakelijk op de vraag in hoeverre en in welke mate in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling zal worden gegeven aan de verschillende kenmerkende toetsingselementen van de genoemde aansprakelijkheidssystemen. Ik begin dit deel met een algemeen hoofdstuk over schade, schadeoorzaken en de competentieverdeling tussen de civiele en administratieve rechter (hoofdstuk 5).

≈ 5 Algemeen over schade, schadeorzaken en competentieverdeling

5.1. Inleiding

In de recente juridische literatuur wordt steeds meer aandacht geschonken aan de rol van het recht – in het bijzonder het aansprakelijkheidsrecht – in het licht van de klimaatverandering.¹ De nadruk ligt daarbij echter vooral op de (privaatrechtelijke) aansprakelijkheid voor klimaatverandering als zodanig, en slechts bij relatieve uitzondering op de overheidsaansprakelijkheid in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.² Mede daardoor is het vooralsnog onduidelijk welke rol de verschillende systemen binnen het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid in dat kader (kunnen) spelen. In de volgende hoofdstukken ligt daarom de nadruk op de vraag in hoeverre en in welke mate in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling zal worden gegeven aan de toetsingselementen van drie relevante aansprakelijkheidssystemen.³ Ter voorbereiding daarop bespreek ik in dit hoofdstuk enkele algemene thema's die van belang zijn voor de beantwoording van die vraag. Zo is het voor de toepassing van de verschillende aansprakelijkheidssystemen van belang te weten met welk soort overheidsgedragingen men te maken kan krijgen, en tevens welke soorten schade dergelijke gedragingen met zich kunnen brengen. Ik ga daar in paragraaf 5.2 nader op in. Voorts is het in het kader van vragen omtrent overheidsaansprakelijkheid van belang een duidelijk beeld te schetsen van de competentieverdeling tussen de administratieve rechter en de civiele rechter. Daarbij is ook het bovenbedoelde onderscheid relevant. De competentieverdeling en enkele daaraan verwante thema's staan centraal in paragraaf 5.3. In paragraaf 5.4 geef ik per onderscheiden categorie overheidsgedragingen aan hoe de competentieverdeling in concrete zin uitvalt. Ik sluit dit algemene hoofdstuk in paragraaf 5.5 af met enkele conclusies.

-
- 1 Zie voor (bundelingen van) bijdragen bijvoorbeeld Ramnewash-Oemrawsingh & De Kramer (red.) 2006; Van Dijk 2007; Spier 2008; Teesing (red.) 2009; Braams, Van Rijn & Scheltema (red.) 2010; en Teesing (red.) 2012. Zie voor enkele bijdragen over internationale aansprakelijkheid bijvoorbeeld Tol & Verheyen 2004; Nollkaemper 2007; Faure & Nollkaemper 2007; en Okkerse 2012.
 - 2 Enkele recente uitzonderingen zijn Geerdink & Scheltema 2010; Brans & Winterink 2012; en Gilissen & Schueler 2012.
 - 3 Zie recent en zeer uitgebreid en in algemene zin over uiteenlopende aspecten van overheidsaansprakelijkheid Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012.

5.2. Schade en schadeorzaken in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

5.2.1. Algemeen

Het is niet goed mogelijk uitspraken te doen over overheidsaansprakelijkheid, indien niet duidelijk is met welke soorten overheidsgedragingen en schade men te maken heeft of kan krijgen. Dat geldt ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, aangezien men in dat kader te maken kan krijgen met een groot aantal verschillende soorten overheidsgedragingen. In paragraaf 4.5 besprak ik voorbeelden van instrumenten die waterbeheerders daarbij in het licht van hun verschillende zorgplichten in het waterbeheer ter beschikking staan. Reeds daar bleek dat adaptatiemaatregelen bestaan in uiteenlopende soorten en maten. Daarbij is niet alleen het onderscheid tussen maatregelen naar hun feitelijke aard van belang, maar – vooral voor dit proefschrift – ook het onderscheid naar juridische kwalificatie van de gedragingen. Een wijziging van wet- of regelgeving krijgt immers een andere juridische kwalificatie dan een concreet besluit tot uitvoering van een bepaalde maatregel, en evenzo verschilt een feitelijke (uitvoerings)handeling vanuit juridisch oogpunt van het neerleggen van adaptatiebeleid in een bepaalde planvorm. Toch is elk van deze handelingen te beschouwen als een gedraging in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ook het *niet* verrichten van dergelijke handelingen is een gedraging in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Bovengenoemde en andere gedragingen zullen in de adaptatiepraktijk overigens vaak nauwe onderlinge samenhang vertonen en een complex geheel van gebeurtenissen vormen.

In verband met elk van de genoemde gedragingen kan schade ontstaan. Schade kan door een gelaedeerde althans in verband worden gebracht met elk van de genoemde gedragingen. Bij het niet verrichten van bepaalde handelingen (hierna gebruik ik ook de term ‘nalaten’) denkt men in de eerste plaats aan schade door overstromingen, wateroverlast en verdroging of waterschaarste (klimaatschade). In verband met de genoemde handelingen denkt men hoofdzakelijk aan schade dóór die handelingen (gevolgschade). Elke vorm van schade valt te beschouwen als schade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Wie schade lijdt, zal vermoedelijk streven naar de vergoeding daarvan. Het is in dat licht aannemelijk dat gelaedeerden hun vorderingen tot schadevergoeding zullen richten tot de betrokken waterbeheerder, en zich ter verkrijging van een oordeel over de rechtmatigheid en de aansprakelijkheid zullen wenden tot de rechter. In dat verband is de juridische kwalificatie van de gedragingen relevant. Hiervan is immers het antwoord op de vraag afhankelijk tot welke rechter (civiel of administratief) men zich met enige kans op succes dient te wenden. In het complexe samenstel van gedragingen is het overigens niet altijd duidelijk door welke gedraging de schade precies is ontstaan. Hieronder presenteer ik een juridische categorisering van soorten overheidsgedragingen die men in het kader van adaptatie aan klimaatverandering kan verwachten (paragraaf 5.2.2).⁴ In paragraaf 5.2.3 bespreek ik

4 Deze categorisering leent zich ook voor algemene toepassing.

de soorten schade die zich in verband met dergelijke gedragingen kunnen voordoen. Ik vat een en ander kort samen in paragraaf 5.2.4.

5.2.2. Categorisering van overheidsgedragingen

5.2.2.1. Vier hoofdcategorieën

Overheidsgedrag kent vele facetten, zo ook met het oog op adaptatie aan klimaatverandering. Het is ondoenlijk om een volledig overzicht te geven van alle concreet mogelijke overheidsgedragingen. Daarom volsta ik met een categorisering naar juridische kwalificatie van de gedragingen.⁵ Het meest basale onderscheid in overheidsgedragingen betreft enerzijds het *handelen* en anderzijds het *nalaten*. Handelen kan plaatsvinden in de vorm van het verrichten van (1) *feitelijke handelingen* en (2) *rechtshandelingen*. Deze twee categorieën zijn op hun beurt weer onder te verdelen in subcategorieën, die hieronder afzonderlijk ter sprake komen. Voor het aanwijzen van de soort schade kan het voorts overigens van belang zijn onderscheid te maken tussen adequaat en inadequaat handelen. Het nalaten valt uiteen in de categorieën (3) *nalaten ondanks een tot de overheid gericht verzoek tot handelen* en (4) *zuiver nalaten*. Ook deze twee categorieën vallen uiteen in meerdere subcategorieën, die hierna worden besproken. Een en ander leidt tot het volgende overzicht van mogelijke overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering:

1. Feitelijke handelingen:

- a. Zelfstandig feitelijk handelen zonder verband met een besluit of andere rechtshandeling
 - a1) Adequaat zelfstandig feitelijk handelen
 - a2) Inadequaat zelfstandig feitelijk handelen
- b. Zelfstandig feitelijk handelen voorafgaand aan een besluit
- c. Feitelijk handelen ter uitvoering van een besluit

2. Rechtshandelingen:

- a. Privaatrechtelijke rechtshandelingen
- b. Appellabele besluiten
 - b1) Adequate appellabele besluiten
 - b2) Inadequate appellabele besluiten
- c. Niet-appellabele besluiten
 - c1) Adequate niet-appellabele besluiten
 - c2) Inadequate niet-appellabele besluiten
- d. Formele wetgeving

⁵ Deze indeling in categorieën overheidsgedragingen bouwt voort op het door Schueler en mij gemaakte onderscheid in Gilissen & Schueler 2012.

3. Nalaten ondanks verzoek tot handelen:

- a. Weigering op een verzoek een appellabel besluit te nemen
- b. Weigering op een verzoek een niet-appellabel besluit te nemen of een andere handeling te verrichten waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat
- c. Geen reactie op verzoek

4. Zuiver nalaten:

- a. Nalaten te handelen conform een privaatrechtelijke wettelijke plicht of ongeschreven gedragsnorm
- b. Nalaten te handelen conform een publiekrechtelijke wettelijke plicht of ongeschreven gedragsnorm

5.2.2.2. Categorie 1: Feitelijke handelingen

De categorie 'feitelijk handelen' kan verder worden opgedeeld in de subcategorieën 'zelfstandig feitelijk handelen zonder verband met een besluit of andere rechtshandeling' (1a), 'zelfstandig feitelijk handelen voorafgaand aan een besluit' (1b), en 'feitelijk handelen volgend op of ter uitvoering van een besluit' (1c).⁶ Onder de eerstgenoemde categorie vallen bijvoorbeeld mededelingen, (mondelijke) toezeggingen en het verschaffen van informatie, maar ook feitelijke handelingen binnen het kader van een bepaalde (beheer)taak, zoals het in werking stellen van gemalen, het openen of sluiten van sluizen, het besproeien van droogtegevoelige kaden, of het feitelijke in gebruik nemen van bergingsgebieden. Vooral de laatstgenoemde handelingen kunnen in de praktijk adequaat (1a1), dan wel inadequaat blijken te zijn (1a2).⁷ De tweede subcategorie valt uiteen in met een besluit samenhangende mededelingen en toezeggingen, ontwerpbesluiten, en processuele handelingen. Onder de laatste hier genoemde subcategorie vallen feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit, en wellicht ook de feitelijke bekendmaking daarvan.

5.2.2.3. Categorie 2: Rechtshandelingen

Binnen de categorie 'rechtshandelingen' kan onderscheid worden gemaakt tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen. Onder de eerstgenoemde categorie vallen alle rechtshandelingen die de overheid evenals elke andere handlingsbekwame natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon kan verrichten (2a). Onder de tweede genoemde categorie vallen de publiekrechtelijke rechtshande-

⁶ Dit onderscheid sluit op hoofdlijnen aan bij het onderscheid van Van der Meulen tussen zelfstandige feitelijke handelingen en accessoire feitelijke handelingen. Zie Van der Meulen 1991, p. 267-278 (i.h.b. p. 267).

⁷ Inadequaatheid blijkt pas, wanneer zich in de praktijk ondanks het treffen van dergelijke maatregelen toch klimaatschade voordoet. Gebleken inadequaatheid van maatregelen leidt uiteraard niet zonder meer tot de conclusie dat de betrokken waterbeheerder onrechtmatig heeft gehandeld en op grond daarvan aansprakelijk kan zijn. Dat zou immers betekenen dat waterbeheerders reeds aansprakelijk zijn, indien zich (klimaat)schade voordoet.

lingen die overheidsorganen uitoefenen uit hoofde van de aan hen toebedeelde verantwoordelijkheden, de aan hen opgedragen taken, en de aan hen toegewezen bevoegdheden. Het gaat hier hoofdzakelijk om het nemen van besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Een belangrijk categoriserend onderscheid is dat tussen appellabele besluiten (2b) en niet-appellabele besluiten (2c), i.e. besluiten waartegen wel, respectievelijk geen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter. Een verder onderscheid kan worden gemaakt tussen besluiten van algemene strekking en beschikkingen (art. 1:3 lid 2 Awb). In beide subcategorieën kan het van belang zijn of het besluit adequaat (2b1 en 2c1) of inadequaat (2b2 en 2c2) is of blijkt te zijn.⁸ Een laatste belangrijke categorie publiekrechtelijke rechtshandelingen is de wetgeving in formele zin (2d). Formele wetten zijn niet appellabel en gelden evenmin als besluiten in de zin van de Awb, omdat de formele wetgever geen bestuursorgaan is.

5.2.2.4. Categorie 3: Nalaten ondanks een verzoek tot handelen

De derde categorie betreft het ‘nalaten ondanks een tot de overheid gericht verzoek tot handelen’. Particulieren, privaatrechtelijke rechtspersonen of medeoverheden kunnen van mening zijn dat een waterbeheerder bepaalde handelingen moet verrichten. In die veronderstelling zullen zij het bevoegde overheidsorgaan benaderen met een verzoek om die handelingen ook daadwerkelijk te verrichten. Dergelijke verzoeken kunnen van algemene strekking zijn, maar kunnen zich ook richten op het treffen van specifiek omschreven maatregelen. Binnen deze categorie kan onderscheid worden gemaakt tussen situaties waarin schriftelijk wordt geweigerd een appellabel besluit te nemen (3a), situaties waarin wordt geweigerd een niet-appellabel besluit te nemen of een andere handeling te verrichten waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat (3b), en situaties waarin een reactie op het verzoek uitblijft (3c).

5.2.2.5. Categorie 4: Zuiver nalaten

De laatste categorie betreft het ‘zuiver nalaten’. Binnen deze categorie is het onderscheid tweeledig. Onder zuiver nalaten wordt verstaan het nalaten te handelen in lijn met een wettelijke plicht of een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het gaat in deze categorie dus om schade die ontstaat, doordat een verantwoordelijk overheidsorgaan bepaalde handelingen niet (heeft) verricht, terwijl dat juridisch gezien wel moet of had moeten.⁹ Het onderscheid betreft enerzijds het nalaten te handelen conform een *privaatrechtelijke* wettelijke plicht of ongeschreven gedragsnorm (4a).

⁸ Ook hier dient men te bedenken dat inadequaatheid niet gelijk staat aan onrechtmatigheid en dus niet zonder meer kan leiden tot aansprakelijkheid.

⁹ Nota bene: het *handelen* in strijd met een wettelijke plicht of ongeschreven gedragsnorm valt niet onder de categorie ‘zuiver nalaten’. Dit lijkt logisch, maar is niet altijd even duidelijk. Wanneer in een concreet geval bijvoorbeeld procedurele of materiële normen die gelden bij de totstandkoming van besluiten worden veronachtzaamd, heeft het verantwoordelijke overheidsorgaan nagelaten te handelen in lijn met deze normen. Toch valt dit in mijn ogen niet aan te merken als een zuiver nalaten, maar als (onrechtmatig) handelen binnen de categorie ‘rechtshandelingen’. De schade is dan immers het gevolg van het verkeerd genomen besluit.

Anderzijds betreft dit onderscheid het nalaten te handelen in overeenstemming met een *publiekrechtelijke* wettelijke plicht of gedragsnorm, die vaak aan overheidsorganen zijn opgelegd in de vorm van een (wettelijke) taak of zorgplicht (4b). In het kader van adaptatie aan klimaatverandering zal, wanneer zich klimaatschade heeft voorgedaan, hoogstwaarschijnlijk het grootste belang toekomen aan de laatstgenoemde categorie. Het is dan de vraag in hoeverre de betrokken waterbeheerder op basis van zijn zorgplichten adaptatiemaatregelen had moeten treffen om de klimaatschade te voorkomen of te beperken.¹⁰

5.2.3. Soorten schade; klimaatschade en gevolgschade

Hierboven heb ik de mogelijke gedragingen van waterbeheerders in het kader van adaptatie aan klimaatverandering onderverdeeld in vier categorieën en twaalf subcategorieën. In verband met feitelijk elke (sub)categorie van overheidsgedragingen kan schade ontstaan, althans dat kan men stellen. In deze paragraaf volgt een uiteenzetting van de soorten schade die men in het kader van adaptatie aan klimaatverandering zou kunnen verwachten. In een bijdrage aan de bundel ‘Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?’ van de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht maakten Schueler en ik onderscheid tussen *klimaatschade* en *gevolgschade* in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.¹¹ Ook in dit proefschrift ga ik uit van dit onderscheid. Ik licht beide vormen van schade hieronder nader toe.

Het verdient voorts algemene opmerking dat er geen wettelijke definitie bestaat van het begrip ‘schade’;¹² de wetgever heeft de invulling van dit rechtsbegrip grotendeels overgelaten aan de doctrine¹³ en de rechtspraak.¹⁴ Het juridische schadebegrip is een functioneel begrip dat hoofdzakelijk een rol speelt bij de vaststelling van welk nadeel in een concreet geval voor vergoeding in aanmerking komt. Art. 6:95 BW maakt onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel. Vermogensschade betreft nadeel dat direct of indirect tot het vermogen van een benadeelde valt te herleiden, of met andere woorden ‘het vermogen raakt’. Deze schade is in de meeste gevallen uit te drukken in geld. Het kan zowel geleden verlies betreffen als gederfde winst (art. 6:96 lid 1 BW).¹⁵ Het begrip ‘ander nadeel’ wordt afgezet tegen het begrip

10 Zie daarover hoofdstuk 6.

11 Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 147-148.

12 Een uitgebreide verhandeling over het begrip ‘schade’ is wel te vinden in Lindenbergh 2008, p. 45-74.

13 In de literatuur richt men zich hoofdzakelijk op de vraag of het begrip ‘schade’ een zuiver feitelijk begrip is, dan wel een begrip met een normatief karakter. Ook speelt de vraag of het een concreet of juist een abstract begrip betreft. Voor een duidelijke weergave van deze en andere discussies over het begrip ‘schade’ verwijs ik naar Lindenbergh 2008. Ik ga daar in dit proefschrift niet dieper op in.

14 De Hoge Raad stelt zich terughoudend op bij de invulling van het schadebegrip. De Hoge Raad laat bij die invulling betrekkelijk veel beoordelingsvrijheid aan lagere rechters. Enkele oude arresten geven deze houding van de Hoge Raad duidelijk weer: HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570 m.nt. E.M. Meijers (*Voortse Stroom*); HR 31 december 1937, NJ 1938, 517 m.nt. E.M. Meijers (*Unitas*); en HR 14 november 1958, NJ 1959, 15 m.nt. L.E.H. Rutten (*Clifford Kocq van Breugel/Van Romunde*). In deze arresten laat de Hoge Raad steeds in het midden welke strekking aan het begrip ‘schade’ moet worden toegekend. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat het schadebegrip een zeer ruime strekking heeft.

15 Ook kosten die redelijkerwijs worden gemaakt ter voorkoming of beperking van de schade, ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid, en ter verkrijging van voldoening buiten recht, kunnen als

‘vermogenschade.’ Het gaat in de meeste gevallen om immateriële schade: schade die zich voordoet in de gevoelsfeer van de gelaedeerde.¹⁶ In dit proefschrift doel ik met het begrip ‘schade’ enkel op vermogenschade, waarmee ik uiteraard niet uitsluit dat de effecten van klimaatverandering ook kunnen leiden tot schade in de gevoelsfeer van benadeelden.

5.2.3.1. Klimaatschade

Klimaatschade kan zich voordoen wanneer de negatieve effecten van klimaatverandering zich manifesteren. De negatieve effecten van klimaatverandering kunnen uiteenlopende ontwrichtende en schadelijke gevolgen hebben binnen feitelijk alle sectoren van de samenleving. In het kader van het waterbeheer valt te denken aan schade door overstromingen of wateroverlast. Voorts kunnen zich schadelijke gevolgen van droogte en waterschaarste voordoen, zoals verdroging van kaden en (natte) natuurgebieden, verzilting, schade door watertekorten, en een achteruitgang van de waterkwaliteit. In concrete zin kan het gaan om schade aan roerende en onroerende zaken,¹⁷ letselschade¹⁸ en andere schade die op een of andere manier het vermogen raakt, zoals derving van inkomsten of geleden verlies.¹⁹ Deze schade is niet het directe gevolg van de handelingen van waterbeheerders, maar kan (door benadeelden) wel in verband worden gebracht met het feit dat zij daartegen niet of niet in voldoende mate zijn opgetreden. Benadeelden kunnen menen dat een betrokken waterbeheerder door het niet treffen van (de juiste) adaptatiemaatregelen is tekortgeschoten in een van zijn wettelijke taken. Zodoende kan klimaatschade in verband worden gebracht met de gedragingen van waterbeheerders, zoals inadequate zelfstandige feitelijke handelingen (categorie 1a2), inadequate appellabele of niet-appellabele besluiten (categorieën 2b2 en 2c2), weigeringen dergelijke besluiten te nemen of dergelijke handelingen te verrichten (categorie 3a en 3b), het niet reageren op verzoeken dergelijke besluiten te nemen of handelingen te verrichten (categorie 3c), of het (vermeend onrechtmatig) nalaten te handelen conform een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke plicht of gedragsnorm (categorie 4a en 4b). Daarmee is nog niets gezegd over de vraag of en in hoeverre waterbeheerders ook daadwerkelijk met succes aansprakelijk kunnen worden gesteld voor klimaatschade. Die vraag staat naast andere vragen centraal in hoofdstuk 6 van dit proefschrift.

Het is overigens lastig de exacte grens te bepalen tussen klimaatschade en ‘gewone’ schade in het kader van het waterbeheer (waterschade). Niet elke vorm van waterschade is immers in verband te brengen met klimaatverandering. Andersom valt

vermogenschade voor vergoeding in aanmerking komen, zo volgt uit art. 6:96 lid 2 BW.

16 Zie daarover bijvoorbeeld Lindenbergh 1998.

17 Denk aan verzakte funderingen, schade aan kabels en leidingen, schade aan (bedrijfs)woningen, kantoorpanden, restaurants, hotels, stallen of schuren, schade aan gewassen (met als gevolg mislukte oogsten), en schade aan auto's of andere transportmiddelen.

18 Denk aan kneuzingen, botbreuken, open wonden en sterfgevallen.

19 Denk aan verlies van inkomsten door verminderde bereikbaarheid of volledige onbereikbaarheid van (bedrijfs)personeel of klanten, omrijdschade, en kosten ter voorkoming, beperking of reparatie van schade. Denk ook aan verlies van inkomsten doordat oogsten wegens droogte zijn mislukt of tegenvallen.

klimaatschade – althans binnen de begrenzings van dit proefschrift – wel altijd aan te merken als waterschade. De dreiging van klimaatschade is dus in feite dat zich op termijn waterschade kan voordoen als gevolg van klimaatverandering. Klimaatschade is daarmee in een hypothetische situatie de waterschade die zich vanaf een bepaald moment en onder een ten minste gelijkblijvend zorgniveau voordoet, doordat de plaatselijke klimatologische omstandigheden ten opzichte van dat moment zijn veranderd. Ook het moment waarop klimaatschade zich kan of zal voordoen, is vooraf lastig te bepalen. Het nalaten te handelen of inadequaaf handelen aan de zijde van waterbeheerders betekent bovendien niet zonder meer dat zich ook daadwerkelijk klimaatschade zal voordoen. Wel wordt in theorie de dreiging van en dus de kans op klimaatschade bij het uitblijven van (adequate) maatregelen in stand gehouden, althans niet verminderd of weggenomen. Het risico op klimaatschade is dus omgeven met onzekerheden, die nauw samenhangen met de onzekerheden omtrent de concrete effecten van de klimaatverandering. Deze onzekerheden uiteten zich in de eerste plaats in de basale vraag of, waar en wanneer zich klimaatschade zal voordoen. Bijkomende onzekerheden betreffen vragen als welk soort klimaatschade dreigt, in welke sectoren het risico het grootst is, en hoe ernstig de schade zal zijn wanneer deze zich voordoet. Dit geeft weer aanleiding voor een groot aantal technisch en politiek getinte vragen, zoals de vraag aan de hand van welke maatregelen deze risico's het best kunnen worden weggenomen of beperkt, wie eigenlijk (juridisch) verantwoordelijk is voor het treffen van dergelijke maatregelen,²⁰ en wat de gevolgen van dergelijke maatregelen zullen of kunnen zijn voor de omgeving.

5.2.3.2. Gevolgschade

Gevolgschade betreft de schade die het directe gevolg is van een bepaalde overheidsge-draging in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het gaat hoofdzakelijk om schade door overheidshandelen in dat kader, dus handelingen waarmee overheden trachten klimaatschade te voorkomen of te beperken. Te denken valt aan schade door zelfstandige feitelijke handelingen, al dan niet voorafgaand aan besluiten (categorieën 1a en 1b), uitvoeringshandelingen (categorie 1c), privaatrechtelijke rechtshandelingen (categorie 2a), appellabele of niet-appellabele besluiten (categorieën 2b en 2c), formele wetgeving (categorie 2d), en schriftelijke weigeringen besluiten te nemen of niet-appellabele (rechts)handelingen te verrichten (categorieën 3a, 3b en 3c). Het onderscheid tussen adequate en inadequate handelingen is hier niet relevant, want ook het verrichten van inadequate handelingen kan gevolgschade met zich brengen. Uiteraard blijft er bij inadequaaf handelen nog wel een risico op klimaatschade bestaan, maar de inadequaafheid blijkt pas wanneer deze schadevorm zich daadwerkelijk voordoet. Ook bij gevolgschade kan worden gedacht aan schade aan roerende en onroerende

²⁰ Op de verantwoordelijkheidsvraag ging ik in de voorgaande hoofdstukken reeds in. Een belangrijke principiële vraag die in dat verband speelt, is de vraag in hoeverre adaptatie aan klimaatverandering een overheidsverantwoordelijkheid is, en in hoeverre ook particulieren daartoe eigen verantwoordelijkheden hebben. Zie Driessen & Van Rijswijk 2011.

zaken en schade die op een andere manier het vermogen raakt, zoals derving van inkomsten of geleden verlies. Het optreden van letselschade lijkt minder waarschijnlijk, maar kan – bijvoorbeeld met het oog op onvoorzichtigheden tijdens de uitvoering van adaptatiemaatregelen – niet worden uitgesloten.

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij klimaatschade, is het bij gevolgschade in de meeste gevallen minder lastig het moment te bepalen waarop deze schade kan of zal ontstaan. De schade ontstaat immers als direct gevolg van de overheidsgedraging. Zo kan de schending van geschreven of ongeschreven normen schade veroorzaken, maar aan het ontstaan van gevolgschade hoeft niet altijd een normschending vooraf te gaan. In veel gevallen is een bepaalde mate van benadeling inherent aan het uitvoeren van adaptatiemaatregelen en kan deze vooraf worden berekend en begroot. Dergelijk nadeel kan meestal niet geheel worden voorkomen, maar vaak wel worden beperkt door het betrachten van een bepaalde mate van zorgvuldigheid. In veel gevallen valt met de mogelijke dreiging van rechtmatig dan wel onrechtmatig toe te brengen gevolgschade dus rekening te houden bij de voorbereiding van handelingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Waterbeheerders trachten met hun adaptatiemaatregelen de dreiging van klimaatschade in te perken. Dat zou vanuit aansprakelijkheidsoogpunt weinig zin hebben, indien de dreiging van gevolgschade door dergelijke handelingen in de plaats komt van de dreiging van klimaatschade. Schueler en ik wezen er in dit verband reeds op dat waterbeheerders in het kader van adaptatie aan klimaatverandering in theorie voor verschillende aansprakelijkheidsvuren staan, hetgeen van invloed kan zijn op hun afwegingen en gedragingen.²¹

5.2.4. Tussenconclusies

Overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering laten zich onderscheiden in *handelingen* en vormen van *nalaten*. Binnen die groepen is onderscheid mogelijk tussen feitelijke handelingen en rechtshandelingen, respectievelijk nalaten ondanks een verzoek tot handelen en zuiver nalaten. Ook binnen deze categorieën overheidsgedragingen is nader onderscheid mogelijk, hetgeen leidt tot een opdeling in twaalf subcategorieën (paragraaf 5.2.2). In verband met elke (sub)categorie kan zich schade voordoen, waarbij ik onderscheid maak tussen *klimaatschade* en *gevolgschade* (paragraaf 5.2.3). Klimaatschade kan in verband worden gebracht met het achterwege blijven van maatregelen aan de zijde van een waterbeheerder. Het betreft dan vormen van nalaten. Klimaatschade kan ook in verband worden gebracht met (vermeend) inadequate handelingen van waterbeheerders. Ik spreek in dit proefschrift slechts van gevolgschade in verband met overheids*handelingen* in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het hierboven gemaakte onderscheid is van belang bij de beantwoording van de vraag in hoeverre er concrete dreiging uitgaat van overheidsaansprakelijkheid voor de bij adaptatie betrokken waterbeheerders. Deze

²¹ Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 190. Die conclusie kan ook worden getrokken uit de bijdrage van Geerdink & Scheltema 2010.

vraag kan, zoals zal blijken, per subcategorie leiden tot (gedeeltelijk) andere uitkomsten.

5.3. De competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter

5.3.1. Algemeen

Hierboven onderscheidde ik twaalf categorieën overheidsgedragingen die in verband kunnen worden gebracht met klimaat- dan wel gevolgschade. Gelaedeerden kunnen menen dat deze schade hun op onrechtmatige wijze is toegebracht en dat zij dus recht hebben op vergoeding daarvan. Ook kunnen zij menen dat zij, ondanks de rechtmatigheid van de handeling in kwestie, aanspraak kunnen maken op de compensatie van het door hen ondervonden nadeel. Hoewel dergelijke geschillen in veel gevallen zonder tussenkomst van een rechter kunnen worden beslecht, kunnen gerechtelijke procedures niet worden uitgesloten. Ook zijn dergelijke procedures niet uit te sluiten wanneer volgens potentiële gelaedeerden klimaatschade dreigt. In die gevallen staat echter niet het verkrijgen van schadevergoeding centraal, maar juist het verkrijgen van een uitspraak waarmee de betrokken waterbeheerder wordt geboden (bepaalde) handelingen te verrichten. Voordat de bevoegde rechter overgaat tot de inhoudelijke beoordeling van de aan hem voorgelegde geschillen, verdienen twee belangrijke voorvragen in het kader van de competentieverdeling tussen de civiele en de administratieve rechter de aandacht. In concreto betreft het de vraag of de rechter bevoegd is en de vraag naar de ontvankelijkheid van de eiser. Beide voorvragen komen hieronder aan bod in paragraaf 5.3.2 en 5.3.3.

Er heeft lange tijd discussie bestaan over de vraag of de civiele rechter de mogelijkheid moet hebben te oordelen in geschillen tussen particulieren en de overheid. Deze vraag werd in de loop der tijd steeds anders en soms tegengesteld beantwoord. Een belangrijke ontwikkeling was de invoering van een systeem van administratieve rechtspraak, naast het algemene systeem van de civiele rechtspraak.²² De huidige wettelijke grondslag hiervoor is te vinden in art. 112 lid 2 Grondwet. Tegenwoordig oordeelt de bestuursrechter, kort gezegd, over de rechtmatigheid van appellabele besluiten. De burgerlijke rechter oordeelt over de rechtmatigheid van niet-appellabele overheids-

22 Zie voor een bespreking van de belangrijkste ontwikkelingen op dit terrein Drion 1950; Van Maanen 1996; Van Maanen & De Lange 2005, p. 15-31; en Scheltema & Scheltema 2008, p. 301-306. Zie voor relevante jurisprudentie op dit terrein: KB 5 oktober 1822, Stb. 44; KB 20 mei 1844, Stb. 25; HR 22 mei en 28 juni 1863, W 2499 (*Zuidplaspolder*); HR 9 juni 1971, W 3340 (*Stad Vlissingen I*) en HR 21 juni 1872, Ned. Regtspraak, deel 101, p. 195-205; HR 29 mei 1896, W. 6817 (*Vrouwse Elske*); HR 21 april 1898, W. 7116 (*Rhedense Koe*); HR 10 mei 1901, W. 7606 (*Rotterdamse Huizen*); HR 9 mei 1902, W. 7766 (*Baron van der Borch van Verwolde*); HR 31 december 1915, NJ 1915, 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*); HR 31 januari 1919, W. 10365 m.nt. Molengraaf (*Lindenbaum/Cohen*); HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (*Ostermann I*); HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1138 m.nt. EMM (*Strooppot*); HR 23 november 1939, NJ 1940, 242 m.nt. EMM (*Zuiderhaven*); HR 5 mei 1933, NJ 1933, 875 m.nt. EMM (*Meerboei 60*); HR 20 december 1940, NJ 1941, 365 m.nt. EMM; HR 3 april 1947, NJ 1947, 381 m.nt. EMM (*Loosdrechtse buitenhuis*); HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (*Heesch/Reijs*); EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102, AB 1986, 1 (*Benthem/ Nederland*).

gedragingen. Deze rechter is in dat kader tevens exclusief bevoegd schadeverzoeken te beoordelen. Er bestaat daarentegen een onoverzichtelijk stelsel van wegen waarlangs schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten en daarmee onlosmakelijk samenhangende feitelijke handelingen kan worden gevorderd. De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten beoogt daarin de nodige procedurele vereenvoudigingen door te voeren.²³ Deze wet was tijdens het schrijven van dit proefschrift nog niet in werking getreden, maar wel reeds gepubliceerd in het *Staatsblad*.²⁴ Aangezien (gedeeltelijke) inwerkingtreding op 1 juli 2013 wordt verwacht, behandel ik deze wet in paragraaf 5.3.4, en tevens in hoofdstuk 6 en 8 van dit proefschrift, als geldend recht.²⁵ Ik ga in de genoemde paragraaf kort in op de veranderingen die deze wet met zich brengt ten opzichte van het huidige systeem. In paragraaf 5.3.5 ga ik nader in op het beginsel van de formele rechtskracht, als belangrijk leerstuk in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Ik sluit af met conclusies in paragraaf 5.3.6.

5.3.2. De bevoegdheid van de rechter

De eerste voorvraag betreft de rechterlijke *bevoegdheid*, zowel die van de burgerlijke als die van de bestuursrechter. De bevoegdheid van de bestuursrechter is betrekkelijk eenvoudig te bepalen, want deze rechter beperkt zich tot de toetsing van *besluiten*.²⁶ Bovendien is een aantal besluiten bij wet uitgezonderd van beroep; dergelijke besluiten vallen onder de categorie *niet-appellabele besluiten*. Formele wetgeving valt buiten het besluitbegrip en dus ook buiten de competentie van de bestuursrechter. De resterende categorie wordt, weinig verrassend, aangeduid met de term *appellabele besluiten*. De bestuursrechter kan dus – behoudens zijn mogelijkheden tot indirecte toetsing – geen rechtmatigheidsoordeel vellen over overheidshandelingen die niet als besluit zijn te kwalificeren, noch over de van beroep op de bestuursrechter uitgezonderde besluiten. Ook is hij niet bevoegd te oordelen over eventuele vorderingen tot vergoeding van schade die is ontstaan door dergelijke niet-appellabele handelingen. Hij zal zich in dergelijke gevallen dus onbevoegd (moeten) verklaren.²⁷ Voor een rechtmatigheidsoordeel is de eiser in die gevallen aangewezen op de burgerlijke rechter, ook wat betreft eventuele verzoeken om schadevergoeding. De bestuursrechter komt na een onbevoegdverklaring niet meer toe aan de ontvankelijkheidstoetsing.

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter wordt aangenomen indien het geschillen betreft over ‘burgerlijke rechten of schuldvorderingen’ (art. 112 lid 1 Grondwet).²⁸

23 Zie voor een integrale bespreking van de doelstellingen Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3. Zie tevens Van den Broek 2011, en Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema 2011.

24 Zie Stb. 2013, 50; Wet van 31 januari 2013 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten).

25 Inmiddels is het deel betreffende de schadevergoeding in verband met onrechtmatige besluiten – zoals verwacht op 1 juli 2013 – in werking getreden (zie Stb. 2013, 162). Inwerkingtreding van het deel betreffende de nadeelcompensatie laat vooralsnog op zich wachten.

26 Zie art. 8:1 lid 1 Awb.

27 Op de onbevoegde rechter rust overigens wel de wettelijke doorzendplicht ex art. 6:15 lid 1 Awb.

28 Zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1150-1153.

Deze bevoegdheid is algemener en ruimer dan die van de bestuursrechter, juist omdat de civiele rechter, wanneer het overheidshandelen betreft, bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van zowel appellabele besluiten, als niet-appellabele besluiten en andere handelingen die niet als een besluit kunnen worden gekwalificeerd. De bevoegdheid van de burgerlijke rechter overlapt dus die van de bestuursrechter, in het bijzonder waar het gaat om appellabele besluiten. Deze overlap is volledig, maar betekent niet dat de burgerlijke rechter ook daadwerkelijk toekomt aan de feitelijke beoordeling van de rechtmatigheid van appellabele besluiten. De eiser is in dergelijke gevallen immers niet-ontvankelijk. In paragraaf 5.3.3 ga ik nader in op de ontvankelijkheid.

De civiele rechter baseert zijn bevoegdheid op het *voorwerp van geschil*. Dat wil zeggen dat deze rechter zich bevoegd acht kennis te nemen van een geschil, indien de aanlegger daarvan verzoekt te worden beschermd in een recht waarop art. 112 lid 1 Grondwet betrekking heeft. De door de eiser gestelde rechtsverhouding is hier dus bepalend voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter, niet de rechtsverhouding zoals die in werkelijkheid is.²⁹ Dit wordt aangeduid als de *obiectum-litis* leer, die reeds in 1915 door de Hoge Raad werd geïntroduceerd in het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout*.³⁰ Stelt de eiser dus bijvoorbeeld dat door een overheidsorgaan jegens hem onrechtmatig is gehandeld, dan zal de burgerlijke rechter zich bevoegd moeten verklaren, omdat het een gestelde inbreuk op burgerlijke rechten betreft. Een en ander impliceert dat de bevoegdheidstoets van de burgerlijke rechter amper een drempel opwerpt met het oog op de toegang tot deze rechter. Zolang de aanlegger zijn eis maar privaatrechtelijk inkleedt, zal de civiele rechter zich bevoegd achten kennis te nemen van het geschil.

5.3.3. De ontvankelijkheid van de eiser

Een volgende voorvraag is of de eiser *ontvankelijk* is in zijn vordering. Wat betreft de toegang tot de bestuursrechter wordt de ontvankelijkheidsvraag onder meer beantwoord door na te gaan of de eiser *belanghebbende* is bij het aangevochten besluit.³¹ Hiervan is kortweg sprake wanneer zijn belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art. 1:2 lid 1 Awb). Het gaat te ver om hier uitgebreid stil te staan bij het belanghebbendenbegrip uit de Awb; daartoe verwijs ik naar de algemene literatuur over dat onderwerp.³² Wanneer een rechtstreeks belang bij een besluit ontbreekt, maar dit besluit toch schade veroorzaakt, dan kan de gelaedeerde niet-belanghebbende een civiele procedure starten bij de burgerlijke rechter. Deze rechter zal zich dan bevoegd achten, mits de eis privaatrechtelijk is ingekleed. Tevens zal hij de eiser ontvankelijk verklaren.

²⁹ Zie Schueler 2005, p. 76.

³⁰ Zie HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407, AB-Klassiek 1994, nr. 3 m.nt. Ten Berge (*Guldemon/Noordwijkerhout*). Sindsdien wordt deze leer herhaaldelijk toegepast, ook in arresten van enigszins recentere datum. Zie bijvoorbeeld HR 10 april 1987, AB 1987, 336, NJ 1988, 148 m.nt. WHH (*GCN/Nieuwegein I*) en HR 5 februari 1993, AB1993, 239 m.nt. FHvdB (*Algemene welzijnsovereenkomst Rotterdam*).

³¹ Ook art. 6:6 Awb is van belang bij de ontvankelijkheidstoets. Dit artikel blijft hier buiten beschouwing.

³² Goede suggesties zijn Schlössels 2004 en Schlössels & Zijlstra 2010, hoofdstuk 4 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

Het kan echter wel voorkomen dat op grond van het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW wordt geoordeeld dat de geschonden norm niet strekt tot de bescherming van de belangen waarin de benadeelde is getroffen.³³ De conclusie is dan echter dat niet onrechtmatig is gehandeld jegens de benadeelde, hetgeen een inhoudelijk oordeel is.

Bij de burgerlijke rechter geldt voor de ontvankelijkheid niet de eis dat iemand rechtstreeks door een overheidsgedraging in zijn belangen moet zijn getroffen. Het is aan de eiser om aannemelijk te maken dat hij voldoende procesbelang heeft.³⁴ Wat betreft de ontvankelijkheid, lijkt bij de burgerlijke rechter dus ook een soepeler regime te gelden dan bij de bestuursrechter.³⁵ In de praktijk komt het erop neer dat de burgerlijke rechter terugtreedt, indien er tegen een bepaalde overheidsgedraging een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft gestaan. Daarvan is slechts sprake, indien men te maken heeft met een appellabel besluit. De burgerlijke rechter zal zich dan wel bevoegd achten het geschil inhoudelijk te beoordelen, maar zal de eiser niet-ontvankelijk verklaren.³⁶ Zodoende komt hij niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil. Dit is met het oog op de toegang tot de burgerlijke rechter een belangrijke beperking. Tegen niet-appellabele overheidsgedragingen staat geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open. Er bestaat dan ook geen reden voor de burgerlijke rechter om een gelaedeerde niet-ontvankelijk te verklaren; hij is op dat terrein exclusief bevoegd.

Als algemene regel wat betreft de ontvankelijkheid kan dus worden gehanteerd dat de burgerlijke rechter terugtreedt, indien de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van het geschil en de appellant ontvankelijk wordt verklaard. De bevoegdheid van de bestuursrechter is met andere woorden in sterke mate bepalend voor de ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter. Er ontstaat een bijzondere situatie wanneer tegen een besluit wel een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open heeft opengestaan, maar hiervan geen gebruik is gemaakt, of het gebruik van deze rechtsgang niet heeft geleid tot een vernietiging van het besluit. Kan een benadeelde belanghebbende in dergelijke gevallen een rechtmatigheidsoordeel over dat besluit vragen aan de burgerlijke rechter, en kan hij langs die weg tevens zijn schade vergoed proberen te krijgen? Aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter zal het niet liggen, zolang de eiser zijn vordering maar privaatrechtelijk inkleedt, bijvoorbeeld door te stellen dat jegens hem een onrechtmatige overheidsdaad is gepleegd. De ontvankelijkheidstoets kan hier voor de eiser wel een onoverkomelijke drempel vormen.

Indien nog bezwaar of beroep tegen een besluit mogelijk is,³⁷ zal de burgerlijke rechter de eiser niet-ontvankelijk verklaren; de eiser dient zich te wenden tot de

33 Zie daarover paragraaf 6.7.

34 Zie daarover uitgebreid Wiggers-Rust 2011, p. 73-107.

35 Zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1153-1159.

36 Zie HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 m.nt. GJS (*Willemsse*); HR 25 november 1977, AB 1978, 1 m.nt. JRSt, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AA 1978, 361 m.nt. Jeukens (*Loosdrechtse Plassenschap*); en HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB, NJ 1992, 687 m.nt. MS, Gst. 1992, 6952, 6 m.nt. Damen, TAR 1992, 86 (*Changoe*).

37 Hiervan kan sprake zijn indien de termijn voor bezwaar of beroep nog niet is verstreken, maar ook indien sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding of wanneer het de eiser redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij beroep heeft ingesteld bij de verkeerde rechter.

bestuursrechter.³⁸ Is het besluit in een bestuursrechtelijke procedure echter in stand gelaten of is de termijn voor bezwaar en beroep verstreken, dan zal de burgerlijke rechter uitgaan van de rechtmatigheid van dat besluit, zowel wat betreft de inhoud, als de wijze van totstandkoming daarvan. Het besluit heeft dan, met andere woorden, *formele rechtskracht* gekregen. De burgerlijke rechter kan in dat geval niet (nogmaals) een oordeel vellen over de rechtmatigheid van het besluit. Daarom kan ook een vordering tot schadevergoeding wegens een onrechtmatige besluit niet meer worden toegewezen, tenzij met succes een beroep kan worden gedaan op een van de uitzonderingen op het beginsel van formele rechtskracht.³⁹ In paragraaf 5.3.5 en 6.4 ga ik nader in op het beginsel van de formele rechtskracht.

Overigens geldt ook het omgekeerde van bovenstaande. In gevallen waarin een besluit door de bestuursrechter wordt vernietigd, gaat de burgerlijke rechter bij een verzoek om schadevergoeding uit van de onrechtmatigheid van dat besluit. Het rechtmatigheidsoordeel van de bestuursrechter – indien dat is geveld – is dus sturend. De burgerlijke rechter concludeert in dergelijke gevallen niet tot niet-ontvankelijkheid van de eiser, ook niet wanneer de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over eventuele schadevergoeding. In het arrest *Groningen/Raatgever* uit 1999 oordeelde de Hoge Raad te dien aanzien – uitgaand van het niet exclusieve karakter van art. 8:73 Awb – dat voor gelaedeerden in geval van schade door onrechtmatige appellabele besluiten de keuze bestaat om schadevergoeding te vorderen via de bestuursrechtelijke, dan wel via de civielrechtelijke weg.⁴⁰ Deze keuzeruimte bestaat voort tot de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.⁴¹ Vanaf de inwerkingtreding van die wet is de eiser – althans in de gevallen waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de hoogste bestuursrechtelijke instantie is – met zijn vordering tot schadevergoeding aangewezen op de burgerlijke rechter. Slechts vorderingen onder de € 25.000 kunnen dan nog via een verzoekschrift-procedure aan de bestuursrechter worden voorgelegd (zie ook hierna).

5.3.4. De (nieuwe) competentieverdeling bij vorderingen tot schadevergoeding

Wie schade lijdt door een overheidsgedraging, kan en zal deze op de overheid willen verhalen. Hierboven bleek reeds dat de burgerlijke rechter exclusief bevoegd is te oordelen over vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige niet-appellabele gedragingen van overheidsorganen. De genoemde Wet nadeelcompensatie en

38 De burgerlijke rechter zal de eiser hierop wijzen.

39 Dat op dit beginsel uitzonderingen kunnen worden gemaakt, volgde reeds uit HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. Hennekens (Heesch – Van den Akker). Zie tevens Schueler 2005, p. 105-121. Ik ga hier niet dieper in op deze uitzonderingen.

40 Zie HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (Groningen/Raatgever).

41 Zie Stb. 2013, 50. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 29 januari 2013 zonder stemming aangenomen. Het wetsvoorstel werd op 27 maart 2012 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer en toegezonden aan de Eerste Kamer. Deze wet is, zoals gezegd, op 1 juli 2013 in werking getreden wat betreft het onderdeel over schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Het gedeelte over de nadeelcompensatie treedt op een later, nader te bepalen tijdstip in werking (Stb. 2013, 162).

schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten brengt daarin geen verandering. Ik ga daar op deze plaats ook niet nader op in. Wanneer de schadeoorzaak echter een appellabel besluit of een daarmee samenhangende feitelijke handeling is, dan bestaan tot de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving te dien aanzien verschillende wegen om schadevergoeding te verkrijgen. De nieuwe wetgeving beoogt juist op dit punt aanzienlijke vereenvoudigingen door te voeren. Ook de schade door rechtmatige overheidsgedragingen kan voor vergoeding in aanmerking komen. De nieuwe wetgeving bevat te dien aanzien een uniforme algemene regeling. Ik bespreek hieronder de verschillende wegen die naar schadevergoeding kunnen leiden. Daarbij ligt de nadruk, met het oog op de verwachte (gedeeltelijke) inwerkingtreding daarvan medio 2013, op het nieuwe systeem.

5.3.4.1. Vorderingen wegens onrechtmatige appellabele besluiten

Tot de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving kan schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten worden verkregen via vier sterk uiteenlopende wegen. In de eerste plaats kan dat door de rechter te verzoeken de overheid te veroordelen in de vergoeding van de geleden schade, nadat hij het beroep tegen een besluit gegrond heeft verklaard (art. 8:73 lid 1 Awb). Dit wordt aangeduid als een accessoir verzoek om schadevergoeding. In beroep tegen een besluit kan een benadeelde eveneens aanvoeren dat het besluit niet had mogen worden genomen zonder schadevergoeding aan te bieden; hij zal dan betogen dat het besluit onrechtmatig is, omdat het op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en tevens disproportioneel is. Dit wordt aangeduid met de term 'onzelfstandig schadebesluit'.⁴² Voorts kan een benadeelde het betrokken overheidsorgaan zelf benaderen met een verzoek de door zijn onrechtmatige gedragingen veroorzaakte schade te vergoeden. Het is, zoals hierna zal blijken, bij gebruikmaking van dit instrument overigens niet noodzakelijk dat hij tevens de rechtmatigheid van het besluit in twijfel trekt. De reactie van het overheidsorgaan op een dergelijk verzoek wordt aangeduid als een 'zelfstandig schadebesluit' dat vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter, indien het schadeveroorzakende besluit zelf ook appellabel was (connexteitsleer). Wanneer in een bestuursrechtelijke procedure de onrechtmatigheid van een besluit is komen vast te staan, dan kan een benadeelde ten slotte een vordering tot schadevergoeding instellen bij de burgerlijke rechter.⁴³

De memorie van toelichting bij het nieuwe wetsvoorstel opent met de klacht dat de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele en de administratieve rechter wat betreft schadeverzoeken nodeloos onoverzichtelijk is.⁴⁴ Het bestaan van verschillende wegen via welke schadevergoeding kan worden verkregen en het feit dat deze elkaar bovendien niet uitsluiten, wordt als verwarrend en onduidelijk ervaren.⁴⁵ Vooral aan de

⁴² Zie bijvoorbeeld Tjepkema 2005.

⁴³ De burgerlijke rechter is immers met nadruk bevoegd te beslissen in geschillen over de vergoeding van schade door onrechtmatige besluiten. Art. 8:73 Awb heeft daarmee geen exclusief karakter. Zie HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (*Groningen/Raatgever*).

⁴⁴ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 2.

⁴⁵ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 34.

verschillende procedures die bij de bestuursrechter kunnen worden gevolgd, kleven procedurele nadelen. Zo is het vaak niet mogelijk om in één procedure een rechterlijk oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van het bestreden besluit en over de toewijsbaarheid van het verzoek om schadevergoeding, omdat de omvang van de schade na de vernietiging vaak niet meteen vaststaat. Bovendien is het toepassingsbereik van art. 8:73 Awb zeer beperkt. Ook aan de procedure van het zelfstandige schadebesluit kleven nadelen die vooral samenhangen met de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter. Zo bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer sprake is van een aanvraag om een zelfstandig schadebesluit. Daarnaast sluit de connexiteitsleer niet goed aan bij de praktijk, waarin schade vaak niet alleen het gevolg is van een appellabel besluit, maar van een complex van gebeurtenissen. Voorts geldt als nadeel dat bij de beoordeling van zelfstandige schadebesluiten niet de vordering van de eiser, maar het besluit als zodanig object is van het geding. Ten slotte wordt de procedure van het zelfstandig schadebesluit als omslachtig en onnodig tijdrovend ervaren.⁴⁶

Om aan deze nadelen tegemoet te komen, introduceert de nieuwe wettelijke regeling een overzichtelijker systeem van bevoegdheidsverdeling. Art. 8:88 lid 1 Awb verklaart de bestuursrechter bevoegd op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen in de vergoeding van schade door onder meer onrechtmatige appellabele besluiten en daarmee samenhangende voorbereidingshandelingen. Deze bevoegdheid is exclusief, indien de schade het gevolg is van een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt (art. 8:89 lid 1 Awb). In alle andere gevallen van schade door onrechtmatige appellabele besluiten is de bestuursrechter slechts bevoegd voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt (art. 8:89 lid 2 Awb). De in het eerste lid genoemde gevallen zijn niet relevant in het kader van dit proefschrift; ik ga daar niet nader op in. De in het tweede lid bedoelde gevallen omvatten ook de gevallen waarin de schade het gevolg is van onrechtmatige appellabele adaptatiebesluiten. Wanneer de schade door dergelijke besluiten het genoemde bedrag te boven gaat, dient de eiser zich dus te wenden tot de burgerlijke rechter. De drempel van € 25.000 is ingevoerd om te voorkomen dat ook voor relatief lage schadebedragen bij twee verschillende rechters moet worden geprocedeerd. De weg naar de burgerlijke rechter is voor dergelijke vorderingen overigens nadrukkelijk niet afgesloten.⁴⁷ De bestuursrechter is onbevoegd, nadat een vordering bij de burgerlijke rechter is ingesteld. De burgerlijke rechter verklaart de eiser niet-ontvankelijk, indien reeds een verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is (art. 8:89 lid 3 en 4 Awb).

Deze nieuwe competentieverdeling komt in de plaats van de bestaande schadevergoedingsprocedures. Zo voorziet de nieuwe wet in de intrekking van art. 8:73 en 8:73a Awb en krijgen de besluiten inzake de vergoeding van schade wegens onrechtmatige overheidsgedragingen een plaats tussen de niet-appellabele besluiten als genoemd in art. 8:4 lid 1 Awb. Dit betekent het einde van het accessoire verzoek om schadevergoeding en het zelfstandige schadebesluit, althans wat betreft de schade door

⁴⁶ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 35-38.

⁴⁷ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 38-40.

onrechtmatige overheidsgedragingen. In de plaats daarvan voorziet de nieuwe wet in een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. Binnen de kaders van dit proefschrift komt daaraan slechts belang toe, indien de vordering tot vergoeding van de gevolgschade door onrechtmatige adaptatiebesluiten de € 25.000 niet overstijgt. Deze procedure strekt ertoe de toegankelijkheid tot de bestuursrechter voor schadeprocedures te verbeteren en de gang naar die rechter te vereenvoudigen. Een verzoekschriftprocedure leidt in vergelijking met de procedure van het zelfstandig schadebesluit bovendien tot een relatief snelle en definitieve uitspraak over het recht op schadevergoeding. Daarnaast leidt het tot een vermindering van de bestuurlijke lasten, aangezien een benadeelde na een hem onwelgevallige reactie op een verzoek om schadevergoeding niet eerst een bezwaar- en beroepsprocedure hoeft te doorlopen, maar directe toenaadering kan zoeken tot de bestuursrechter.⁴⁸

5.3.4.2. Vorderingen wegens rechtmatige overheidsgedragingen

Ook rechtmatige overheidsgedragingen kunnen schade veroorzaken, die voor vergoeding in aanmerking kan komen. Wanneer de benadeelde het betrokken bestuursorgaan verzoekt deze schade te vergoeden, kan een zelfstandig schadebesluit ontstaan. Dergelijke besluiten kunnen hun grondslag vinden in een wettelijke regeling, een gepubliceerde beleidsregel of de eerder aangestipte connexiteitsleer. Die leer houdt in dat een schriftelijke reactie van een bestuursorgaan op een verzoek om schadevergoeding wordt beschouwd als een appellabel zelfstandig schadebesluit, indien 1) de schade is veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid (materiële connexiteit), en 2) dat tegen de schadeveroorzakende uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid zelf ook beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter (procedurele connexiteit). Het komt er bij de toepassing van de connexiteitsleer op neer dat slechts een zelfstandig schadebesluit kan worden uitgelokt, indien de schade het gevolg is van een appellabel besluit. Van de toepassing van de connexiteitsleer is alleen sprake in de gevallen waarin een wettelijke nadeelcompensatieregeling ontbreekt. In het kader van dit proefschrift komt geen groot belang toe aan de connexiteitsleer, aangezien in het waterbeheer is voorzien in een wettelijke compensatieregeling met een ruime reikwijdte (art. 7.14 Waterwet). Met de inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regeling inzake nadeelcompensatie in art. 4:126 Awb komt het belang van de connexiteitsleer definitief te vervallen.⁴⁹

Het valt op dat de genoemde (en bij mijn weten ook alle andere) wettelijke nadeelcompensatieregelingen het zelfstandig schadebesluit omarmen als centraal instrument binnen de schadevergoedingsprocedure, terwijl dat instrument in verband met schadeverzoeken wegens onrechtmatige overheidsgedragingen juist het veld moet

⁴⁸ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 40-41.

⁴⁹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat het oorspronkelijke wetsontwerp nog wel voorzag in de codificatie van het procedurele connexiteitsvereiste in art. 8:2a lid 1 Awb.

ruimen.⁵⁰ Veel van deze compensatieregelingen zijn voorts aanmerkelijk ruimhartiger in het toekennen van bevoegdheden aan de bestuursrechter om schadeverzoeken wegens rechtmatige overheidsgedragingen in overweging te nemen, dan hetgeen geldt op basis van de connexiteitsleer. Op basis van die leer is de bestuursrechter, zoals gezegd, slechts bevoegd, indien de schade het gevolg is van een appellabel besluit. Is de schade het gevolg van een niet-appellabele overheidsgedraging, dan dient de benadeelde de burgerlijke rechter te benaderen met een privaatrechtelijk ingeklede vordering tot schadevergoeding. Dergelijke overheidsgedragingen vallen bewust wel binnen het toepassingsbereik van art. 7.14 Waterwet en art. 4:126 Awb, dat overigens voor het eerstgenoemde artikel in de plaats komt. Dat toepassingsbereik bestrijkt de rechtmatige uitoefening van alle publiekrechtelijke taken en bevoegdheden van bestuursorganen.⁵¹ De bestuursrechter is dus bevoegd te oordelen over besluiten inzake de vergoeding van schade door feitelijk alle rechtmatige overheidsgedragingen, behoudens formele wetgeving, privaatrechtelijke rechtshandelingen die niet in rechtsreeks verband staan met een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid, en vormen van nalaten.⁵²

5.3.5. De formele rechtskracht van appellabele besluiten

Appellabele besluiten kunnen formele rechtskracht krijgen.⁵³ Feitelijke handelingen, privaatrechtelijke rechtshandelingen, niet-appellabele besluiten en formele wetten kunnen in hun hoedanigheid géén formele rechtskracht krijgen. In sommige gevallen kan de formele rechtskracht zich echter wel uitstrekken over nauw met een besluit samenhangende voorbereidings- of uitvoeringshandelingen. Het beginsel van de formele rechtskracht is van belang bij de vraag of een vordering tot de vergoeding van schade als gevolg van een appellabel besluit kans van slagen heeft. Die kans is immers afwezig, indien een besluit formele rechtskracht heeft.

De belangrijkste gronden voor het aanvaarden van het beginsel van de formele rechtskracht zijn het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtszekerheid, en het eerbiedigen van de taken en bevoegdheid van de bestuursrechter (specialiteit).⁵⁴ Kort en goed houdt het beginsel in dat de burgerlijke rechter uitgaat van de rechtmatigheid van een appellabel besluit, indien dit besluit in een bestuursrechtelijke procedure in stand is gebleven of wanneer tegen dat besluit niet binnen de gestelde termijn beroep is ingesteld bij de bestuursrechter. Deze veronderstelde rechtmatigheid betreft zowel de inhoud van het besluit, als de wijze van totstandkoming ervan. Wanneer de

50 Kennelijk wegen de bovengenoemde bezwaren tegen dit instrument volgens de wetgever minder zwaar, indien de schade het gevolg is van een rechtmatige overheidsgedraging. De reden daarvoor is mijns inziens dat een beslissing tot het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie vaak veel en ingewikkelde inhoudelijke afwegingen vergt, die zorgvuldig moeten plaatsvinden. Het is daarom in het belang van de benadeelde dat de kaderstellende gedragsnormen die gelden voor besluiten, ook gelden voor de beslissingen op hun verzoek om nadeelcompensatie. De memorie van toelichting zwijgt op dit punt.

51 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 14-15.

52 In paragraaf 8.4 ga ik uitgebreider in op de reikwijdte van beide nadeelcompensatieregelingen.

53 Ik bespreek in paragraaf 6.4 enkele bijzonderheden van het beginsel van de formele rechtskracht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

54 Zie de conclusie van A-G Mok bij HR 7 april 1995, RvdW 1995. 93c, overweging 2.1.3.

burgerlijke rechter dus door een belanghebbende wordt benaderd met een vordering tot de vergoeding van schade als gevolg van een appellabel besluit, zal hij die vordering afwijzen,⁵⁵ indien dat besluit formele rechtskracht heeft. Dit oordeel volgt in beginsel ook wanneer het besluit (kennelijk) onrechtmatig is, maar desondanks formele rechtskracht heeft gekregen.

Bepaalde omstandigheden kunnen echter wel een uitzondering op dit beginsel rechtvaardigen.⁵⁶ Te denken valt hoofdzakelijk aan de erkenning van de onrechtmatigheid van het besluit door het orgaan dat het besluit heeft genomen,⁵⁷ het feit dat het een belanghebbende niet kan worden aangerekend dat hij geen (tijdig) beroep tegen het besluit heeft ingesteld bij de bestuursrechter,⁵⁸ of het feit dat in de bestuursrechtelijke procedure in strijd is gehandeld met een fundamenteel rechtsbeginsel.⁵⁹ De formele rechtskracht kan overigens alleen worden tegengeworpen aan degenen die tegen het besluit bezwaar of beroep hadden kunnen instellen.⁶⁰ Tegen niet-belanghebbenden kan de formele rechtskracht dus niet in stelling worden gebracht.⁶¹ Dat kan leiden tot een ongelijke situatie die niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de korte termijnen voor bezwaar en beroep in het bestuursrecht. Indien een besluit nadat het formele rechtskracht heeft gekregen schade blijkt te veroorzaken, kan belanghebbenden de formele rechtskracht daarvan worden tegengeworpen. Degenen die destijds niets met het besluit te maken hadden, maar daardoor wel schade lijden, kunnen daarentegen wel aanspraak maken op schadevergoeding. Een uitzondering lijkt hier op haar plaats, althans onder de omstandigheden dat het de belanghebbenden niet kan worden verweten destijds geen beroep tegen het besluit te hebben ingesteld.⁶²

Het is overigens niet alleen de civiele rechter die het beginsel van de formele rechtskracht toepast. Ook de bestuursrechter heeft in procedures tegen zelfstandige schadebesluiten toepassing gegeven aan dit beginsel. Hij zal dat vermoedelijk ook doen in het kader van verzoekschriftprocedures op basis van de nieuwe wettelijke regeling. In de literatuur (van vóór die nieuwe regeling) bestaat discussie over de wenselijkheid en de noodzaak van deze houding van de bestuursrechter. Zo stelt Van Ettehoven dat dit een juiste en noodzakelijke houding is. Hij vreest, bij doorbreking van de hardheid van de formele rechtskracht en nuancering van de onaantastbaarheidsregel, voor aantasting van de rechtszekerheid en een te vergaande juridisering

55 Hij zal zich dus wel bevoegd achten en tevens de ontvankelijkheid van de eiser uitspreken.

56 Dat uitzonderingen op het beginsel van de formele rechtskracht mogelijk zijn, werd in algemene bewoordingen bevestigd in HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. Hennekens (*Heesch/Van den Akker*).

57 Zie HR 18 juni 1993, AB 1993, 504, NJ 1993, 642 (*St. Oedenrode/Van Aarle*), en ABRvS 25 juni 2003, AB 2004, 81 m.nt. ARN.

58 Zie HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642 m.nt. Hennekens (*Heesch/Van den Akker*); HR 11 november 1988, AB 1989, 81, Gst. 6875, 2 (*EKRO/Staat*); en HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641, AB 1993, 503 m.nt. FHvdB (*Playa Liquor/Aruba*).

59 Deze uitzondering wordt evenwel niet snel aangenomen. Zie HR 23 januari 1998, AB 1998, 144 m.nt. ThGD, NJ 1998, 525 m.nt. MS; HR 24 mei 2002, NJ 2003, 269 m.nt. TK; en HR 7 mei 2004, AB 2004, 439 m.nt. GAvdV.

60 Zie HR 8 september 1995, AB 1996, 58 m.nt. ThGD (*Utrecht/Budinovski en Pejkovski*).

61 Zie HR 20 november 1987, AB 1988, 117 (*Montenegro/Staat*); en HR 3 september 2004, AB 2005, 74 m.nt. GAvdV (*Staat/VAJN/NJCM*).

62 Zie uitgebreider paragraaf 6.4.2.

van de samenleving.⁶³ Anderen bestrijden daarentegen de noodzaak hiervan, althans in gevallen waarin de bestuursrechter niet heeft geoordeeld over de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit. Men bepleit een onderscheid te maken tussen de formele gelding en de rechtmatigheid van een besluit; in de heersende leer worden deze vereenzelvigd. In deze visie kan de formele gelding van een besluit worden erkend, zodat het besluit kan worden uitgevoerd, terwijl de later vast te stellen onrechtmatigheid daarvan nog aanleiding kan zijn voor de toekenning van schadevergoeding.⁶⁴

5.3.6. Tussenconclusies

Het onderscheid tussen verschillende soorten overheidsgedragingen in het kader van adaptatie aan klimaatverandering (en overigens ook in algemene zin) is van groot belang voor de beantwoording van de vraag tot welke rechter een gelaedeerde zich dient te richten voor de verkrijging van een rechtmatigheidsoordeel en schadevergoeding. Over de kans van slagen van dergelijke vorderingen is daarmee echter nog niets gezegd. In het licht van de competentieverdeling dient men zich af te vragen welke rechter bevoegd is, en tevens bij welke rechter men als eiser ontvankelijk zal worden verklaard. Op het terrein van de bevoegdheid geldt dat overlap plaatsvindt tussen de bevoegdheid van de bestuurs- en de burgerlijke rechter. Eerstgenoemde is slechts bevoegd te oordelen in geschillen over appellabele besluiten. De ander is altijd bevoegd, mits de eis maar privaatrechtelijk is ingekleed. Op het terrein van de ontvankelijkheid geldt in het bestuursrecht de belanghebbendeneis als belangrijkste criterium. Die eis wordt door de burgerlijke rechter niet gesteld, maar deze concludeert wel tot de niet-ontvankelijkheid van een eiser, indien een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.

De burgerlijke rechter is exclusief bevoegd te oordelen over vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige niet-appellabele overheidsgedragingen. De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten beoogt hierin geen verandering te brengen. Op het terrein van de schade door appellabele besluiten brengt deze wet echter vergaande vereenvoudigingen teweeg. Vanaf het moment van inwerkingtreding van die wet is de bestuursrechter – voor zover relevant voor dit proefschrift – nog slechts bevoegd te oordelen over vorderingen die de € 25.000 niet overstijgen. In alle andere gevallen staat voor het verkrijgen van schadevergoeding nog slechts de weg naar de civiele rechter open. Daarmee zijn de wegen van art. 8:73 Awb en het zelfstandige schadebesluit voor het verkrijgen van schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsgedragingen definitief afgesloten. De bestuursrechter beoordeelt, kortweg, de rechtmatigheid van appellabele besluiten, terwijl de burgerlijke rechter oordeelt over de vraag of de eventuele door de bestuursrechter vastgestelde onrechtmatigheid daarvan ook leidt tot een verbintenis tot schadevergoeding. Het beginsel van de formele rechtskracht zal in dit nieuwe systeem een aanzienlijke rol

⁶³ Zie Van Eettekoven 2006, p. 22.

⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Tak 1997, p. 174-186; Roozendaal 2003, p. 149-159; Schueler 2005, p. 124-126; Kortmann 2006, p. 199-200; en Ortlep 2011, p. 272-283.

blijven spelen. Indien de beroepstermijn is verlopen of de bestuursrechter een besluit in stand heeft gelaten, zal de burgerlijke rechter een vordering tot schadevergoeding afwijzen. Voor vorderingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige gedragingen van bestuursorganen kunnen benadeelden zich via de weg van het zelfstandige schadebesluit wenden tot de bestuursrechter. Hiertoe is een uniforme regeling opgenomen in de nieuwe wetgeving.

5.4. De competentieverdeling per categorie overheidsgedragingen

5.4.1. Algemeen

Hierboven maakte ik globaal onderscheid tussen vier categorieën gedragingen waarvan men in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering mee te maken kan krijgen. Ik maakte nader onderscheid tussen twaalf subcategorieën. Hieronder ga ik per hoofdcategorie in zeer kort en algemeen bestek in op het competentievraagstuk. Daarbij stel ik de vraag centraal welke rechter men dient te benaderen om een uitspraak te krijgen over de rechtmatigheid van de betreffende soort gedragingen, en bij welke rechter een gelaedeerde een succesvolle vordering tot schadevergoeding uit zowel onrechtmatige, als rechtmatige overheidsdaad kan instellen. Achtereenvolgens komen de categorieën ‘feitelijke handelingen’ (paragraaf 5.4.2), ‘rechtshandelingen’ (paragraaf 5.4.3), ‘nalaten ondanks verzoek tot handelen’ (paragraaf 5.4.4), en ‘zuiver nalaten’ (paragraaf 5.4.5) aan bod. Ik verwijs in onderstaande steeds naar de relevante paragrafen waarin eventuele bijzonderheden nader worden uitgewerkt.

5.4.2. Feitelijke handelingen

Binnen de categorie ‘feitelijke handelingen’ maakte ik nader onderscheid tussen feitelijke handelingen zonder enig verband met enig besluit of andere rechtshandeling, feitelijke handelingen voorafgaand aan een besluit, en feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit. In beginsel is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van dergelijke gedragingen.⁶⁵ Dat is bij aan appellabele besluiten voorafgaande feitelijke handelingen slechts anders, indien deze dermate veel samenhang met dat besluit vertonen, dat ze een zelfstandig karakter moet worden ontzegd. In dergelijke gevallen is de bestuursrechter bevoegd te beslissen over de rechtmatigheid ervan in het kader van de rechtmatigheidstoetsing van het besluit. In dergelijke gevallen strekt de eventuele formele rechtskracht van dat besluit zich ook uit over de voorafgaande feitelijke handelingen.⁶⁶ Benadeelden dienen zich met vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige feitelijke handelingen te wenden tot de burgerlijke rechter, tenzij is voldaan aan het ‘samenhangcriterium’. In dat laatste geval kunnen zij hun vorderingen tot een bedrag van € 25.000 ook voorleggen aan de bestuursrechter.

⁶⁵ Zie paragraaf 6.3.3.3.

⁶⁶ Zie paragraaf 6.4.4.

De bestuursrechter is exclusief bevoegd te oordelen over zelfstandige schadebesluiten over vorderingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige feitelijke handelingen.⁶⁷

5.4.3. Rechtshandelingen

De categorie 'rechtshandelingen' valt uiteen in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen. De laatstgenoemde subcategorie bestaat uit appellabele besluiten, niet-appellabele besluiten en wetten in formele zin. Van de genoemde soorten rechtshandelingen vallen, wat betreft het verkrijgen van een rechtmatigheidsoordeel, enkel de appellabele besluiten binnen de competentiesfeer van de bestuursrechter.⁶⁸ Ook kunnen alleen dergelijke besluiten formele rechtskracht krijgen. De bestuursrechter is bevoegd te oordelen over vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige appellabele besluiten tot een bedrag van € 25.000. Grotere vorderingen dienen te worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Deze rechter is tevens exclusief bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van de andere soorten rechtshandelingen, en tevens over de vorderingen tot schadevergoeding die in dat kader worden ingesteld.⁶⁹ Vorderingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige publiekrechtelijke rechtshandelingen kunnen slechts via de weg van het zelfstandige schadebesluit worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Deze rechtsingang is afgesloten voor schade door rechtmatige wetgeving in formele zin.⁷⁰ Ook in verband met schade door rechtmatige privaatrechtelijke rechtshandelingen kan een appellabel zelfstandig schadebesluit worden uitgelokt, echter slechts voor zover deze handelingen expliciet en rechtsreeks samenhangen met de uitoefening van een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid.⁷¹

5.4.4. Vormen van nalaten ondanks een tot de overheid gericht verzoek tot handelen

De categorie 'nalaten ondanks een verzoek tot handelen' valt uiteen in de subcategorieën 'schriftelijke weigeringen op een verzoek een appellabel besluit te nemen', 'weigeringen op een verzoek een niet-appellabel besluit te nemen of een andere niet-appellabele (rechts)handeling te verrichten', en 'het achterwege blijven van een reactie op dergelijke verzoeken'. De schriftelijke weigering van een verzoek een appellabel besluit te nemen, wordt op grond van art. 6:2 sub a Awb voor de toepassing van de wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep gelijkgesteld met een besluit. Deze bepaling geldt ook voor verzoeken besluiten van algemene strekking te nemen.⁷² Ook het achterwege blijven van een reactie op een verzoek een appellabel besluit te nemen wordt ingevolge art. 6:2 sub b Awb gelijkgesteld met een besluit. Alleen de bestuursrechter kan hierover

67 Zie paragraaf 8.4.1.

68 Zie paragraaf 6.3.3.1.

69 Zie paragraaf 6.3.3.2.

70 Zie paragraaf 8.4.2.

71 Zie paragraaf 8.4.3.

72 Zie Kamerstukken II, 1992/93, 22 495, nr. 10, p. 30. Zie tevens Damen e.a. 2009, p. 121-122.

een rechtmatigheidsoordeel vellen.⁷³ Weigeringen kunnen tevens formele rechtskracht krijgen; bij onrechtmatig stilzitten wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van de formele rechtskracht.⁷⁴ Voorts is de bestuursrechter bevoegd vorderingen tot schadevergoeding in behandeling te nemen tot een bedrag van € 25.000. Het achterwege blijven van een reactie en weigeringen op een verzoek niet-appellabele handelingen te verrichten worden niet gelijkgesteld met een appellabel besluit. De rechtmatigheid hiervan kan slechts worden beoordeeld door de burgerlijke rechter, evenals de in dat kader ingestelde vorderingen tot schadevergoeding wegens de onrechtmatigheid daarvan.⁷⁵ Hierbij moet worden bedacht dat de burgerlijke rechter de formele wetgever en lagere regelgevers geen bevel mag geven wet- en regelgeving tot stand te brengen, te wijzigen of in te trekken.⁷⁶ Voor zover dat zinvol is, kunnen vorderingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige weigeringen via de weg van het zelfstandige schadebesluit worden voorgelegd aan de bestuursrechter.⁷⁷

5.4.5. Zuiver nalaten

De categorie ‘zuiver nalaten’ omvat de vormen van nalaten te handelen conform privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke rechtsplichten. Het kan in beide gevallen geschreven en ongeschreven rechtsplichten betreffen. In het kader van de laatste subcategorie dient men hoofdzakelijk te denken aan het tekortschieten in wettelijke zorgplichten en taakstellingen in het kader van het waterbeheer. Alle vormen van zuiver nalaten kunnen slechts op hun rechtmatigheid worden beoordeeld door de burgerlijke rechter. Uiteraard kan ook alleen deze rechter worden benaderd met vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatig nalaten.⁷⁸ Er bestaat geen mogelijkheid de bestuursrechter te verzoeken een vordering tot schadevergoeding wegens ‘rechtmatig nalaten’ toe te wijzen.⁷⁹

5.5. Conclusies

Alle gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering zijn onder te brengen in twaalf subcategorieën, die een nadere uitwerking vormen van vier hoofdcategorieën. Deze indeling is van groot belang voor een genuanceerde beantwoording van de centrale vraagstelling in deel II van dit proefschrift. In de eerste

⁷³ Zie paragraaf 6.3.3.1.

⁷⁴ Zie ABRvS 21 november 2001, JB 2002, 21 m.nt. JHK, AB 2002, 183 m.nt. Jansen; en HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. MS, JB 2003, 349. Zie Jansen 2003, p. 1753. Vóór 2001 aanvaardde zowel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als de Hoge Raad overigens nog geen uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht bij niet tijdig beslissen.

⁷⁵ Zie paragraaf 6.3.3.2.

⁷⁶ Zie HR 19 november 1999, AB 2000, 387 (*Tegelen*); HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*); en HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 m.nt. Tak (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*).

⁷⁷ Zie paragraaf 8.4.1.

⁷⁸ Zie paragraaf 6.3.3.4.

⁷⁹ Zie paragraaf 8.4.4.

plaats kan aan de hand van die indeling worden afgeleid welke soorten schade men in het kader van bepaalde gedragingen kan verwachten. Ik maak onderscheid tussen klimaatschade en gevolgschade. Klimaatschade kan zich voordoen, indien een waterbeheerder heeft nagelaten adaptatiemaatregelen te treffen of indien hij inadequate maatregelen heeft getroffen. Gevolgschade is de schade die in direct verband staat met de handelingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het kan gaan om schade als gevolg van de onrechtmatige schending van bepaalde gedragsnormen bij de voorbereiding of uitvoering van maatregelen, maar ook om schade ten gevolge van volkomen rechtmatige overheidsgedragingen. In elk van de genoemde gevallen kan de schade voor vergoeding in aanmerking komen.

Uit bovenstaande bleek welke rechter een benadeelde dient te benaderen ter verkrijging van een rechtmatigheidsoordeel over de betreffende overheidsgedraging en ter verkrijging van een oordeel over zijn vordering tot schadevergoeding. Het komt er op neer dat de bestuursrechter oordeelt over de rechtmatigheid van appellabele besluiten en de burgerlijke rechter over die van alle andere overheidsgedragingen. Wat betreft de bevoegdheid te oordelen over vorderingen tot schadevergoeding vonden tijdens het schrijven van dit proefschrift belangrijke ontwikkelingen plaats in de algemene bestuursrechtelijke wetgeving. Vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige appellabele besluiten kunnen tot een hoogte van € 25.000 via een nieuwe verzoekschriftprocedure worden behandeld door de bestuursrechter. Deze rechter behandelt ook de besluiten van bestuursorganen over de vergoeding van schade door hun rechtmatige gedragingen. De burgerlijke rechter is exclusief bevoegd vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige niet-appellabele overheidsgedragingen in behandeling te nemen. Hij is tevens bevoegd te oordelen inzake vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige appellabele besluiten die de genoemde drempel van € 25.000 overstijgen.

≈6 Aansprakelijkheid voor klimaat- en gevolgschade wegens onrechtmatige gedragingen

6.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik twaalf categorieën overheidsgedragingen onderscheiden, waarmee men in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering te maken kan krijgen. In verband met elk van die categorieën kan zich schade voordoen, hetgeen voor benadeelden aanleiding kan zijn een op de onrechtmatigheid van de betreffende gedraging gebaseerde vordering tot schadevergoeding in te stellen. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere toepassing of invulling zal worden gegeven aan de cumulatieve criteria voor de vestiging van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Daarbij komt vooral belang toe aan de vraag welke invloed de grote mate van onzekerheid omtrent klimaatrisico's heeft in verband met de toepassing en invulling van die criteria. Het betreft achtereenvolgens de criteria onrechtmatigheid, causaliteit en toerekenbaarheid. Ook aan de relativiteitseis komt in dit kader belang toe. Een algemene bespreking van deze criteria en de betekenis daarvan in het overheidsaansprakelijkheidsrecht valt buiten het bestek van dit proefschrift. Ik volsta wat dat betreft met een bespreking op hoofdlijnen en verwijzingen naar de algemene literatuur.¹

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Vooraleer de bovengenoemde criteria te behandelen in het licht van de hierboven gestelde vraag, bespreek ik in paragraaf 6.2 in het kort de grondslag en ratio van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Voorts stel ik in paragraaf 6.3 het onrechtmatigheidscriterium aan de orde als belangrijkste onderscheidende criterium binnen dat leerstuk. In die paragraaf ga ik ook in op de mogelijke rol van rechtvaardigingsgronden. In paragraaf 6.4 besteed ik aandacht aan enkele bijzonderheden omtrent de toepassing van het beginsel van de formele rechtskracht. In paragraaf 6.5 bespreek ik het causaliteitscriterium, gevolgd door een bespreking van het toerekenbaarheidscriterium in paragraaf 6.6. In paragraaf 6.7 ga ik in op het relativiteitsvereiste. Ik sluit in paragraaf 6.8 af met de nodige conclusies en aanbevelingen.

1 Goede suggesties zijn Van Dam 2000; Van Maanen & Lange 2005; Verheij 2005; Scheltema & Scheltema 2008, hoofdstuk VI; Damen e.a 2009, hoofdstuk 11; Schlössels & Zijlstra 2010, hoofdstuk 25 en 26; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, hoofdstuk 15 en 16; Spier e.a. 2012; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV.

6.2. Kort over de grondslag en ratio van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad

Onrechtmatige overheidsgedragingen kunnen leiden tot het ontstaan van verbintenissen tussen gelaedeerden en overheden, wier organen deze onrechtmatige gedragingen aan de dag leggen.² In het 'gewone' aansprakelijkheidsrecht vinden dergelijke verbintenissen hun grondslag in de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Voor de figuur van de onrechtmatige overheidsdaad bestaat geen specifieke wettelijke regeling. In dat verband vindt art 6:162 BW analoge toepassing.³ Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ligt aan zowel de bestuursrechtelijke als aan de privaatrechtelijke pendant het gemeenschappelijke algemene rechtsbeginsel ten grondslag, 'volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden.'⁴ Indien er een beroep op wordt gedaan in een rechtsverhouding die door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid is ontstaan, dan is dit rechtsbeginsel publiekrechtelijk van aard. Het is privaatrechtelijk van aard, indien geen sprake is van een publiekrechtelijke rechtsverhouding.⁵

Deze overweging van de Afdeling is onder meer van belang voor de vraag welk recht van toepassing is in aansprakelijkheidszaken waarin de overheid partij is. Daartoe is hoofdzakelijk de aard van de rechtsverhouding bepalend, en niet de voor benadeelden openstaande rechtsgang.⁶ Publiekrechtelijke rechtsverhoudingen worden primair beheerst door het publiekrecht. De bevoegde rechter dient bij zijn toetsing in dergelijke gevallen dus publiekrecht toe te passen. Hoewel art. 6:162 BW niet rechtstreeks van toepassing is op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, kan deze bepaling wel fungeren als uitgangspunt bij de beoordeling van aansprakelijkheidsvragen in zaken waarin de overheid is betrokken.⁷ Net als in zaken waarin de overheid geen partij is, wordt 'verkeerd gedrag' overigens beschouwd als belangrijkste rechtsgrond voor overheidsaansprakelijkheid.⁸ Bij de vestiging van overheidsaansprakelijkheid wordt dus aansluiting gezocht bij de afzonderlijke criteria van art. 6:162 BW. Dat is niet verwonderlijk en evenmin problematisch, omdat in de visie van de Afdeling aan beide genoemde bronnen van verbintenissen hetzelfde algemene rechtsbeginsel ten grondslag ligt. De afzonderlijke criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid in een publiekrechtelijke rechtsverhouding kunnen, zoals hieronder zal blijken, inhoudelijk

2 Zie over de vraag in hoeverre de aansprakelijkheid van de overheid verschilt van die van private partijen Polak 2012, p. 135-150.

3 Zie hierover Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 599-604; Huijgen 1991, p. 113-116; en Van Maanen & De Lange 2005, p. 2.

4 Zie ABRvS 29 november 1996, AB 1997, 66 m.nt. PvB (*Alpha*); en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (*Van Vlodrop*).

5 Zie ook Verheij 1999.

6 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 305-306; Kortmann 2006, p. 30; en Tak 1997, p. 359.

7 Zie Kortmann 2006, p. 29-31.

8 Vgl. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 5-7.

wel een (gedeeltelijk) andere invulling krijgen dan in zuiver privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.⁹

In deze andere invulling klinkt de bijzondere positie van de overheid in aansprakelijkheidszaken door. De overheid is de behartiger van het openbaar belang en draagt in die hoedanigheid uiteenlopende wettelijke verantwoordelijkheden, zoals de reeds beschreven zorgplichten in het waterbeheer. Ter uitvoering van die verantwoordelijkheden bezit de overheid voorts bijzondere en soms vergaande bevoegdheden. Voor de overheid – en in het bijzonder voor haar organen – gelden daarom specifieke publiekrechtelijke gedragsnormen, die hun rechtvaardiging vinden in de bijzondere positie van de overheid ten opzichte van particulieren. Deze gedragsnormen hebben in belangrijke mate gestalte gekregen in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, op grond waarvan overheidsorganen bij hun gedragingen zijn gedwongen een grote en bijzondere mate van zorgvuldigheid te betrachten. Uit de bijzondere positie van de overheid – en dan voornamelijk haar deskundigheid, draagkracht en optimale spreidingsmogelijkheden – komt tevens de veronderstelling voort dat het in beginsel redelijker is om schade die voortvloeit uit onrechtmatig overheidsgedrag voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan deze te laten rusten bij de individuele getroffen(e).¹⁰ Scheltema en Scheltema menen dat deze redelijkheidsgedachte voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel (of het daaruit voortvloeiende beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten) als bijzondere grondslag voor overheidsaansprakelijkheid. Misslagen van de overheid moeten volgens hen bij voorkeur ten laste van de collectiviteit worden gebracht en moeten niet worden afgewenteld op de individuele burger.¹¹

Onrechtmatige gedragingen worden de overheid over het algemeen toegerekend krachtens verkeersopvatting. Wanneer de onrechtmatigheid van een overheidsgedraging is komen vast te staan, ligt aansprakelijkheid in beginsel in de rede.¹² Het criterium van toerekenbaarheid speelt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht dus een beperktere, althans minder zelfstandige rol, dan in het ‘gewone’ aansprakelijkheidsrecht. Dat kan ten onrechte de indruk wekken dat voor de vestiging van aansprakelijkheid voor schade door onrechtmatige overheidsgedragingen een minder hoge drempel geldt, dan in andere gevallen. Hoewel de toerekening inderdaad geen hoge drempel voor de vestiging van aansprakelijkheid opwerpt, kan die drempel in verband met andere vestigingscriteria des te hoger zijn, en geldt bovendien het beginsel van de formele rechtskracht.¹³ Zo draagt de beleidsvrijheid in verband met de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsgedragingen een belangrijke beperkingen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid in zich. Op de overheid rusten, zoals gezegd, bijzondere wettelijke plichten waaraan zij gehoor moet geven door gebruikmaking van de aan haar organen ter beschikking staande exclusieve bevoegdheden. Bij de uitvoering

9 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 306-318.

10 Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*). Zie ook paragraaf 6.6 over toerekening van onrechtmatig overheidsgedrag.

11 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 304. Zie tevens Huijgen 1991, p. 107-110 en Kortmann 2006, p. 84-87.

12 Kortmann stelt dat het voor de hand ligt de leer van de toerekening krachtens verkeersopvatting toe te passen op alle rechtsverhoudingen waarin het *égalité*beginsel een rol speelt. Zie Kortmann 2006, p. 86.

13 Zie paragraaf 6.4.

en uitoefening hiervan komt aan overheidsorganen doorgaans een ruime mate van discretionaire ruimte of beleids- en beoordelingsvrijheid toe. Overheidsorganen hebben de vrijheid en de ruimte om zelf te bepalen of het nodig is om ter uitvoering van hun wettelijke taken bepaalde maatregelen te treffen. Zij kunnen voorts ook zelf bepalen welke maatregelen in dat geval noodzakelijk zijn en op welke wijze deze dienen te worden getroffen.¹⁴ Bij dergelijke beslissingen dient de overheid uiteraard wel de voor haar geldende gedragsnormen en andere wettelijke verplichtingen in acht te nemen. De rechter kan de gedragingen van bestuursorganen toetsen aan het geldende recht, maar dient zich voor het overige te onthouden van een inhoudelijke beoordeling daarvan.¹⁵

6.3. Het onrechtmatigheidscriterium

6.3.1. Algemeen

Het belangrijkste onderscheidende criterium voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad betreft de vraag of de gedraging daadwerkelijk valt aan te merken als *onrechtmatig*. Indien een overheidsgedraging niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, dan is ook geen sprake van ‘verkeerd gedrag’ als grond voor aansprakelijkheid.¹⁶ Er kan dan ook feitelijk geen dreiging van aansprakelijkheid bestaan wegens onrechtmatigheid. Art. 6:162 lid 2 BW biedt een wettelijke basis voor drie onrechtmatigheidscategorieën, te weten inbreuken op subjectieve rechten, gedragingen in strijd met een wettelijke plicht, en gedragingen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁷ In deze paragraaf ligt de nadruk op de vraag welk belang aan deze afzonderlijke categorieën toekomt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht en of aan deze categorieën in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling of toepassing zal worden gegeven. Daarbij is het zinvol te verwijzen naar de algemene paragrafen over de rechtsmachtverdeling tussen de civiele en de administratieve rechter, waar het aankomt op de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsgedragingen.¹⁸ Hieronder ga ik in paragraaf 6.3.2 eerst in op de inbreukcategorie. Daarna komen de categorieën schending van een wettelijke plicht (paragraaf 6.3.3) en schending van een ongeschreven gedragsnorm (paragraaf 6.3.4) aan de orde. In paragraaf 6.3.5 bespreek ik enkele rechtvaardigingsgronden. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 6.3.6.

14 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 2-4.

15 Zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2009, p. 530-531.

16 Zie Van Maanen & de Lange 2005, p. 5. In dergelijke gevallen kan natuurlijk nog wel een andere rechtsgrond voor aansprakelijkheid een rol spelen.

17 Zie voor een algemene bespreking met literatuurverwijzingen bijvoorbeeld Verheij 2005, p. 30-48; Jansen 2009, p. 23-37; en Spier e.a. 2012, hoofdstuk 2.

18 Zie paragraaf 5.3.

6.3.2. Inbreuk op subjectieve rechten

De categorie ‘inbreuk op een recht’ is de eerste onrechtmatigheidscategorie uit art. 6:162 lid 2 BW.¹⁹ Met deze categorie wordt bedoeld op inbreuken op *subjectieve* rechten. Binnen de categorie ‘subjectieve rechten’ kan globaal onderscheid worden gemaakt tussen vermogensrechten en persoonlijkheidsrechten. Voorbeelden zijn het eigendomsrecht en daarvan afgeleide zakelijke rechten, het octrooi-, auteurs- en merkenrecht, het huis- en huurrecht, en het recht op privacy en lichamelijke integriteit. In de literatuur worden twee categorieën gedragingen onderscheiden die een inbreuk op subjectieve rechten kunnen inhouden. Dat zijn in de eerste plaats gedragingen die leiden tot letsel of fysieke schade aan zaken. Daarvan onderscheiden zich gedragingen die een belemmering inhouden voor degenen die daartoe juist bij uitstek gerechtigd zijn om een subjectief recht ongestoord geldend te maken.²⁰ Sieburgh hangt een beperkte uitleg van de categorie ‘inbreuk op een recht’ aan: zij stelde reeds in 2000 dat hieraan slechts in de laatstgenoemde soort gevallen een zelfstandige betekenis kan toekomen als onrechtmatigheids criterium.²¹ De Hoge Raad lijkt sinds 2004 een vergelijkbare lijn te volgen.²² Dat betekent dat de gedragingen die letsel- of zaakschade tot gevolg hebben, slechts onrechtmatig kunnen worden bevonden, indien deze in strijd zijn met de wet of met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Klimaat schade valt binnen de categorie zaak- en letselschade.²³ Dat betekent dat de inbreukcategorie in verband daarmee niet van belang is; aan deze categorie kan nog slechts belang toekomen in verband met gevolgschade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.²⁴

Wat betreft de inbreukcategorie dient in het *overheidsaansprakelijkheidsrecht* in algemene zin te worden gesteld dat inbreuken op subjectieve rechten op zichzelf nog niet zonder meer wijzen in de richting van onrechtmatigheid. Om een inbreuk daadwerkelijk als onrechtmatig te kunnen beschouwen, is het in de meeste gevallen noodzakelijk dat met die inbreuk tevens een geschreven dan wel ongeschreven gedragsnorm is geschonden.²⁵ De gedraging moet dan, kort gezegd, reeds op andere gronden onrechtmatig kunnen worden bevonden. Zo werd ter illustratie – in verband met de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm – in 1981 in het arrest *Breda/Nijs* bepaald dat niet elk gebruik dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens eigendom maakt, steeds als een inbreuk op zijn eigendomsrecht dient te worden aangemerkt, en voorts dat de vraag of inderdaad sprake is van een rechtsinbreuk niet los kan worden

19 Zie voor algemene bespreking bijvoorbeeld Van Dam 2000, p. 231-243; Verheij 2005, p. 37-42; Jansen 2009, p. 25-29; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nrs. 46-48.

20 Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 47.

21 Zie Sieburgh 2000, p. 64.

22 Zie HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 m.nt. P.B. Hugenholtz (XS4ALL/Ab.Fab.), r.o. 3.16: ‘Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor – zoals in de regel het geval zal zijn – inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’ Dit werd bevestigd in HR 4 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.), r.o. 8.4.2.

23 Zie paragraaf 5.2.3.1.

24 Zie paragraaf 5.2.3.2.

25 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 65.

beschouwd van de vraag of de voortzetting van de gedraging in strijd is met de zorgvuldigheidsnorm.²⁶ De inbreukcategorie lijkt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht dus nog beperkter te worden uitgelegd, dan ik hierboven aan de hand van het betoog van Sieburgh heb beschreven. Men zou zelfs kunnen stellen dat het ‘bijkomstige’ vereiste van onrechtmatigheid de inbreukcategorie dermate ver heeft uitgehold dat hieraan nog weinig tot geen betekenis meer toekomt als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie.

Het zal trouwens vaak zo zijn dat een onrechtmatige overheidsgedraging tevens een inbreuk op een of meerdere subjectieve rechten met zich brengt. In dergelijke gevallen bestaat geen behoefte aan de inbreukcategorie als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie, aangezien deze reeds wordt ‘gedekt’ door een andere categorie.²⁷ Voorts biedt de wet juist vaak expliciete bevoegdheden aan overheidsorganen om ter uitoefening van hun publieke taken de daartoe noodzakelijke inbreuken op subjectieve rechten te maken. Zo kunnen waterbeheerders het eigendomsrecht aanzienlijk beperken door gronden te inunderen of gedoogplichten op te leggen, of kunnen aan particulieren door middel van gebods- of verbodsbepalingen allerhande beperkingen in hun handelingsvrijheid worden opgelegd. Dergelijke gedragingen vallen ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering lastig weg te denken. Zonder een expliciete wettelijke grondslag zijn dergelijke gedragingen reeds onrechtmatig wegens strijd met het legaliteitsbeginsel. Voor het maken van dergelijke inbreuken gelden voorts vaak de nodige waarborgen en voorschriften. Wanneer die niet worden nageleefd, of wanneer de bevoegdheid wordt uitgeoefend in strijd met een andere (buiten)wettelijke gedragsnorm, dan is de gedraging evenzeer onrechtmatig.²⁸ Niet zozeer omdat een inbreuk op een subjectief recht wordt gemaakt, maar juist omdat de bevoegdheid daartoe niet is uitgevoerd conform de geldende voorschriften.

Ik concludeer dat de inbreukcategorie in het overheidsaansprakelijkheidsrecht geen grote betekenis toekomt als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie. Ik laat deze hieronder daarom rusten en richt me slechts op de andere twee onrechtmatigheidscategorieën, te weten ‘strijd met een wettelijke plicht’ en ‘strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.

6.3.3. Schending van wettelijke plichten

In het overheidsaansprakelijkheidsrecht komt meer belang toe aan de andere twee onrechtmatigheidscategorieën uit art. 6:162 lid 2 BW, waarvan de categorie ‘strijd met een wettelijke plicht’ in deze paragraaf centraal staat.²⁹ Overheidsorganen dienen zich net als burgers te houden aan de op hen rustende wettelijke verplichtingen. Op overheidsorganen rusten echter wel deels andersoortige verplichtingen dan op burgers; deze

26 Zie HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m.nt. CJHB (*Breda/Nijs*).

27 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 310.

28 Zie Damen e.a. 2009, p. 528.

29 Zie in algemene zin over deze onrechtmatigheidscategorie Van Dam 2000, p. 219-230; Sieburgh 2000, p. 68-71; Verheij 2005, p. 33-37; Jansen 2009, p. 29-32; Spier e.a. 2012; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nrs. 44-45. Zie toegespitst op het overheidsaansprakelijkheidsrecht Van Maanen & De Lange 2005 en Scheltema & Scheltema 2008, p. 306-310.

zijn hoofdzakelijk publiekrechtelijk van aard.³⁰ Naast het onderscheid tussen verschillende soorten overheidsgedragingen is het met het oog op de onrechtmatigheidsvraag van belang globaal onderscheid te maken tussen drie soorten wettelijke verplichtingen, waarmee dergelijke gedragingen in strijd kunnen zijn. Dat zijn in de eerste plaats de *algemene kaderstellende rechtsplichten*, zoals algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³¹ Ten tweede betreft het *bijzondere kaderstellende rechtsplichten*, bijvoorbeeld met betrekking tot de totstandkoming, vorm of inhoud van bepaalde (soorten) publiekrechtelijke rechtshandelingen, zoals besluiten, algemeen verbindende voorschriften of planvormen. Ten slotte onderscheid ik *wettelijke zorgplichten*, zoals de eerder besproken zorgplichten in het waterbeheer.³² De eerste twee soorten regels stellen kaders en minimumeisen die door overheidsorganen bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden in acht moeten worden genomen. De zorgplichten verlangen een bepaald activiteitsniveau van overheidsorganen. Daaraan zijn in sommige gevallen concrete (beschermings)normen verbonden; in andere gevallen worden deze nader ingevuld aan de hand van de doelmatigheid. Een gedraging die in strijd is met de genoemde soorten wettelijke verplichtingen, is in beginsel onrechtmatig jegens degenen die de bescherming van dergelijke voorschriften genieten.³³ Hieronder ga ik in op de vraag in hoeverre de gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering onrechtmatig kunnen zijn wegens strijd met een wettelijke plicht. Daarbij ga ik ook in op de ruimte die de bevoegde rechter is geboden om overheidsgedragingen te toetsen op hun rechtmatigheid.

6.3.3.1. De onrechtmatigheid van appellabele adaptatiebesluiten wegens strijd met de wet

De bestuursrechter is exclusief bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van appellabele besluiten.³⁴ De burgerlijke rechter kan zich daarover geen zelfstandig rechtmatigheidsoordeel vormen, maar hij dient, voor zover voor dit proefschrift relevant, vanaf de inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten wel te worden benaderd met vorderingen tot schadevergoeding wegens door de bestuursrechter onrechtmatig bevonden besluiten.³⁵ Slechts

30 Zij kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit de Grondwet, wetten in formele zin, diverse soorten materiële wetten en beleidsregels (art. 4:84 Awb).

31 Deze beginselen zijn in de eerste plaats van toepassing op (appellabele) besluiten. Voorts zijn zij van toepassing op andere overheidshandelingen, voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet (zie art. 3:1 lid 2 Awb). Daarnaast mag een bevoegdheid die een overheidsorgaan toekomt krachtens het burgerlijk recht niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht (zie art 3:14 BW).

32 Zie paragraaf 4.3 en in verband met de adaptatie aan klimaatverandering tevens paragraaf 4.4.3.

33 In sommige gevallen kan de schending van een rechtsnorm overigens worden gepasseerd. Hoewel er dan wel een schending van een wettelijke norm plaatsvindt, zal dit niet leiden tot het oordeel dat deze overheidsgedraging onrechtmatig is. Zie art. 6:22 Awb.

34 Onder appellabele besluiten worden in deze paragraaf gemakshalve ook de gedragingen verstaan die op grond van art. 6:2 Awb met een besluit gelijk worden gesteld.

35 Zie Stb. 2013, 50. Op 1 juli 2013 is het deel van deze wet betreffende de onrechtmatige besluiten in werking getreden; de inwerkingtreding van het deel betreffende de nadeelcompensatie vindt plaats op een later, nader te bepalen tijdstip (zie Stb. 2013, 162).

wanneer de vordering tot schadevergoeding de € 25.000 niet overschrijdt, is ook de bestuursrechter op grond van art. 8:89 lid 2 Awb bevoegd de vordering in behandeling te nemen. Deze bevoegdheid is nadrukkelijk niet exclusief.³⁶

Besluiten komen voor vernietiging in aanmerking, indien zij zijn genomen in strijd met een of meer algemene dan wel bijzondere kaderstellende rechtsplichten. Deze komen, zoals hierboven reeds bleek, voor in zeer uiteenlopende soorten en maten. Zij variëren van rechtsbeginselen met een zeer algemene strekking tot nauwkeurig op concrete situaties toegespitste procedurele en materiële normen.³⁷ Het voert te ver hier uitgebreid in te gaan op de strekking en bijzonderheden van dergelijke rechtsplichten. Daarom volsta ik met de stelling dat de schending ervan in beginsel een onrechtmatige gedraging oplevert.³⁸ Wanneer een besluit wordt vernietigd wegens strijd met de wet, neemt de burgerlijke rechter sinds begin jaren tachtig van de vorige eeuw³⁹ aan dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld.⁴⁰ Ook de bestuursrechter zelf acht een besluit in beginsel onrechtmatig, indien dit is vernietigd.⁴¹ Die onrechtmatigheid van een vernietigd besluit geldt echter alleen jegens degenen die daartegen daadwerkelijk beroep hebben ingesteld. Een appellabel besluit krijgt overigens formele rechtskracht, indien het in een bestuursrechtelijke procedure in stand is gelaten of indien de daartegen openstaande termijn voor (bezwaar en) beroep is verstreken.⁴²

De bevoegde bestuursorganen hebben bij hun besluitvorming vaak discretionaire ruimte, die een belangrijke beperking vormt voor de rechterlijke toetsing van appellaabele besluiten. De rechter dient deze discretionaire ruimte te respecteren door besluiten terughoudend te toetsen. Hij kan slechts toetsen aan het geldende recht en mag zich voor het overige geen inhoudelijk rechtmatigheidsoordeel vormen over de door het bestuur gemaakte beleidskeuzen.⁴³

Bovenstaande geldt onverminderd voor de door waterbeheerders genomen adaptatiebesluiten. Soms zijn in dat kader bijzondere wettelijke voorschriften van

36 Zie paragraaf 5.3.4.1.

37 In het kader van het waterbeheer valt in het bijzonder te wijzen op de regels die op grond van art. 3.11 Waterwet kunnen worden gesteld ten aanzien van (onder meer) besluiten van waterbeheerders.

38 Daarbij kan het met het oog op de causaliteit van belang zijn of het een procedurele dan wel een materiële norm betreft. Zie paragraaf 6.5.

39 Daarvóór betekende een vernietiging door de bestuursrechter nog niet vanzelfsprekend dat een besluit daarmee ook onrechtmatig was in civielrechtelijke zin. Dit blijkt duidelijk uit HR 4 januari 1962 en 4 januari 1963, NJ 1964, 203 en 204 m.nt. JHB (*Landsmeer*). Sinds de jaren tachtig vond dus een ontwikkeling plaats in deze richting, die wordt beschreven door Koeman (zie Koeman 1989).

40 Deze gang werd ingezet in HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 m.nt. MS (*Grubbenvorst/Caldenbroich*) en HR 30 januari 1981, NJ 1982, 55 (*Zevenaar/De Wingerd*). Zie voorts HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (*St. Oedenrode/Driessen*); HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS (*Blaricum/Roozen*); HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS (*Nibourg/Zuidwolde*); HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV (*Velzen/De Waard*); HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 (*Van Gog/Nederweert*); HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*BV/Boulogne*); HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (*Staat/NCB*); en HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139 (*Talma/Friesland*).

41 Dat is binnen de kaders van dit proefschrift vooral van belang in de hierboven genoemde gevallen waarin vorderingen beneden de drempel van € 25.000 blijven. Zie ook paragraaf 5.3.4.1.

42 Paragraaf 6.4 strekt tot de uitgebreide bespreking van het beginsel van de formele rechtskracht en daarmee samenhangende bijzonderheden. Zie voor een algemene bespreking paragraaf 5.3.5.

43 Zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2010, p. 154-171.

toepassing, zoals die voor projectplannen in art. 5.4 lid 2 Waterwet.⁴⁴ Ook kunnen aan dergelijke besluiten op grond van bijvoorbeeld art. 3.11 Waterwet inhoudelijke en procedurele voorschriften zijn verbonden.⁴⁵ Dergelijke voorschriften dienen door waterbeheerders in acht te worden genomen; te dien aanzien is hun beleids- en beoordelingsvrijheid dus beperkt. Voor het overige zullen zich bij de toepassing van deze categorie naar verwachting weinig bijzonderheden voordoen.

6.3.3.2. De onrechtmatigheid van niet-appellabele publiekrechtelijke rechtshandelingen wegens strijd met de wet

De categorie niet-appellabele publiekrechtelijke rechtshandelingen bestaat – voor zover hier relevant – hoofdzakelijk uit wetgeving in formele zin,⁴⁶ algemeen verbindende voorschriften, plannen en beleidsregels. Ook dergelijke handelingen kunnen op uiteenlopende wijzen de adaptatie aan klimaatverandering adresseren. In hoeverre kunnen niet-appellabele publiekrechtelijke rechtshandelingen onrechtmatig worden beoordeeld wegens strijd met de wet? De burgerlijke rechter is, zoals in paragraaf 5.3 reeds bleek, exclusief bevoegd zich over dergelijke gedragingen een rechtmatigheidsoordeel te vormen.

Toch zal de burgerlijke rechter niet snel tot het oordeel komen dat wetgeving in formele zin een onrechtmatige gedraging oplevert.⁴⁷ Hij heeft namelijk niet de bevoegdheid om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet (art. 120 Grondwet), en evenmin aan fundamentele rechtsbeginselen of het Statuut.⁴⁸ Dit toetsingsverbod⁴⁹ betreft zowel de inhoud van de wet in formele zin, als de wijze van totstandkoming daarvan.⁵⁰ Wel kan de rechter formele wetten buiten toepassing verklaren wanneer deze in strijd zijn met eenieder verbindende verdragsbepalingen (art. 94 Grondwet) of EU-recht.⁵¹ Indien dergelijke strijd bestaat, kan ook worden geconcludeerd tot onrechtmatigheid van wetgeving.⁵² Datzelfde geldt wanneer schade wordt geleden door het niet tijdig implementeren van een Europese richtlijn,⁵³ of wanneer geen nieuwe wetgeving wordt vastgesteld, nadat (het ontbreken van) oudere wetgeving in strijd is

44 Art. 5.4 lid 2 Waterwet bepaalt dat een projectplan onder meer een beschrijving moet bevatten van de te treffen voorzieningen, gericht op het ongedaan maken of beperken van de nadelige gevolgen van de uitvoering van het plan. Welke voorzieningen dat (moeten) zijn, staat ter beoordeling van de waterbeheerder. De rechter zal slechts tot vernietiging overgaan wanneer een dergelijke beschrijving ontbreekt, dan wel in strijd blijkt te zijn met een kaderstellende rechtsregel. Dit artikel biedt dus ruimte voor nadere invulling door de waterbeheerder.

45 Zie daarover in algemene zin paragraaf 4.3.4.7.

46 Nota bene: een wet in formele zin is geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, aangezien de wetgever geen bestuursorgaan is in de zin van art. 1:2 van diezelfde wet.

47 Zie in dit kader Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1461-1465.

48 Zie HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, AA 1989, p. 578 m.nt. Hirsch-Ballin (*Harmonisatiewet*).

49 Zie bijvoorbeeld Burkens e.a. 2006, p. 184-191.

50 Zie HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (*Prof. Van den Bergh/Staat*).

51 Zie HvJEG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, p. 1199 (*Costa/ENEL*).

52 Ik merk de strijd met een verdragsbepaling of met geschreven Europees recht aan als strijd met de wet.

53 Zie HvJEG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357 (*Francovich*).

geoordeeld met Europees recht.⁵⁴ Een en ander leidt tot de conclusie dat de toetsingsruimte van de rechter ten opzichte van formele wetten zeer beperkt is. Hij zal dus niet gauw tot een oordeel komen dat een formele wet of een bepaling daarin onrechtmatig is. Bovendien kan de rechter de formele wetgever geen bevel geven wetgeving tot stand te brengen, te wijzigen of in te trekken.⁵⁵

De ruimte om andere algemeen verbindende voorschriften te toetsen is minder beperkt.⁵⁶ De burgerlijke rechter kan algemeen verbindende voorschriften namelijk wel toetsen aan de Grondwet en tevens aan fundamentele rechtsbeginselen.⁵⁷ Dit betekent dat hij bevoegd is dergelijke voorschriften onverbindend te verklaren wegens strijd met de Grondwet, een fundamenteel rechtsbeginsel of een wet in formele zin, indien daar aanleiding toe bestaat. Dat geldt ook wanneer een lagere regeling in strijd is met een hiërarchisch hoger geplaatst algemeen verbindend voorschrift. Het kan dan zowel voorschriften betreffen die inhoudelijke eisen stellen aan lagere regelgeving, als voorschriften die procedurele vereisten bevatten. In beide gevallen kan worden gesproken van bijzondere kaderstellende rechtsregels. Strijd met de Grondwet, een algemeen rechtsbeginsel of een hoger voorschrift brengt in beginsel een onrechtmatige gedraging met zich.⁵⁸ Ook het niet opstellen van regelgeving, terwijl daartoe wel een wettelijke verplichting bestaat, kan als onrechtmatig worden aangemerkt.⁵⁹ De rechter stelt zich in de praktijk ook zeer terughoudend op, wanneer hem wordt verzocht een oordeel te vellen over de inhoudelijke taakuitvoering van lagere regelgevers.⁶⁰ Op basis van zijn ruimere toetsingsmogelijkheden kan hij echter eerder tot een onrechtmatigheidsoordeel komen, dan het geval is bij formele wetgeving.

Op in bepaalde planvormen, zoals waterplannen, beheerplannen of rioleringsplannen,⁶¹ kunnen sterk uiteenlopende overwegingen inzake de adaptatie aan klimaatverandering voorkomen.⁶² In paragraaf 4.4.4 stelde ik dat op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel een in rechte afdwingbare verplichting bestaat voor waterbeheerders om in de genoemde planvormen adaptatiebeleid tot stand te brengen.⁶³ Schending van

54 Zie HvJEG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

55 Zie HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*).

56 Zie in dit kader Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1444-1450.

57 Zie HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (*Landbouwwliegers*) en HR 1 december 1993, AB 1994, 55.

58 Zie HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 (*Pocketbooks II*); HR 6 mei 1983, NJ 1984, 361; en HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252.

59 Denk in dat geval bijvoorbeeld aan de dwingende bepalingen van art. 2.4 en 2.8 Waterwet. Het nalaten beschermingsnormen vast te stellen, kan dus als onrechtmatig worden beschouwd. De daardoor veroorzaakte schade kan voor vergoeding in aanmerking komen. Het is opmerkelijk dat de rechter de naleving van dergelijke bepalingen niet kan handhaven met een bevel tot regelgeving (zie HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*)).

60 Zie bijvoorbeeld Hennekens 2001, p. 17-32.

61 De eerder genoemde projectplannen als bedoeld in art. 5.4 lid 1 Waterwet zijn in tegenstelling tot de hier genoemde planvormen wel appellabel, omdat deze zijn gericht op rechtsgevolg. Zie ook Groothuijse 2009, p. 135.

62 Zie in breder verband de passages over de planmatige en programmatische aanpak (mede in verband met de adaptatie aan klimaatverandering) in Backes, Keessen & Van Rijswijk 2012.

63 Ik deed voorts de aanbeveling deze verplichting te expliciteren in de betreffende bepalingen van de Waterwet en de Wet milieubeheer. Ik deed in paragraaf 4.4.5 voorts de aanbeveling nadere invulling te geven aan deze verantwoordelijkheid door gebruikmaking van de bevoegdheid ex art. 3.11 Waterwet.

deze wettelijke plicht kan op zichzelf als onrechtmatig worden aangemerkt. De burgerlijke rechter is bevoegd zich een rechtmatigheidsoordeel te vormen over dergelijke plannen, evenals over de daarin mogelijkwerijs voorkomende beleidsregels.⁶⁴ Voor dergelijke plannen gelden op grond van de huidige wet- en regelgeving diverse vereisten omtrent de inhoud, alsmede de totstandkoming daarvan.⁶⁵ Schending van dergelijke kaderstellende normen levert in beginsel een onrechtmatige gedraging op wegens strijd met de wet. Daarbij valt overigens gemakkelijker te toetsen aan procedurele voorschriften, omdat deze vaak duidelijker zijn gesteld en minder ruimte laten voor nadere invulling. Materiële voorschriften bieden vaak slechts een kader waarbinnen de waterbeheerder zijn plannen moet vormgeven. Daarbij heeft hij discretionaire ruimte, zodat de rechter zich wat dat betreft terughoudend moet opstellen bij de totstandkoming van zijn rechtmatigheidsoordeel. Hij kan de plannen dus slechts toetsen aan het geldende recht en kan zich geen inhoudelijk oordeel vormen over de daarin vastgelegde beleidskeuzen. Een en ander neemt niet weg dat strijd met de hier bedoelde normen – waaronder ook de toepasbare geschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en wellicht ook hogere planvormen – tot de conclusie kan leiden dat een planvorm onrechtmatig is wegens strijd met de wet.

6.3.3.3. De onrechtmatigheid van feitelijke handelingen wegens strijd met de wet

Ook de feitelijke handelingen die waterbeheerders verrichten in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, kunnen aan een rechterlijk rechtmatigheidsoordeel worden onderworpen. Te denken valt in de eerste plaats aan bestuursrechtelijke feitelijke handelingen die karakteristiek zijn voor waterbeheerders of overheidsorganen in algemene zin.⁶⁶ Men kan denken aan het openen of sluiten van sluizen, het in werking stellen van gemalen, het besproeien van veenkaden, het uitbaggeren van waterlopen, of het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan waterstaatswerken, maar ook het geven van inlichtingen, het uitoefenen van bestuursdwang, of het optreden als toezichthouder. Daarnaast kunnen bij de voorbereiding⁶⁷ en uitvoering⁶⁸ van besluiten bestuursrechtelijke feitelijke handelingen worden verricht.⁶⁹ Dergelijke handelingen worden beheerst door het bestuursrecht, zodat hierop ingevolge art. 3:1 lid 2 Awb in beginsel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Uiteraard kunnen zij ook in strijd zijn met andere bestuursrechtelijke voorschriften. Ook privaatrechtelijke feitelijke handelingen of privaatrechtelijke rechtshandelingen

64 Zie Groothuijse 2009, p. 119-121.

65 Zie ook mijn aanbevelingen in paragraaf 4.4.

66 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 348-366.

67 Zie HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS (*Super Doe*); HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS (*Blaricum/Roozen*); en HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*).

68 Zie HR 25 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (*St. Oedenrode/Driessen*); HR 16 juni 1989, NJ 1990, 214 m.nt. MS (*Helmond/Ottenheim*); en HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 m.nt. MS (*Vastgoed/Staat*).

69 Feitelijke handelingen kunnen dermate nauw samenhangen met een besluit waaraan zij voorafgaan, dat de zelfstandigheid van die handelingen ontbreekt. Dit brengt met zich dat zij onrechtmatig zijn, indien het besluit is vernietigd, en dat de formele rechtskracht zich ook daarover kan uitstrekken. Zie paragraaf 6.4.4.

kunnen onrechtmatig zijn wegens strijd met privaatrechtelijke of publiekrechtelijke wettelijke normen.⁷⁰ De bevoegdheden die overheden naar burgerlijk recht toekomen, mogen immers op grond van art. 3:14 BW niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven (en ongeschreven) publiekrechtelijke regels.⁷¹ De rechter buigt zich niet over de vraag of in een bepaald geval de juiste feitelijke handelingen zijn verricht, of dat beter had kunnen worden gekozen voor andersoortige handelingen. Dergelijke beoordelingen vallen immers binnen de discretionaire ruimte van de waterbeheerder.

6.3.3.4. Tekortschieten in publiekrechtelijke wettelijke zorgplichten

In deze paragraaf staat de in verband met aansprakelijkheid voor klimaatschade belangrijke vraag centraal in hoeverre de nalatigheden van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering onrechtmatig kunnen worden bevonden wegens strijd met een wettelijke plicht.⁷² Hier dienen zich de in hoofdstuk 4 besproken wettelijke zorgplichten in het waterbeheer aan als bijzondere rechtsregels. Zoals gezegd, eisen deze zorgplichten een bepaald activiteitsniveau van waterbeheerders, dat erop is gericht bepaalde wettelijke doelstellingen te verwezenlijken.⁷³ Men komt in het waterbeheer twee categorieën van zorgplichten tegen. De eerste categorie betreft de wettelijke zorgplichten die door de wetgever zijn geconcretiseerd aan de hand van eenduidige wettelijke beschermingsnormen (waterveiligheid, wateroverlast vanuit het oppervlaktewater);⁷⁴ de tweede categorie zorgplichten vindt primair nadere invulling door de waterbeheerder zelf in zijn beleid en wel langs de lijnen van de open norm van de doelmatigheid (hemel- en grondwaterzorgplicht, zoetwatervoorziening).⁷⁵ Voorts speelt de rechter in concrete gevallen nog een rol bij de nadere concretisering van dergelijke wettelijke zorgplichten.⁷⁶

In verband met de eerste categorie zorgplichten zijn de doelstellingen helder in de wet omschreven en is betrekkelijk eenvoudig vast te stellen of de betrokken beheerder deze heeft verwezenlijkt. Een nadere concretisering van deze wettelijke normen is in dit geval niet nodig, niet door de waterbeheerder zelf en niet door de rechter. In verband met de tweede soort is van de bedoelde helderheid geen sprake en hebben de betrokken waterbeheerders veel discretionaire ruimte om in hun beleid concrete invulling te geven aan hun wettelijke taakstelling. Zij stellen zelf hun eigen concrete doelen, niet de wetgever, want die heeft slechts voorzien in de wettelijke taakstelling. Dergelijke beleidsbeslissingen kunnen door de burgerlijke rechter worden beoordeeld

⁷⁰ Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 346-348.

⁷¹ Zie HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/IKON*) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (*Zeeland/Hoondert*).

⁷² Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 157-159. Zie in algemenere zin over nalaten Giesen 2004.

⁷³ Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 157; Van Rijswijk 2009, p. 172; en Groothuijse 2009, p. 60-66.

⁷⁴ Zie paragraaf 4.3.4.3 en 4.3.4.4.

⁷⁵ Zie paragraaf 4.3.4.5 en 4.3.4.6.

⁷⁶ Van Dam stelt in dit verband (gebaseerd op de leer Smits): 'De rechter dient de norm dan [indien de wettelijke regel abstract is geformuleerd; *toevoeging HKG*] te concretiseren, dat wil zeggen aan de hand van het ongeschreven recht toe te passen (scherp te stellen) op het concrete geval dat hem wordt voorgelegd.' Zie Van Dam 2000, p. 223.

op hun rechtmatigheid, maar hij dient zich wegens de beleidsvrijheid terughoudend op te stellen bij de beoordeling of de waterbeheerder zich de juiste doelen heeft gesteld, en tevens of hij zich in voldoende mate heeft ingespannen om deze doelen te verwezenlijken.⁷⁷

In hoeverre kan het tekortschieten in een wettelijke zorgplicht worden aangemerkt als vorm van onrechtmatig nalaten wegens strijd met een wettelijke plicht? Het kan in de eerste plaats goed voorkomen dat een gelaedeerde zijn eis langs die lijn inkleedt, ongeacht welke soort zorgplicht hij geschonden acht. Daarbij dient wel te worden bedacht dat het in verband met de eerste categorie zorgplichten eenvoudiger is te bepalen of hierin is tekortgeschoten, dan in verband met de tweede (niet concreet genormeerde) categorie. Indien bijvoorbeeld schade ontstaat door wateroverlast vanuit het oppervlaktewater en de benadeelde aannemelijk kan maken dat het vereiste beschermingsniveau niet is bereikt, dan staat er weinig aan in de weg te oordelen dat de betrokken beheerder een verwijtbaar onrechtmatig nalaten aan de dag heeft gelegd, doordat hij zich heeft gedragen in strijd met een wettelijke plicht.⁷⁸ De beschermingsnorm is immers ondubbelzinnig. Dat betekent eveneens dat *niet* kan worden gesproken van strijd met een wettelijke plicht, zolang het vereiste beschermingsniveau wel in acht blijkt te zijn genomen of de benadeelde het tegendeel daarvan wel stelt, maar niet kan bewijzen. De onrechtmatigheid van het nalaten kan in dat geval niet worden vastgesteld via de weg van het criterium 'strijd met een wettelijke plicht', althans niet wegens strijd met de wettelijke beschermingsnorm.⁷⁹ Daarmee is echter niet uitgesloten dat er omstandigheden kunnen bestaan waarin onrechtmatigheid alsnog kan worden gebaseerd op strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁸⁰ Aan deze grondslag voor onrechtmatigheid kan ook belang toekomen in gevallen waarin de concrete normen worden geacht onjuist of niet meer actueel te zijn.⁸¹ De zorgvuldigheidsnorm speelt in dergelijke gevallen een zelfstandige *aanvullende* rol. Ik kom hier in paragraaf 6.3.4.2 nog op terug.

In verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten uit de Waterwet ligt een en ander behoorlijk ingewikkelder. Indien bijvoorbeeld wateroverlast is ontstaan door afvloeiend hemelwater, dan kan een benadeelde stellen dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd wegens het tekortschieten in een wettelijke zorgplicht, en wel die uit art. 3.5 lid 1 Waterwet. Hij dient in dat geval aannemelijk te maken dat de betrokken waterbeheerder zich onder de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft ingespannen in de tenuitvoerlegging van zijn wettelijke verplichtingen. Uit de wet vloeit echter niet voort wat op grond daarvan precies van hem mag worden

77 Zie bijvoorbeeld Van Maanen & De Lange 2005, p. 48 e.v.; Damen e.a. 2009, p. 530-531; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nrs. 357-359.

78 Uiteraard behoudens de aanwezigheid van een geschreven of ongeschreven rechtvaardigingsgrond. Zie daarover paragraaf 6.3.5.

79 Zoals ik betoogde in paragraaf 4.4.3.1, kan op basis van de wettelijke zorgplichten ook geen hoger veiligheidsniveau van de beheerder worden afgedwongen dan de veiligheidsnormen eisen.

80 In dat geval gedraagt een waterbeheerder zich niet in strijd met zijn publiekrechtelijke zorgplicht uit de Waterwet, maar met een verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

81 Zie Van Dam 2000, p. 225-226.

verwacht, en evenmin – in tegenstelling tot de wel concreet genormeerde zorgplichten – waar de exacte grens van de overheidsverantwoordelijkheid ligt. Behoudens de veelal abstracte geschreven algemene kaderstellende rechtsplichten, zoals het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, bestaan er geen geschreven normen aan de hand waarvan hij zijn betoog kan vormgeven.⁸² De benadeelde zal daarom al gauw, zoals ook Van Dam in de hierboven geciteerde passage lijkt te stellen, aangewezen zijn op het ongeschreven recht. Daarbij zal hij mogelijk geneigd zijn argumenten te ontleen aan de binnen de gevaarzettingsleer ontwikkelde criteria⁸³ (die overigens al sinds 1981 via de weg van het *Bargerbeek*-arrest een rol spelen in het Nederlandse waterbeheer).⁸⁴ De zorgplicht wordt in dergelijke gevallen nader ingevuld langs de lijnen van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheid.

In dit verband rijst de boeiende vraag of een benadeelde zich nog wel beroept op onrechtmatigheid van het nalaten wegens de schending van een wettelijke plicht, of dat hij de onrechtmatigheid juist zoekt in de strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Vanuit zuiver privaatrechtelijk oogpunt lijkt dat laatste een aantrekkelijke gedachte.⁸⁵ Met het oog op de publiekrechtelijke wettelijke zorgplichten kijk ik hier echter anders tegenaan. Men heeft te maken met geschreven, maar uiterst abstract geformuleerde verplichtingen.⁸⁶ De civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm speelt in verband met deze zorgplicht volgens mij niet zozeer een zelfstandige rol als grond voor de vaststelling van onrechtmatigheid, maar veeleer

82 De benadeelde kan bijvoorbeeld betogen dat de betrokken waterbeheerder met het door hem gevoerde beleid in strijd heeft gehandeld met het publiekrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel ex art. 3:2 Awb. Indien de rechter hem volgt in zijn betoog, zal deze concluderen tot onrechtmatigheid wegens schending van een wettelijke plicht.

83 Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*). Van algemeen belang zijn de aard en ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich daadwerkelijk zal voordoen en de voorzienbaarheid daarvan, en de kosten die mogelijke voorzorgsmaatregelen met zich brengen.

84 Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1981, 332 m.nt. CJHB, AB 1982, 49 m.nt. J.G. Steenbeek (*Bargerbeek/Juurlink*). Zie ook Zie HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB, AB 1999, 206 m.nt. ThGD (*West-Friesland/Kaagman*); HR 19 november 1999, NJ 2000, 234, AB 2002, 21 m.nt. ThGD (*Dommel/De Haas c.s.*); en HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m.nt. CJHB, AB 2002, 20 m.nt. ThGD (*Van den Berg/Oude Rijnstromen*). Te denken valt aan het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van een waterschap komt; het aantal gronden binnen het beheersgebied van een waterschap, waarvan het weet of behoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast; de middelen – financiële en andere – die een waterschap voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan; en in hoeverre de aan het lage peil van de grond verbonden bezwaren (mede) veroorzaakt zijn door de eigenaar of gebruiker van de grond. Zie ten slotte ook Van Rijswijk 2009, p. 173 en vgl. Rb. Dordrecht 21 maart 2001, LJN AB0643; Hof Den Haag 18 december 2003, NJ 2004, 203 (*Emmaplein Dordrecht*); Rb. Amsterdam 28 december 2005, rolnummer H000417 (*Aalsmeer*); en recenter Vz. Rb. Middelburg 10 juni 2009, LJN BI7438 (*Kapelle*) en Rb. Dordrecht 22 juli 2009, LJN BJ3034 (*Dordrecht*).

85 In het civiele recht is het immers gebruikelijk zorgplichten te ontleen aan, te baseren op en invulling te geven aan de hand van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Zie bijvoorbeeld Paijmans 2013, die in haar dissertatie ingaat op de zorgplicht voor scholen op grond van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm.

86 Zo komt men met het oog op de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening op grond van een bestudering van de Waterwet niet veel verder dan dat de overheidszorg zich richt op het voorkomen en waar nodig beperken van waterschaarste. Dat neemt niet weg dat sprake is van een *wettelijke* zorgplicht. Zie ook Havekes & Van Rijswijk 2010, pp. 261-266.

als belangrijke bron voor de concrete normatieve en op de omstandigheden van het geval toegespitste concretisering daarvan,⁸⁷ in aanvulling op de geschreven en ongeschreven regels en beginselen van publiekrechtelijke aard. Volgens die redenering leidt het onvoldoende of op onjuiste wijze in acht nemen van dergelijke ongeschreven gedragsvoorschriften binnen het kader van de uitoefening van de wettelijke zorgplichten tot het tekortschieten in dergelijke zorgplichten, en dus tot een gedraging in strijd met een wettelijke plicht. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het uiteindelijke resultaat hetzelfde is. Er is volgens beide denklijnen sprake van een onrechtmatige gedraging; de onrechtmatigheid wordt enkel gebaseerd op een andere grondslag. De door mij gevolgde benadering lijkt mij echter zuiverder: aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm komt slechts belang toe als zelfstandige grondslag voor onrechtmatigheid, indien een wettelijke plicht – ongeacht of deze concreet of abstract is geformuleerd – geheel ontbreekt. In het geval er wel een wettelijke zorgplicht bestaat, heeft de zorgvuldigheidsnorm geen aanvullende, maar een *invullende* betekenis.

6.3.4. Schending van ongeschreven rechtsregels

De laatste onrechtmatigheidscategorie is de ‘strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.⁸⁸ Dit criterium werd in 1919 door de Hoge Raad ontwikkeld als zelfstandige maatstaf in het arrest *Lindenbaum/Cohen*,⁸⁹ en is sindsdien niet meer weg te denken in het Nederlandse civiele recht.⁹⁰ In de jaren tachtig van de vorige eeuw rees de vraag of dit criterium zich ook leent voor de beoordeling van de rechtmatigheid van *overheids*gedragingen.⁹¹ Dit is tegenwoordig algemeen aanvaard, waarbij het opmerking verdient dat van de overheid over het algemeen een hogere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht dan van niet-publiekrechtelijke (rechts)personen.⁹² De overheid heeft immers een bijzondere positie ten opzichte van burgers, hetgeen kan leiden tot het aanleggen van bijzondere en strengere maatstaven aan overheidsorganen, dan in het zuiver privaatrechtelijke maatschappelijke verkeer betaamt.⁹³ Van overheidsorganen kan dan ook eerder worden verwacht dat zij op de hoogte zijn van en inzicht hebben in relevante (feitelijke) gegevens en omstandigheden, of dat zij zich daar althans van vergewissen en er naar handelen. Scheltema en Scheltema menen dat de gelding van deze bijzondere maatstaven in zekere zin een strenger aansprakelijkheidsregime voor overheden met zich draagt.⁹⁴ Deze maatstaven vinden in belangrijke mate hun uitdrukking in de algemene

87 Zo begrijp ik ook Van Dam, waar hij (in de hierboven reeds door mij geciteerde passage) stelt dat de rechter de geschreven norm moet concretiseren met behulp van het ongeschreven recht. Zie nogmaals Van Dam 2000, p. 223-225.

88 Zie in algemene zin Sieburgh 2000, p. 71-77; Verheij 2005, p. 42-48; Jansen 2009, p. 32-35; Spier e.a. 2012; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nrs. 55-57.

89 Zie HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161.

90 Als standaardarrest geldt HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (*Natronloog*).

91 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 24-27. Zie tevens HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (*Heesch/Reijs*).

92 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 72-73.

93 Zie HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89 m.nt. CJHB (*Verboom/Staat*).

94 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 312.

beginselen van behoorlijk bestuur en de fundamentele rechtsbeginselen, waarvan overigens tegenwoordig een aanzienlijk aantal is gecodificeerd en dus niet meer in de ongeschrevenheid verkeert.⁹⁵ De schending daarvan levert dus een gedraging op in strijd met een wettelijke plicht.⁹⁶ Een aantal – bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel – is daarentegen na de erkenning ervan in ongeschreven vorm blijven voortbestaan en wordt in die hoedanigheid geacht te vallen onder de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.⁹⁷ Men kan stellen dat de bedoelde rechtsbeginselen deels een nadere concretisering vormen van de maatschappelijke zorgvuldigheid die de overheid jegens haar onderdanen behoort te betrachten. Het valt voorts niet uit te sluiten dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm een bron vormt voor de ontwikkeling van nieuwe en steeds concretere tot de overheid gerichte (ongeschreven) rechtsregels, zoals het voorzorgsbeginsel.

6.3.4.1. Erkende ongeschreven publiekrechtelijke rechtsbeginselen

De reeds erkende ongeschreven rechtsbeginselen gelden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering primair in situaties waarin waterbeheerders gebruikmaken van de hun krachtens het publiekrecht toekomende bevoegdheden, althans wanneer zij voor hen karakteristieke gedragingen aan de dag leggen. Daarvan is sprake wanneer zij adaptatiebesluiten nemen of dat juist nalaten, maar ook wanneer zij in dat kader bestuursrechtelijke feitelijke handelingen verrichten of dat nalaten. Ook de uitoefening van bevoegdheden die waterbeheerders krachtens burgerlijk recht toekomen, dient op grond van art. 3:14 BW te blijven binnen de grenzen van de ongeschreven publiekrechtelijke normatieve kaders. Zowel de bestuursrechter als de civiele rechter toetst de hem voorgelegde overheidsgedragingen vol aan de ongeschreven publiekrechtelijke normen.⁹⁸ De toetsing van appellabele besluiten door de bestuursrechter vertoont dus op dat punt qua intensiteit geen noemenswaardige verschillen met de toetsing van andere overheidsgedragingen door de burgerlijke rechter.⁹⁹ Uiteraard nemen beide rechters ook bij de toetsing aan ongeschreven gedragsnormen wel de discretionaire ruimte van de waterbeheerder in acht. In dat opzicht is hun toetsing dus terughoudend,¹⁰⁰ en loopt deze parallel met de toetsing aan de hierboven besproken wettelijke normatieve kaders. Schending van zowel geschreven, als ongeschreven gedragsnormen leidt in

⁹⁵ Zie Tjittes 1998, p. 100-105.

⁹⁶ Zie Damen e.a. 2009, p. 529.

⁹⁷ Zie HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/IKON*) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (*Zeeland/Hoondert*). Zie ook paragraaf 6.3.4.1.

⁹⁸ Zie wederom HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/IKON*) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (*Zeeland/Hoondert*). Zo volgt uit het arrest *Zeeland/Hoondert*: 'Voor zover het middel betoogt dat er slechts plaats is voor een "marginale toetsing", waarmee het onderdeel klaarblijkelijk op het oog heeft een meer beperkte toetsing zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmastaf, vindt het evenmin steun in het recht.'

⁹⁹ Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 313.

¹⁰⁰ Zie HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252 m.nt. JAB (*Grote Luyk*); HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (*Bussluit*); HR 5 januari 2001, NJ 2001, 78 (*Arrosel/Alkmaar*); en HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m.nt. TK (*Miljoenen zijn tegen/Staat*). Zie tevens ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 111 m.nt. MSV (*Slagerij van Oirschot*).

beginsel tot de conclusie dat de gedraging in kwestie onrechtmatig is. De onrechtmatigheid wordt slechts gebaseerd op een andere onrechtmatigheidscategorie.¹⁰¹

6.3.4.2. De zelfstandige betekenis van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm naast de concreet genormeerde zorgplichten uit de Waterwet

In paragraaf 6.3.3.4 maakte in onderscheid tussen twee categorieën wettelijke zorgplichten, te weten de concreet genormeerde en niet concreet genormeerde zorgplichten.¹⁰² Ik betoogde voorts dat het tekortschieten in beide soorten zorgplichten uit de Waterwet dient te worden aangemerkt als onrechtmatige gedraging wegens strijd met een wettelijke plicht. Voorts stelde ik, onder verwijzing naar Van Dam,¹⁰³ dat bij de nadere invulling van de niet concreet genormeerde zorgplichten onder meer criteria kunnen worden ontleend aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Met het oog op die ‘invullende’ rol zal de zorgvuldigheidsnorm naast dergelijke zorgplichten geen aanvullende normatieve betekenis meer hebben. Dat is anders in verband met de wel concreet genormeerde zorgplichten in het waterbeheer. Ik stelde in dat verband reeds dat met het voldoen aan deze zorgplichten niet zonder meer is gezegd dat de waterbeheerder zonder meer is gevrijwaard van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Als algemeen uitgangspunt in het civiele aansprakelijkheidsrecht geldt immers dat het handelen in lijn met een geschreven gedragsnorm geen absolute vrijwarende werking heeft met betrekking tot civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁰⁴ Er bestaat mijns inziens geen grond om te menen dat van dit uitgangspunt dient te worden afgeweken, indien de geschreven gedragsnorm zich richt tot de overheid.¹⁰⁵

Ik onderscheid twee categorieën van situaties waarin waterbeheerders alsnog onrechtmatig gedrag aan de dag kunnen leggen, en wel wegens schending van het ongeschreven recht.¹⁰⁶ In de *eerste* plaats kunnen naast de concreet genormeerde zorgplichten uit de Waterwet nog tal van ongeschreven aanvullende gedragsregels gelden, waarvan de schending onder bepaalde omstandigheden strijd oplevert met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dergelijke gedragsregels moeten in mijn ogen nadrukkelijk niet met de publiekrechtelijke wettelijke zorgplichten worden vereenzelvigd. Het betreft namelijk een afzonderlijke categorie zorgvuldigheidsnormen, die hun grondslag vinden in het ongeschreven recht.

In de *tweede* plaats kan de overtuiging voet aan de grond krijgen dat de wettelijke beschermingsnormen wel eenduidig en concreet, maar onjuist of niet meer actueel

101 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 311.

102 Zie in dat verband ook paragraaf 4.3.4.3, 4.3.4.4, 4.3.4.5, 4.3.4.6 en 4.4.3.

103 Zie Van Dam 2000, p. 223-225.

104 Zie Van Dam 2000, p. 220-221. Zie in dat verband ook HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m.nt. GJS, AB 1972, 193 m.nt. Scholten (*Vermeulen/Lekkerkerker*) en recenter HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. C.J.H. van Brunner (*Ludlage/Van Paradijs*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het handelen overeenkomstig vergunningvoorschriften niet zonder meer uitsluit dat dat handelen alsnog als onzorgvuldig dient te worden aangemerkt jegens derden.

105 Zie in dit verband ook paragraaf 6.4.5, waarin het vraagstuk van de vrijwarende werking aan de orde komt in situaties waarin niet een particulier, maar de overheid houder is van en uitvoering geeft aan een vergunning.

106 Zie ook paragraaf 4.4.6.

zijn. Het ongeschreven recht kan in dergelijke gevallen een belangrijke aanvulling betekenen op hetgeen vanuit juridisch oogpunt op basis van hun wettelijk zorgplichten van waterbeheerders mag worden verwacht.¹⁰⁷ Ook deze aanvullende en actualiserende verplichtingen dienen evenmin te worden vereenzelvigd met die wettelijke zorgplichten, juist omdat ook zij hun wortels onmiskenbaar hebben in het ongeschreven recht. Beide soorten gevallen kunnen van belang zijn in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Daarom licht ik ze hieronder beide nader toe aan de hand van (eenvoudige) voorbeelden.

Situatie 1: aanvullende gedragsregels

Stel dat zich een concrete en duidelijke dreiging van overstroming door hoogwater voordoet, doordat het hoogwater een niveau bereikt dat geen klimaatdeskundige op basis van zelfs de meest nauwkeurige klimaatmodellen had kunnen of durven voorspellen. Bedenk voorts dat de wetgever enkele jaren daarvoor op basis van de actuele en betrouwbare wetenschappelijke inzichten de ter plaatse geldende beschermingsnorm heeft aangescherpt, en dat de betrokken beheerder de waterkering in kwestie naar aanleiding van de aanscherping van die norm heeft verstevigd. Een deskundigenrapport heeft, ten slotte, uitgewezen dat de nieuwe waterkering is berekend op hoogwaterstanden, zoals die op basis van het ernstigste klimaatscenario kunnen worden voorspeld. Kortom: de waterkering voldoet aan de norm en de beheerder kan worden geacht zijn zorgplicht met betrekking tot de waterveiligheid naar behoren te zijn nagekomen. De beheerder berust in deze gedachte; de waterkering bezwijkt; velen lijden schade. Al gauw daarna blijkt dat de dreiging tamelijk eenvoudig had kunnen worden weggenomen door een waterkering een paar kilometer stroomopwaarts door te steken, zodat in plaats van de getroffen woonkern een onbewoond gebied zou inunderen. Ook wordt duidelijk dat dit in Nederland geen onbekende en evenmin ongebruikelijke handelswijze is in minder ernstige, maar desalniettemin concrete en acute situaties van overstromingsdreiging. Ondanks dat het feitelijke beschermingsniveau nooit beneden de wettelijke norm is gekomen en de beheerder zich daarmee dus niet in strijd heeft gedragen, kan worden gesteld dat op basis van het ongeschreven recht van de beheerder had mogen worden verwacht dat deze had gezocht naar en uitvoering had gegeven aan maatregelen om de dreiging alsnog weg te nemen, dan wel te beperken. Hij heeft een onrechtmatige gedraging aan de dag gelegd, niet omdat hij zijn wettelijke plichten niet is nagekomen, maar wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Situatie 2: verouderde normen

Men kan ervan uitgaan dat de wetgever bij de vaststelling van beschermingsnormen naar behoren rekening heeft gehouden met de in het gebied waar die norm gaat gelden heersende omstandigheden en de daar aanwezige belangen. Zodoende is voor het gehele binnendijkse Nederlandse grondgebied een aaneenschakeling van per gebied zorgvuldig uitgebalanceerde beschermingsnormen tot stand gebracht. Regionale om-

¹⁰⁷ Zie Van Dam 2000, p. 225-226.

standigheden kunnen echter in de loop der tijd veranderen, bijvoorbeeld onder invloed van klimaatverandering, maar ook door wijzigingen van grondgebruik, of een toe- of afname van de bevolkingsdichtheid of het in een gebied geïnvesteerd vermogen. Dit kan ertoe leiden dat de ooit op basis van de toen geldende omstandigheden vastgestelde normen met het oog op de huidige veranderde omstandigheden niet langer als toereikend kunnen worden aangemerkt.¹⁰⁸ In dat geval ontstaat de behoefte de normen in heroverweging te nemen en desnoods aan te scherpen. Zolang de wetgever daar niet toe overgaat (het betreft dus in belangrijke mate een politieke beslissing),¹⁰⁹ behouden de oude normen kracht van wet, maar de juistheid daarvan kan dan in twijfel worden getrokken. Van Dam stelt dat een toetsing aan het ongeschreven recht noodzakelijk is, indien een wettelijke norm is verouderd en niet meer wordt aanvaard. Op basis van het ongeschreven recht dient dan door de rechter een strengere norm te worden gehanteerd.¹¹⁰ Een schending van die strengere norm levert geen onrechtmatige gedraging op wegens strijd met de wet, want er wordt expliciet getoetst aan het *ongeschreven* recht. De gelding van een strengere ongeschreven beschermingsnorm betekent overigens ook dat mogelijk op grond van art. 3:296 lid 1 BW verderstreckende beschermingsmaatregelen van een waterbeheerder kunnen worden afgedwongen. Dit kan worden aangemerkt als ongeschreven adaptatieverplichting.

Nu dient in mijn ogen niet te gauw te worden geconcludeerd dat een norm is verouderd en niet meer wordt aanvaard. Het bestaan van maatschappelijke discussie over de toereikendheid van een norm kan daartoe wel aanwijzingen geven, maar daarin kan geen doorslaggevend argument worden gevonden om in die richting te concluderen. Het primaat van normstelling en de aanscherping van normen ligt in het publiekrecht bij de wetgever; de rechter moet zich verre houden van een inmenging in diens taken en bevoegdheden, vooral wanneer het uiterst concrete en ondubbelzinnige normen betreft. Daarom kan van een aanvullende toetsing aan het ongeschreven recht in verband met de concrete beschermingsnormen uit de Waterwet in mijn ogen hoogstens sprake zijn, indien het boven alle redelijke twijfel is verheven dat de huidige normen zijn verouderd. Daarvan is vooralsnog geen sprake, maar de in paragraaf 4.2.5.1 besproken ontwikkelingen in het kader van het deltaprogramma kunnen wel worden geïnterpreteerd als voorzichtige aanwijzingen in die richting.

Daarnaast moet nog worden bedacht dat het systeem van beschermingsnormen ook intern is uitgebalanceerd. Verhoging van het veiligheidsniveau op de ene locatie kan van invloed zijn op de fysieke veiligheid op andere locaties, en kan zelfs een ernstige verslechtering daarvan met zich brengen. Dit is een extra factor waarmee bij de

108 Dat dit geen 'uit de lucht gegrepen' voorbeeld is, blijkt uit het – overigens inmiddels verworpen – advies van de Deltacommissie (commissie Veerman) om alle veiligheidsnormen in Nederland met een factor 10 te verhogen. In het kader van het huidige deltaprogramma wordt onderzocht in hoeverre de huidige beschermingsnormen (die overigens dateren van de jaren zestig) nog toereikend zijn en in hoeverre deze aanpassing behoeven. Zie Deltacommissie 2008; Deltaprogramma 2011; Deltaprogramma 2012; en Deltaprogramma 2013. Zie ook paragraaf 4.2.4 en 4.2.5.1.

109 De wetgever kan daar, zoals gezegd, niet toe worden gedwongen: HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*) en HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*).

110 Zie Van Dam 2000, p. 225.

vaststelling van (strengere) normen rekening moet worden gehouden.¹¹¹ Het is zeer de vraag of de rechter dergelijke complexe afwegingen in concrete gevallen wel naar behoren in zijn oordeel kan betrekken. Ik vind hierin in elk geval een extra reden voor grote terughoudendheid.

6.3.4.3. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en het voorzorgsbeginsel

Het is een belangrijke vraag welke rol de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm speelt in verband met aansprakelijkheidsvragen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Diezelfde vraag kan worden gesteld in verband met het ongeschreven voorzorgsbeginsel, maar die vragen liggen mijns inziens geheel in elkaars verlengde. De ontwikkelingen omtrent het voorzorgsbeginsel, zoals deze zich hoofdzakelijk in de literatuur lijken te voltrekken,¹¹² kunnen in mijn ogen namelijk worden aangemerkt als (poging tot) een nadere concretisering van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De maatschappelijk relevante vraag hoe te anticiperen op onzekere (klimaat)risico's is een van de drijvende krachten achter die ontwikkelingen. Ik concludeerde in paragraaf 4.4.7 dat het voorzorgsbeginsel een bijzondere op onzekere risico's toegespitste vorm van zorgvuldigheid is, die hoofdzakelijk van belang is in het kader van de beleidsvorming. Dat rechtvaardigt een gezamenlijke bespreking.

Uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en het voorzorgsbeginsel vloeit in mijn ogen hoofdzakelijk een verplichting voor waterbeheerders voort om bij de totstandkoming van hun beleid rekening te houden met onzekere klimaatrisico's. Ik beschouw dit als een onderzoeks- en verantwoordingsplicht ten aanzien van beleidsbeslissingen in verband met onzekere (klimaat)risico's.¹¹³ Die verplichting wijkt, zoals ik reeds betoogde in paragraaf 4.4.6 en 4.4.7, overigens niet af van de verplichting op grond van het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel. Waterbeheerders kunnen dergelijke risico's in hun beleidsvorming dus niet zonder meer links laten liggen; zij moeten daar op zorgvuldige wijze op anticiperen, hetgeen ook een verantwoording van de genomen beslissingen vergt. Het achterwege blijven van overwegingen te dien aanzien kan worden beschouwd als een feitelijke veronachtzaming van dergelijke risico's. Dit kan op haar beurt worden beschouwd als vorm van onrechtmatig nalaten wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹¹⁴ Indien daarvan sprake is, bestaat voor derden in beginsel de mogelijkheid zich te wenden tot de burgerlijke rechter met een verzoek de betrokken waterbeheerder

111 Een vraag die hier niet aan de orde komt, maar die wel relevant kan zijn voor de praktijk van het waterbeheer, is in hoeverre waterbeheerders onrechtmatig handelen jegens andere waterbeheerders, indien het feitelijke veiligheidsniveau elders verslechtert, doordat zij in hun eigen beheergebied veiligheidsverhogende maatregelen treffen.

112 Zie bijvoorbeeld Van Dijk 2007; WRR 2008; Spier 2008; Braams, Van Rijn & Scheltema 2010; en Geerdink & Scheltema 2010. Zie tevens paragraaf 4.4.7.

113 Ook Brans en Winterink lijken te wijzen op het bestaan van een dergelijke onderzoeksverplichting. Zie Brans & Winterink 2012, p. 121-122.

114 Indien een eiser zijn vordering in dit verband baseert op het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel, kan worden gesproken van onrechtmatig nalaten wegens strijd met een wettelijke plicht. Het betreft dan een andere onrechtmatigheidscategorie, waarop ik in paragraaf 6.3.3 nader inging.

te verplichten gehoor te geven aan deze verplichting. Het wordt echter lastiger, indien derden menen dat onvoldoende of op een onjuiste wijze rekening is gehouden met onzekere klimaatrisico's. Bij het ontbreken van inhoudelijke wettelijke eisen die bij de totstandkoming van adaptatiebeleid in acht moeten worden genomen, kan de rechter het beleid slechts toetsen aan abstracte normen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, de maatschappelijke zorgvuldigheid en het ongeschreven voorzorgsbeginsel. De kans dat hij in dergelijke gevallen tot een onrechtmatigheidsoordeel komt, is met het oog op de beleids- en beoordelingsvrijheid van waterbeheerders, niet bijzonder groot.

In paragraaf 4.4.6.2 besprak ik in hoeverre de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm verderstrekkende verplichtingen voor waterbeheerders met zich kan dragen, dan hetgeen op basis van hun wettelijke zorgplichten van hen kan worden verlangd. Ik betoogde daar dat in verband met de concreet genormeerde zorgplichten geen aanvullende betekenis toekomt aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Zolang het feitelijke beschermingsniveau niet beneden de wettelijke norm komt, schieten beheerders niet tekort in hun zorgplicht en kan hun dus geen onrechtmatig nalaten worden verweten. De wettelijke normen stellen niet alleen een grens aan de juridische verantwoordelijkheden van waterbeheerders; deze vormen tevens een absolute beperking van hun aansprakelijkheid. Van een vergelijkbare concrete beperking van de aansprakelijkheid is in verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten geen sprake. Waterbeheerders bepalen in dat verband zelf in belangrijke mate de grenzen van hun zorgplichten. Bij hun beleidsbeslissingen in dat verband moeten zij, indien relevant, rekening houden met onzekere klimaatrisico's. Zij hebben wat dat betreft veel discretionaire ruimte, zodat de rechter zich bij de beoordeling van de rechtmatigheid van dergelijke beslissingen terughoudend opstelt. Hij kan dergelijke beslissingen slechts toetsen aan abstracte normen, zoals die van de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹¹⁵ Zolang van strijd met dergelijke normen geen sprake is, kan ook niet worden gesproken van enig tekortschieten in een zorgplicht en dus evenmin van een onrechtmatig nalaten. Aangezien echter niet kan worden uitgesloten dat de rechter wel degelijk meent dat sprake is van een zorgvuldigheidsgebrek, kan in verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten niet worden gesteld dat sprake is van een absolute en op voorhand duidelijke begrenzing van de aansprakelijkheid.

6.3.5. *Rechtvaardigingsgronden*

De onrechtmatigheid van een gedraging kan onder bepaalde omstandigheden worden weggenomen met een beroep op een rechtvaardigingsgrond.¹¹⁶ Bekende rechtvaardigingsgronden zijn het bevoegd gegeven ambtelijke bevel, het bestaan van wettelijke voorschriften of bevoegdheden, noodweer en overmacht. Deze staan bekend als de 'wettelijke' rechtvaardigingsgronden. Daarnaast wordt in de literatuur en rechtspraak

¹¹⁵ Ik betoogde in paragraaf 4.4.5 dat er wel behoefte bestaat aan nadere kaderstellende regelgeving ten aanzien van de invulling van niet concreet genormeerde zorgplichten. Het komt er in dat geval op neer dat de wetgever nadere invulling geeft aan het doelmatigheidsvereiste.

¹¹⁶ Zie uitgebreid Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nrs. 88-97.

ook het bestaan van ongeschreven rechtvaardigingsgronden aanvaard.¹¹⁷ Of met succes een rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen, dient in algemene zin te worden bezien in het licht van de omstandigheden van het geval en de toepasselijke wettelijke bepalingen. Na de vaststelling van een schending van een (on)geschreven rechtsregel dient in dat kader een nadere belangenafweging te worden gemaakt. In deze afweging staat de ernst van de schadeveroorzakende gedraging tegenover de belangen die daarmee worden gediend. Wegens het sterke casuïstische karakter van deze afweging is het lastig met het oog op het rechtvaardigingsvraagstuk algemene criteria of conclusies te distilleren. Er bestaat geen aanleiding te menen dat overheidsorganen geen beroep kunnen doen op een rechtvaardigingsgrond. In deze paragraaf staat de vraag centraal welke betekenis aan het rechtvaardigingsleerstuk kan toekomen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

In de eerste plaats kunnen waterbeheerders in dat kader een beroep doen op een wettelijke rechtvaardigingsgrond. Daarbij lijkt op voorhand het meeste belang toe te komen aan de overmacht. Van overmacht kan sprake zijn in uitzonderlijke situaties, waarin de waterbeheerder door bepaalde externe omstandigheden of gebeurtenissen feitelijk wordt belemmerd zijn (wettelijke) taken naar behoren uit te oefenen. Dit zullen over het algemeen noodsituaties zijn, waarin de waterbeheerder normaal gesproken de regie behoort te voeren en daartoe doorgaans ook in staat is, maar daarin door belemmerende factoren wordt tegengewerkt, waarmee hij redelijkerwijs niet reeds vooraf rekening had kunnen en hoeven houden. Er zijn mij uit de jurisprudentie geen voorbeelden bekend, waarin een waterbeheerder in een noodsituatie een beroep deed op overmacht. Een mogelijk succesvol beroep op overmacht zou kunnen worden gedaan in een situatie, waarin een onder normale omstandigheden goed te voorkomen dijkdoorbraak dreigt en plaatsvindt, maar waarin het door hevige storm en omgewaaide bomen onmogelijk is de betreffende locatie tijdig te bereiken teneinde de noodzakelijke werkzaamheden uit te voeren. Met het oog op de verplichting voor waterbeheerders om te voorzien in calamiteitenplannen,¹¹⁸ kan worden gesteld dat zij in beginsel moeten zijn voorbereid op onverwachte en onberekenbare omstandigheden. Dit kan met zich brengen dat de rechter terughoudend zal zijn een beroep op overmacht toe te wijzen, ook al is sprake van een noodsituatie.

Waterbeheerders behartigen algemene belangen, zoals dat van de waterveiligheid, de zoetwatervoorziening en de waterkwaliteit. Daartoe hebben zij bepaalde wettelijke taken en bevoegdheden toebedeeld gekregen. Men kan zich afvragen of de behartiging van het algemeen belang kan worden aangevoerd als (ongeschreven) grondslag voor de rechtvaardiging van onrechtmatige overheidsgedragingen. Uit oudere jurisprudentie blijkt dat dit niet zonder meer kan worden aangenomen.¹¹⁹ Dat zou immers kunnen leiden tot de merkwaardige conclusie dat onrechtmatige overheidsgedragingen

117 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 74. Zie tevens HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (*Edamse bijstandsvrouw*). In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat in aansluiting op, in casu, art. 8 lid 2 EVRM een rechtvaardigingsgrond kan voortvloeien uit geschreven of ongeschreven recht.

118 Zie paragraaf 4.5.5.

119 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 1952, NJ 1952, 642 m.nt. PhANH (*Voortse Stroom VII*) en recenter HR 17 januari 1997, NJ 1998, 656 m.nt. ARB.

in beginsel steeds gerechtvaardigd zijn en door eenieder moeten worden geduld. Aansprakelijkheid jegens enkelen wegens de schending van tot de overheid gerichte zorgvuldigheidsnormen kan dan op onaanvaardbare wijze worden omzeild met een beroep op de belangen van het collectief. De behartiging van het algemeen belang kan daarom slechts in uitzonderlijke gevallen als bron voor rechtvaardiging worden ingeroepen, en wel wanneer aan dat algemene belang een dermate zwaar gewicht toekomt dat de bescherming van individuele belangen hiervoor dient te wijken. In dergelijke gevallen kan de rechter overigens ook toepassing geven aan art. 6:168 lid 1 BW, waarbij de onrechtmatige gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen moet worden geduld, terwijl een recht op schadevergoeding blijft bestaan. Bij het tekortschieten in wettelijke zorgplichten lijkt het overigens weinig zinvol de behartiging van het algemeen belang aan te wenden als bron voor rechtvaardiging.

Van Ravels wijst op het terrein van de rechtvaardiging van onrechtmatige gedragingen op een bijzondere categorie, namelijk de ‘rechtvaardigingsgrond in wording’.¹²⁰ Hiermee bedoelt hij dat het door de overheid inroepen van de behartiging van het algemeen belang het begin van een rechtvaardigingsgrond met zich kan brengen, maar dat deze pas als zodanig kan worden aanvaard wanneer de overheid de benadeelde compensatie aanbiedt voor de ontstane gevolgschade. Zolang dat niet is gebeurd, geldt de overheidsgedraging dus als onrechtmatig en kan deze worden verboden. Is compensatie aangeboden en uitgekeerd, dan kan de gedraging als gerechtvaardigd worden aangemerkt en kan deze worden uitgevoerd.¹²¹ Dit lijkt sterk op de constructie die de burgerlijke rechter hanteert bij de omgang met het niet als zodanig door hem erkende leerstuk van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsgedragingen. Duidelijk is dat het betrokken overheidsorgaan in dergelijke gevallen de rechtvaardiging van zijn gedragingen afkoopt door nadeelcompensatie aan te bieden.¹²² Maar betekent dit ook dat een waterbeheerder een bepaald adaptatiebesluit bewust onzorgvuldig kan voorbereiden, om de rechtvaardiging daarvan later af te kopen? Dat lijkt mij niet de bedoeling, omdat op die manier zwaarwegende publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnormen kunnen worden omzeild. Dergelijke vormen van rechtvaardiging zijn dus alleen aanvaardbaar, indien overheidsgedragingen ondanks de betrachte zorgvuldigheid onvermijdelijk leiden tot de ontoelaatbare benadeling van derden.

6.3.6. *Tussenconclusies*

De onrechtmatigheid van een gedraging is van essentieel belang voor succesvolle vestiging van aansprakelijkheid. Hierboven stond de vraag centraal in hoeverre overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering de kans lopen als onrechtmatig te worden aangemerkt. Van onrechtmatigheid kan sprake zijn, indien met een gedraging een inbreuk op een subjectief recht wordt gemaakt, indien

¹²⁰ Zie Van Ravels 2009.

¹²¹ Zie Van Ravels 2009, p. 150-151.

¹²² Het leerstuk van de nadeelcompensatie is van groot belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en komt aan de orde in hoofdstuk 8.

een gedraging in strijd is met een wettelijke plicht, of indien een gedraging in strijd is met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Van deze drie onrechtmatigheidscategorieën speelt de eerste in het kader van de adaptatie geen of slechts een zeer beperkte rol. Deze is niet goed toepasbaar in verband met klimaatschade. Ook in verband met gevolgschade is het zelfstandige karakter van de onrechtmatigheidscategorie in het overheidsaansprakelijkheidsrecht uiterst beperkt: er dient naast een inbreuk op een subjectief recht meestal ook steeds sprake te zijn van enige vorm van onzorgvuldigheid. De categorieën 'strijd met een wettelijke plicht' en 'strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' zijn in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering des te belangrijker.

Als algemene conclusie geldt dat overheidsgedragingen onrechtmatig zijn, indien daarmee de geschreven en ongeschreven normatieve kaders te buiten wordt gegaan. Ik maakte wat betreft die kaders globaal onderscheid tussen drie soorten normen waarmee overheidsgedragingen strijdig kunnen zijn. De eerste soort vormt een zeer algemeen normatief kader voor de toetsing van in beginsel alle soorten overheidsgedragingen en omvat (zeer) abstracte geschreven en ongeschreven rechtsregels. De tweede soort werpt een bijzonder normatief kader op voor specifieke (soorten) gedragingen. Het kan zowel procedurele als materiële voorschriften betreffen. De laatste soort betreft de wettelijke zorgplichten. Deze behelzen verplichtingen voor waterbeheerders tot het nastreven van bepaalde wettelijke doelstellingen door gebruikmaking van de daartoe beschikbare instrumenten en bevoegdheden. Deze zorgplichten vinden nadere invulling aan de hand van concrete beschermingsnormen, dan wel aan de hand van de open norm van de doelmatigheid. De eerder genoemde algemene en bijzondere (kaderstellende) normen zijn in dat laatste geval van groot belang bij de concrete invulling van de zorgplichten door de waterbeheerders in hun te onderscheiden planvormen. De rechter kan de rechtmatigheid van de beleidsbeslissingen in dat verband beoordelen, maar dient daarbij de discretionaire ruimte van waterbeheerders te respecteren.

Indien een waterbeheerder tekortschiet in een van zijn wettelijke zorgplichten, dient dit te worden aangemerkt als een onrechtmatige gedraging wegens strijd met een wettelijke plicht. Dat geldt ook wanneer een niet concreet genormeerde zorgplicht nader wordt ingevuld aan de hand van de in de gevaarzettingsleer ontwikkelde criteria. Men kan stellen dat de publiekrechtelijke zorgvuldigheidsnorm uit de Waterwet mede kan worden ingevuld langs de lijnen van de privaatrechtelijke ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Zodra komt vast te staan dat een waterbeheerder niet is tekortgeschoten in een van zijn wettelijke zorgplichten, dan kan hem als vanzelfsprekend niet het verwijt worden gemaakt dat hij zich onrechtmatig heeft gedragen wegens strijd met een wettelijke plicht. Die onrechtmatigheidscategorie is in dat geval uitgesloten, hetgeen niet betekent dat de waterbeheerder zonder meer is gevrijwaard van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Op basis van het ongeschreven recht kunnen immers nog zelfstandig te handhaven zorgvuldigheidsnormen gelden, waaraan naast en onafhankelijk van de wettelijke zorgplicht nog belang kan toekomen. Deze normen maken geen deel uit van de wettelijke zorgplicht, maar gelden ten opzichte daarvan nadrukkelijk als aanvullend. Ten slotte kan de beschermingsnorm waarmee de wetgever de

zorgplichten heeft geconcretiseerd als verouderd worden aangemerkt. In dat geval kan uit het ongeschreven recht een strengere, wederom aanvullende, beschermingsnorm voortvloeien. Schending van die norm leidt tot een onrechtmatige gedraging wegens schending van de maatschappelijke betamelijkheid. Ik meen echter dat de rechter zeer terughoudend gebruik moet maken van de mogelijkheid verouderde beschermingsnormen aan te scherpen door aanvullend te toetsen aan het ongeschreven recht.

6.4. Bijzonderheden omtrent het beginsel van de formele rechtskracht

6.4.1. Algemeen

Ik ben in paragraaf 5.3.5 reeds in algemene zin ingegaan op het beginsel van de formele rechtskracht.¹²³ Dit beginsel geldt ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Hieronder bespreek ik enkele bijzonderheden die het in algemene zin en dus ook in dat kader met zich kan brengen. Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat dit beginsel in het licht van adaptatiebesluiten een sterk van de algemene lijn afwijkende invulling of toepassing zal krijgen. Dit beginsel geldt als belangrijk obstakel voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor schade door appellabele adaptatiebesluiten. Een besluit met formele rechtskracht wordt immers geacht rechtmatig te zijn, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming, als wat betreft de inhoud daarvan. Een besluit krijgt formele rechtskracht, indien de beroepstermijn ongebruikt is verstreken of indien de bestuursrechter het besluit in zijn uitspraak in stand heeft gelaten. Alleen appellabele besluiten kunnen overigens formele rechtskracht krijgen. Niet-appellabele besluiten, formele wetgeving, privaatrechtelijke rechtshandelingen en zelfstandige feitelijke handelingen kunnen dat dus niet. Dat is ook niet nodig, omdat de burgerlijke rechter exclusief bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van dergelijke gedragingen. In sommige gevallen strekt de formele rechtskracht zich echter wel uit over de aan appellabele adaptatiebesluiten voorafgaande feitelijke handelingen. Hier geldt een zogenoemd 'samenhangcriterium' (paragraaf 6.4.4). Het is voorts de vraag in hoeverre de formele rechtskracht van een adaptatiebesluit een zogenoemde 'vrijwarende werking' heeft voor waterbeheerders wat betreft de uitvoering daarvan (paragraaf 6.4.5). In paragraaf 6.4.6 bespreek ik de verdeling van het risico voor kosten en aansprakelijkheid door de uitvoering van adaptatiebesluiten die nog geen formele rechtskracht hebben gekregen. Vooraleer over te gaan tot de bespreking van dergelijke bijzonderheden, besteed ik in paragraaf 6.4.2 aandacht aan de aanvaardbaarheid van ongelijkheden die de strikte toepassing van de formele rechtskracht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering met zich kan brengen. Ik ga in dat licht ook in op de eventuele beperkte houdbaarheid van de formele rechtskracht van adaptatiebesluiten (paragraaf 6.4.3). Ik sluit in paragraaf 6.4.7 af met de nodige conclusies.

123 Zie daarover uitgebreid, met vele verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie, Schueler 2005, hst. 6.

6.4.2. Ongelijkheid door de formele rechtskracht

De formele rechtskracht van een appellabel besluit kan slechts worden tegengeworpen aan degenen die daartegen beroep konden instellen bij de bestuursrechter.¹²⁴ Tegen niet-belanghebbenden kan de formele rechtskracht dus niet in stelling worden gebracht.¹²⁵ Omgekeerd geldt ook dat de onrechtmatigheid van een vernietigd besluit slechts geldt jegens de belanghebbenden die daar daadwerkelijk beroep tegen hebben ingesteld.¹²⁶ Jegens degenen die geen beroep tegen het vernietigde besluit hebben ingesteld, wordt het besluit dus geacht rechtmatig te zijn (geweest) in al zijn facetten. Beide regels zijn van algemeen belang en kunnen dus ook consequenties hebben in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. De toepassing daarvan kan echter wel leiden tot ongelijkheid tussen belanghebbenden, evenals tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden. Ik bespreek hieronder in hoeverre deze ongelijkheid kan worden gerechtvaardigd en wat er mijns inziens moet gebeuren om eventuele onaanvaardbare vormen van ongelijkheid op te heffen.

6.4.2.1. Aanvaardbare ongelijkheid tussen belanghebbenden onderling

In de eerste plaats kan onderlinge ongelijkheid tussen belanghebbenden bestaan. Wanneer bijvoorbeeld een besluit tot de aanwijzing van een beschermingszone langs een waterkering door de bestuursrechter wordt vernietigd, wordt dit besluit slechts geacht onrechtmatig te zijn jegens al degenen die daartegen feitelijk beroep hebben ingesteld. Zij kunnen na de vernietiging in beginsel een succesvolle vordering tot schadevergoeding instellen bij de burgerlijke rechter. De belanghebbenden die door dit besluit eveneens gevolgschade stellen te hebben geleden, maar daartegen geen beroep hebben ingesteld, zullen hun vordering tot schadevergoeding afgewezen zien worden wegens het jegens hen ontbreken van onrechtmatigheid. Deze vorm van ongelijkheid tussen belanghebbenden onderling wordt gerechtvaardigd door het bestaan van wettelijke termijnen voor bezwaar en beroep. Het is de eigen verantwoordelijkheid van belanghebbenden om tijdig gebruik te maken van dergelijke mogelijkheden. Laten zij dit na zonder daarvoor een geldige reden te kunnen aanvoeren, dan is het niet onredelijk dat hun de mogelijkheid tot het indienen van een succesvolle vordering tot schadevergoeding is ontvallen. Er bestaat in dergelijke gevallen dus geen behoefte een uitzondering op deze regel.

124 Zie HR 8 september 1995, AB 1996, 58 m.nt. ThGD (*Utrecht/Budinovski en Pejkovski*).

125 Zie HR 20 november 1987, AB 1988, 117 (*Montenegro/Staat*); en HR 3 september 2004, AB 2005, 74 m.nt. GAvdV (*Staat/VAJN/NJCM*).

126 Dit werd in eerste instantie aanvaard door de burgerlijke rechter, maar ook de bestuursrechter heeft zich bij deze regel aangesloten. Zie HR 19 juni 1998, AB 1998, 416 m.nt. ThGD (*Kaveka/Apeldoorn*); ABRvS 24 maart 2004, JB 2004, 225 m.nt. AMLJ en ABRvS 5 oktober 2000, JB 200, 324.

6.4.2.2. Onaanvaardbare ongelijkheid tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden

In andere gevallen kan *wel degelijk* behoefte bestaan aan een uitzondering. Het is namelijk niet uitgesloten dat zich in verband met een adaptatiebesluit, nadat het formele rechtskracht heeft gekregen, klimaatschade voordoet, bijvoorbeeld omdat achteraf blijkt dat het genomen besluit inadequaaf was. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin grootschalige wateroverlast is opgetreden, die naar achteraf blijkt had kunnen worden voorkomen door een andersluidend besluit te nemen met inachtneming van reeds lang beschikbare relevante wetenschappelijke inzichten in en voorspellingen over de effecten van klimaatverandering. Dit besluit is dan achteraf kennelijk onjuist gebleken, maar heeft wel formele rechtskracht jegens degenen die belanghebbend waren op het moment waarop het besluit werd genomen. Zij kunnen de rechtmatigheid van dat besluit niet meer betwisten bij de burgerlijke rechter en kunnen dus evenmin een succesvolle vordering tot schadevergoeding indienen wegens de vermeende onrechtmatigheid daarvan. Niet-belanghebbenden – die bijvoorbeeld pas in het getroffen gebied zijn komen te wonen, nadat het besluit was genomen en uitgevoerd – kunnen de burgerlijke rechter daarentegen nog wel verzoeken de onrechtmatigheid hiervan jegens hen uit te spreken. De formele rechtskracht van het besluit kan hun immers niet worden tegengeworpen.

In dergelijke gevallen is sprake van ongelijkheid tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden. Voor de laatsten bestaat immers in beginsel nog wel de mogelijkheid een succesvolle vordering tot schadevergoeding in te dienen, terwijl die mogelijkheid voor belanghebbenden op basis van de formele rechtskracht van het besluit ontbreekt. Deze vorm van ongelijkheid valt niet te verklaren aan de hand van het bestaan van relatief korte termijnen voor bezwaar en beroep in het bestuursrecht. Het kan belanghebbenden immers niet worden verweten dat zij niet binnen de daartoe gestelde termijn beroep tegen het besluit hebben ingesteld. Er bestond voor hen immers geen directe aanleiding om de rechtmatigheid van het besluit op het moment dat het werd genomen in twijfel te trekken. Er lijkt dan ook geen goede reden te bestaan hun de formele rechtskracht zonder meer tegen te werpen. Het verdient daarom aanbeveling de mogelijkheid te aanvaarden een uitzondering te maken op de formele rechtskracht, in de gevallen waarin zich door de op een later tijdstip gebleken inadequaafheid van een besluit alsnog de schade voordoet waartegen dat besluit juist bescherming beoogde te bieden. Als bijkomend criterium dient dan wel te gelden dat de betrokken waterbeheerder redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van de onjuistheid van het primair genomen besluit. Er moet, met andere woorden, voldoende aanleiding bestaan voor het vermoeden dat het onjuiste besluit tevens onrechtmatig was op het moment dat het werd genomen.

De burgerlijke rechter dient zich overigens wel terughoudendheid op te stellen bij het maken van dergelijke uitzonderingen. Zo dient de belanghebbende aannemelijk te maken dat de betrokken waterbeheerder op het moment dat deze het onjuiste besluit nam, redelijkerwijs op de hoogte was of had kunnen zijn van de onjuistheid daarvan. Ook dient hij aan te tonen dat hem zelf geen verwijt valt te maken van het feit dat hij

niet tegen het besluit in beroep is gegaan. Hij moet dus beargumenteren waarom de betrokken beheerder wel, maar zichzelf niet redelijkerwijs op de hoogte had hoeven te zijn van de onjuistheid van het besluit. Bijzondere terughoudendheid kan worden verlangd, indien tegen het onjuiste besluit wel beroep is ingesteld, maar dit niet heeft geleid tot de vernietiging daarvan. In dat geval moet worden gekeken naar de gronden van het ingestelde beroep. Indien deze expliciet de adequaatheid van het besluit betroffen, kan een uitzondering in beginsel niet worden aanvaard, vooral niet wanneer de bestuursrechter heeft geoordeeld dat de betrokken waterbeheerder op basis van de beschikbare gegevens omtrent de effecten van klimaatverandering in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit in zijn betreffende vorm. In dergelijke gevallen dient de juistheid van het besluit overigens óók te worden bevestigd tegenover niet-belanghebbende gelaedeerden, een en ander onder verwijzing naar de uitspraak van de bestuursrechter. Indien de gronden andere procedurele of materiële aspecten van het besluit betroffen, bestaat in mijn ogen wel ruimte voor het maken van de bedoelde uitzondering. De bestuursrechter heeft zich dan immers nooit uitgelaten over de adequaatheid van het onjuist gebleken besluit.

Bovenstaand betoog sluit nauw aan bij het in de literatuur vaker gehoorde betoog met algemenere strekking inzake de mogelijkheid voor de bestuursrechter om in een procedure van een belanghebbende tegen een zelfstandig schadebesluit een uitzondering op de formele rechtskracht mogelijk te maken.¹²⁷ Ik benadruk dat de figuur van het zelfstandige schadebesluit in verband met onrechtmatige besluiten is komen te vervallen met de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving op dit terrein.¹²⁸ Toch biedt dat betoog in zijn kern nog relevante aanknopingspunten. Schueler onderscheidt de rechtmatigheid van besluiten van de rechtsgeldigheid daarvan. Deze elementen worden vaak vereenzelvigd. Volgens hem staat, kort gezegd, de voor de uitvoering van een besluit benodigde rechtsgeldigheid er niet zonder meer aan in de weg dat dit besluit achteraf alsnog onrechtmatig wordt bevonden jegens een belanghebbende, hetgeen aanleiding kan zijn voor schadevergoeding. Dat is ook de kern van mijn betoog, zij het dat ik me beperk tot de mogelijkheden van de burgerlijke rechter in een specifiek soort gevallen. In mijn optiek kan het onjuiste besluit zijn rechtsgeldigheid behouden, terwijl de burgerlijke rechter de rechtmatigheid daarvan nadien nog kan beoordelen in het kader van vorderingen tot schadevergoeding van belanghebbenden en niet-belanghebbenden. Op die wijze kunnen juridisch onaanvaardbare vormen van ongelijkheid tussen beide groepen van gelaedeerden op een passende wijze worden opgeheven.

¹²⁷ Zie Tak 1997, p. 174-186; Roozendaal 2003, p. 149-159; Schueler 2005, p. 124-126; Kortmann 2006, p. 199-200; en Ortlep 2011, p. 272-283. Van Ettekoven betoogde in tegenstelling tot anderen dat de bestuursrechter in dergelijke situaties, vooral vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, stevig vast moet houden aan het beginsel van de formele rechtskracht. Zie Van Ettekoven 2006, p. 10-23.

¹²⁸ Zie daarover paragraaf 5.3.4.

6.4.3. De 'houdbaarheid' van de formele rechtskracht

In de literatuur is de vraag reeds vaker opgeworpen hoe lang de beschermende werking van de formele rechtskracht wordt geacht te gelden.¹²⁹ Tot wanneer kan een waterbeheerder zich nog met succes beroepen op de formele rechtskracht van een door hem in het verleden genomen besluit? Beschermt de formele rechtskracht van een appellabel besluit voor – in een sterk gesimplificeerd voorbeeld – de verhoging van een waterkering de waterbeheerder tot in de eeuwigheid tegen aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast en dijkdoorbraken? Men dient bij de beantwoording van dergelijke vragen voorop te stellen dat de formele rechtskracht nooit zomaar ophoudt te bestaan. Het kan dus niet zo zijn dat de rechtmatigheid van een besluit na verloop van tijd weer ter discussie kan worden gesteld, ook niet wanneer de omstandigheden tijdens die periode sterk zijn veranderd. Een benadeelde belanghebbende die zijn schade in verband wil brengen met de onrechtmatigheid van een jaren geleden genomen besluit, zal dus onherroepelijk de formele rechtskracht krijgen tegengeworpen, uiteraard tenzij er aanleiding bestaat een uitzondering op dat beginsel te aanvaarden. De formele rechtskracht van een besluit is, met andere woorden, onbeperkt houdbaar.

Dat betekent niet dat waterbeheerders, ondanks de klimatologische veranderingen en andere veranderende omstandigheden, tot in de eeuwigheid bescherming genieten tegen aansprakelijkheid voor water- en klimaatschade. Een waterbeheerder kan zich er in gevallen van klimaatschade immers niet zonder meer achter verbergen dat hij ooit een besluit heeft genomen om bescherming te bieden tegen de betreffende soort schade. Klimatologische veranderingen kunnen voor hem na verloop van tijd best een nieuw aansprakelijkheidsrisico in het leven roepen. Ik meen echter dat dergelijke veranderende omstandigheden niet zozeer van invloed zijn of moeten worden geacht op de rechtskracht of geldigheid van appellabele besluiten, maar veel eerder op de verantwoordelijkheid van waterbeheerders om periodiek te toetsen of hun besluiten van weleer niet aan vervanging toe zijn.¹³⁰ Het feit dat een waterbeheerder ooit maatregelen heeft getroffen om een bepaald risico te beperken, betekent dus niet dat hij zich in de toekomst nooit meer om dat risico hoeft te bekommeren. De hier relevante vraag is dus of de klimatologische omstandigheden dermate zijn veranderd, dat op de betrokken waterbeheerder op grond van zijn wettelijke zorgplichten weer een nieuwe verantwoordelijkheid is komen te rusten om maatregelen te treffen. De formele rechtskracht van voorheen genomen besluiten is bij die vraag niet van belang. Het gaat immers om de vraag of de waterbeheerder onder de huidige (veranderde) omstandigheden al dan niet tekortschiet in zijn zorgplichten.

Het is de vraag wanneer de relevante klimatologische omstandigheden dermate zijn veranderd dat nieuwe plan- en besluitvorming in de rede ligt. Het lijkt overigens onverstandig steeds te wachten tot de omstandigheden daadwerkelijk zijn veranderd. In de loop der tijd zullen wetenschappelijke inzichten in en feitelijke ervaringen met de concrete effecten van klimaatverandering toenemen. Daarom kan mijns inziens

129 Zie bijvoorbeeld Koeman 2004, p. 47 en Gilissen & Schueler 2012, p. 162-163.

130 Zie in dat (en breder) verband ook Keessen & Van Rijswijk 2012, p. 38-50.

het best worden aangehaakt bij dergelijke ontwikkelingen. De plancycli op grond van de Waterwet bieden daartoe een geschikt kader. Ook de in art. 2.12 en 2.14 Waterwet opgenomen meet- en beoordelingsplichten kunnen in dit verband hun dienst bewijzen. Daarnaast is het voorstelbaar dat waterbeheerders uit eigen beweging, dan wel op aanwijzen van de wetgever in hun adaptatiebesluiten aangeven op welke termijn deze worden herzien. Zo kan bijvoorbeeld in een dijkversterkingsplan en de daarbij behorende uitvoeringsbesluiten worden aangegeven dat na verloop van tijd wordt onderzocht of de getroffen maatregelen nog steeds afdoende bescherming bieden, dan wel of verdergaande maatregelen geboden zijn. Dit is een praktische oplossing aan de hand waarvan optimaal kan worden ingesprongen op het veranderende en onzekere karakter van de klimaatverandering, zonder dat men zich hoeft te bekreunen over de juridisch-technische vraag of de rechtskracht van een appellabel adaptatiebesluit wellicht is vervallen omdat het klimaat is veranderd.

6.4.4. Formele rechtskracht en het 'samenhangcriterium'

Aan de meeste adaptatiebesluiten zullen verschillende soorten feitelijke handelingen voorafgaan. Te denken valt aan ontwerpbesluiten of het verstrekken van allerhande inlichtingen over (materiële aspecten van) een adaptatiebesluit. Dergelijke gedragingen kunnen gevolgschade met zich brengen, althans benadeelden kunnen dat stellen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin iemand stelt vermogensschade te hebben geleden door de hem in een ontwerpbesluit in het vooruitzicht gestelde aanleg van een waterkering in de nabijheid van zijn woning. Het is de vraag in hoeverre dergelijke gedragingen steeds een zelfstandig karakter dragen en dus onafhankelijk van het besluit door de burgerlijke rechter op hun rechtmatigheid kunnen worden beoordeeld. Of anders geformuleerd: in hoeverre strekt de formele rechtskracht zich uit over dergelijke gedragingen? In de meeste gevallen gelden dergelijke feitelijke handelingen inderdaad als zelfstandig te beoordelen gedraging. Het kan dus niet zonder meer worden gezegd dat de vernietiging van een (adaptatie)besluit tevens de onrechtmatigheid van de daaraan voorafgaande zelfstandige feitelijke handelingen met zich brengt.¹³¹ Dit blijkt ook uit de algemene jurisprudentie over schade door onrechtmatige inlichtingen¹³² en ontwerpbesluiten.¹³³ Uit die jurisprudentie blijkt eveneens dat de formele rechtskracht van het besluit waaraan dergelijke gedragingen voorafgaan, zich daar gewoonlijk niet over uitstrekt.¹³⁴ Deze algemene jurisprudentie is ook van belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

¹³¹ Zie Schueler 2005, p. 146-148. Zie bijvoorbeeld ook HR 26 november 1999, JB 2000, 2 (*Noord Brabant/J.B.V.*).

¹³² Zie HR 22 november 1985, AB 1986, 245 m.nt. Van Ballegooij, BR 1986, p. 225 m.nt. Koeman (*V&D-Super Doe/Groningen*); HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 m.nt. Kleijn, NJ 1993, 635 m.nt. MS, AA 1990, p. 459 m.nt. Drupsteen, BR 1991, p. 137, Gst. 6915, 6 m.nt. Damen (*Staat/Bolsius*); en HR 7 oktober 1994, AB 1996, 125 m.nt. Roozendaal (*Staat/Van Bente*).

¹³³ Zie HR 21 januari 2005, NJ 2005, 325, AB 2006, 287 m.nt. Van Ommeren, RvdW 2005, 18 (*Direks/Venray*).

¹³⁴ Zie Mok & Tjittes 1995, p. 397-399. Zie bijvoorbeeld ook HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 m.nt. Kleijn, NJ 1993, 635 m.nt. MS, AA 1990, p. 459 m.nt. Drupsteen, BR 1991, p. 137, Gst. 6915, 6 m.nt. Damen (*Staat/Bolsius*).

Zo overweegt de Hoge Raad in het arrest *Staat/Van Bente*n van 7 oktober 1994 dat de formele rechtskracht niet in de weg staat aan een vordering zoals Van Bente die tegen de Staat had ingesteld, en waarbij deze – uitgaande van de rechtmatigheid van de beschikking – de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk stelde op grond van vóór die beschikking gegeven onjuiste, althans onvolledige inlichtingen. Volgens de Hoge Raad is het geven van zodanige inlichtingen immers *onafhankelijk* van de inhoud van die beschikking onrechtmatig en kan dan ook in beginsel vergoeding worden gevorderd van de schade die is geleden doordat op de juistheid van dergelijke inlichtingen is afgegaan.¹³⁵ Een ander voorbeeld betreft het arrest *Direks/Venray* van 21 januari 2005. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de formele rechtskracht zich in beginsel niet uitstrekt over ontwerpbesluiten. Deze kunnen dus door de burgerlijke rechter *onafhankelijk* van het definitieve besluit worden beoordeeld op hun rechtmatigheid. Het in een besluit terugkomen op een ontwerpbesluit houdt volgens de Hoge Raad niet de vernietiging van dat ontwerpbesluit in, maar vormt slechts het resultaat van de heroverweging waartoe de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure juist in het leven is geroepen. Dat een bestuursorgaan in de plaats van een minder juist ontwerpbesluit alsnog een juist besluit neemt, betekent niet zonder meer dat het ontwerpbesluit onrechtmatig is.¹³⁶

In sommige gevallen vertonen feitelijke handelingen echter wel dermate veel samenhang met het besluit waaraan zij voorafgaan, dat een zelfstandig karakter ten opzichte van dat besluit ontbreekt. De burgerlijke rechter dient dergelijke gedragingen als onrechtmatig aan te merken, indien de bestuursrechter het besluit waarmee zij samenhangen vernietigt. Zo volgt uit het arrest *Blaricum/Roozen* van 30 april 1987 dat B&W van Blaricum als bevoegd orgaan om beslissingen op bouw aanvragen te nemen zelf en in zeer stellige bewoordingen onjuiste informatie had gegeven over bouw mogelijkheden binnen het plangebied. Het verschaffen van dergelijke informatie komt volgens de Hoge Raad in ieder geval de facto neer op het doen van op rechtsgevolg gerichte mededelingen. Onder deze omstandigheden komt het verschaffen van de betreffende informatie een beschikking waarbij een bouwvergunning wordt geweigerd, volgens de Hoge Raad, zozeer nabij dat het voor de beoordeling van de onrechtmatigheid en de schuld daarmee moet worden gelijkgesteld. Aangezien de Afdeling rechtspraak van de Raad van State het besluit tot weigering van een bouwvergunning in casu reeds had vernietigd wegens strijd met de wet, diende ook de burgerlijke rechter ervan uit te gaan dat de weigering strijdig was met een wettelijk voorschrift. Dat bracht volgens de Hoge Raad dus ook mee dat de gemeente door die weigering en derhalve ook door bedoelde informatie te verschaffen een onrechtmatige daad had gepleegd.¹³⁷

Dit zogenoemde ‘samenhangcriterium’ gaat ook op in het omgekeerde geval: de formele rechtskracht strekt zich bij voldoende samenhang ook uit over de aan een besluit voorafgaande feitelijke handelingen, indien dit besluit door de bestuursrechter

135 HR 7 oktober 1994, AB 1996, 125 m.nt. Roozendaal (*Staat/Van Bente*n), r.o. 3.3.2.

136 Zie HR 21 januari 2005, NJ 2005, 325, AB 2006, 287 m.nt. Van Ommeren, RvdW 2005, 18 (*Direks/Venray*), r.o. 3.4.2.

137 Zie HR 30 april 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS, AB 1988, 42 m.nt. PvB (*Blaricum/Roozen*), r.o. 4.2.

in stand wordt gelaten of indien daartegen geen tijdig beroep wordt ingesteld.¹³⁸ Zo oordeelde de Hoge Raad op 9 september 2005 in het arrest *Kuijpers/Valkenswaard* dat het beginsel van de formele rechtskracht onaanvaardbaar zou worden uitgehold, indien inlichtingen die door een overheidsorgaan aan een burger worden gegeven met het oog op een door dat overheidsorgaan te nemen besluit, steeds of in de regel aan de formele rechtskracht van dat later volgende besluit onttrokken zouden worden geacht. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten bepaald dat een overheidsorgaan slechts aansprakelijk kan zijn op grond van onjuiste of onvolledige inlichtingen die aan een burger zijn gegeven, vooruitlopend op een beschikking die inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen, indien het geven van die inlichtingen onafhankelijk van de inhoud van de desbetreffende beschikking onrechtmatig is. Inlichtingen die daarentegen zozeer samenhangen met het beoogde besluit, dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter dragen, worden – hoezeer ook onjuist – in beginsel echter ‘gedekt’ door de formele rechtskracht van dat besluit.¹³⁹ Of in een concrete situatie voldoende samenhang bestaat, is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

6.4.5. Formele rechtskracht en de ‘vrijwarende werking’

Er kan ook schade ontstaan als gevolg van de feitelijke handelingen van waterbeheerders volgend op een appellabel adaptatiebesluit. Het betreft dan handelingen ter uitvoering van dat besluit, zoals feitelijke uitvoeringswerkzaamheden. Dergelijke handelingen mogen niet worden verricht zonder dat daaraan nadrukkelijk een besluit ten grondslag ligt: het besluit geldt als publiekrechtelijke rechtsgrond voor dat handelen. Dat verbod geldt uiteraard ook voor waterbeheerders. Het is echter wel de vraag in hoeverre een waterbeheerder nog op grond van onrechtmatige overheidsdaad kan worden aangesproken op de schade die voortvloeit uit de feitelijke uitvoering van een appellabel adaptatiebesluit met formele rechtskracht. Met andere woorden: in hoeverre heeft een adaptatiebesluit met formele rechtskracht voor waterbeheerders een *vrijwarende werking* met het oog op civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door uitvoeringshandelingen?¹⁴⁰ De burgerlijke rechter is in beginsel bevoegd dergelijke handelingen te beoordelen op hun rechtmatigheid. Bij dat oordeel gaat hij in elk geval uit van de rechtmatigheid van het besluit zelf. Daarnaast vormt hij zich geen oordeel over omstandigheden die reeds in het kader van de toetsing van het besluit door de bestuursrechter tot het gewenste resultaat hadden kunnen leiden.¹⁴¹ Maar strekt de formele rechtskracht van een besluit zich ook uit over de handelingen ter uitvoering daarvan?

138 Zie Van der Grinten 2008, p. 226-238.

139 Zie HR 9 september 2005, AB 2006, 286 m.nt. F.J. van Ommeren (*Kuijpers/Valkenswaard*), r.o. 3.4.

140 Zie Damen e.a. 2009, p. 612-617 en Van Buuren 2007, p. 89-94.

141 Zie HR 10 augustus 1992, NJ 1993, 636 m.nt. MS (*M./Roosendaal en Nispen*) en tevens Schueler 2005, p. 105.

Deze vraag is reeds enkele malen aan de orde geweest in rechtsverhoudingen met een zuiver privaatrechtelijke karakter.¹⁴² De Hoge Raad meent dat een particuliere vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat een vergunning overeenkomstig de wet is verleend en dat de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op de juiste wijze zijn afgewogen. Dit betekent dat hij dus gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken.¹⁴³ Hierop zijn door de Hoge Raad in zijn jurisprudentie echter twee belangrijke nuances aangebracht. Een vergunninghouder kan zich in de *eerste plaats* niet achter zijn vergunning verschuilen, indien het hem duidelijk moet zijn (geweest) dat de vergunningverlenende instantie bij de afweging van de in aanmerking komende belangen met het oog op een voor bepaalde belangen dreigend nadeel in redelijkheid niet tot haar in de vergunning neergelegde beslissing had kunnen komen.¹⁴⁴ Hoeft een vergunninghouder – in de *tweede plaats* – niet in redelijkheid aan de rechtmatigheid van de vergunning te twijfelen, dan kan hij zich daar slechts achter schuilhouden, indien de vergunning hem ook daadwerkelijk expliciet het recht verschaft om inbreuken of beperkingen te maken op de belangen of rechten van derden.¹⁴⁵ De vergunninghouder moet dus te goeder trouw zijn en de vergunning moet hem bovendien nadrukkelijk de bevoegdheid bieden rechtsinbreuken te maken, wil deze hem kunnen vrijwaren van eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door uitvoeringshandelingen.

De Hoge Raad heeft een en ander in geschillen tussen natuurlijke personen als volgt verwoord: ‘Het antwoord op de vraag of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, hangt af van *de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust* [cursivering HKG], zulks in verband met de omstandigheden van het geval.’¹⁴⁶ Een conform de eisen en binnen de grenzen van zijn vergunning handelende vergunninghouder kan in beginsel nog steeds een onrechtmatige daad plegen jegens derden. Een vergunning vrijwaart de houder daarvan dus niet zonder meer van eventuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor schade die het gebruik van de vergunning met zich brengt,¹⁴⁷ ook al heeft die vergunning formele rechtskracht en handelt de vergunninghouder overeenkomstig die vergunning.¹⁴⁸ Dit is slechts anders, indien de (verwachte) schade voor derden aantoonbaar onderdeel uitmaakt van de belangenafweging die het tot vergunningverlening bevoegde bestuursorgaan heeft verricht. Het laatste wordt door de burgerlijke rechter in geschillen tussen particulieren zelden

142 Zie uitgebreid Van der Grinten 2007, p. 844-850.

143 Zie HR 28 februari 1975, NJ 1975, 423 en HR 17 januari 1997, NJ 1998, 656 m.nt. ARB.

144 Zie HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82 m.nt. Beekhuis (*EZH/Bailey*).

145 Zie Damen e.a. 2003, p. 615-616.

146 Zie HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m.nt. GJS, AB 1972, 193 m.nt. Scholten (*Vermeulen/Lekkerkerker*) en HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. C.J.H. van Brunner (*Ludlage/Van Paradijs*).

147 Dit is al sinds 1914 een vaste lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zie HR 14 januari 1914, NJ 1914, p. 497 (*Krul/Joosten*).

148 Zie bijvoorbeeld HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. C.J.H. van Brunner (*Ludlage/Van Paradijs*).

aangenomen.¹⁴⁹ Dat kan anders zijn, indien niet een particulier, maar een overheidsorgaan vergunninghouder is en de vergunning strekt tot de uitvoering van een maatregel die het algemeen belang dient. Bovenstaande geldt uiteraard niet voor gevallen waarin een vergunninghouder het hem toegestaan te buiten gaat of anderszins in strijd handelt met zijn vergunning, en evenmin voor gevallen waarin de uitvoering op onzorgvuldige wijze plaatsvindt.

Mij zijn geen zaken bekend waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat de hier besproken leer ook van toepassing is in gevallen waarin niet een particulier, maar een waterbeheerder of een ander overheidsorgaan vergunninghouder is. Er bestaan mijns inziens echter geen fundamentele bezwaren tegen een toepassing van deze leer in dergelijke gevallen. Ook waterbeheerders moeten bijvoorbeeld voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk beschikken over de daartoe benodigde vergunningen en andere toestemmingen. Mede daartoe is de wettelijke regeling omtrent projectplannen en de projectprocedure voor waterstaatswerken in het leven geroepen.¹⁵⁰ Daarbij moet – met het oog op de hierboven aangehaalde overweging van de Hoge Raad – wel worden bedacht dat (vooral grootschalige) adaptatieprojecten vaak niet kunnen plaatsvinden zonder de nodige inbreuken op de rechten of belangen van derden. De besluiten die in dat verband worden genomen, zullen daarom vaak (expliciet) voorzien in de mogelijkheid tot het maken van dergelijke inbreuken. In veel gevallen zal de mogelijkheid tot het maken van dergelijke inbreuken dan ook voortvloeien uit de aard van de vergunning of het plan, en vooral uit het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop deze berusten. Anders dan begunstigende beschikkingen aan particulieren strekken vergunningen voor het uitvoeren van adaptatiemaatregelen immers ter behartiging van het publieke (veiligheids)belang. De waterbeheerder voert de maatregelen niet uit te eigen bate. Dit kan met zich brengen dat waterbeheerders zich al gauw gevrijwaard zullen zien van aansprakelijkheid voor schade door uitvoeringshandelingen. Dat is overigens met het oog op de mogelijke verplichting tot de compensatie van nadeel niet zonder meer onaanvaardbaar.¹⁵¹

Het wekt geen verbazing dat de uitvoering van een vergunning in strijd met de in dat verband gestelde voorschriften in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen wordt aangemerkt als een onrechtmatige gedraging, een en ander behoudens de gevallen waarin een vruchtbaar beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond.¹⁵² Er bestaat ook geen aanleiding om anders te oordelen, indien niet een particulier, maar een waterbeheerder of ander overheidsorgaan de vergunninghouder is. Het maakt daarbij geen verschil of de vergunningen of andere besluiten strekken ter uitvoering van een projectplan, of dat het vergunningen of besluiten betreft, die anderszins benodigd zijn voor de uitvoering van de voorgenomen maatregelen. Het behoort in geen geval tot de mogelijkheden zonder geldige reden af te wijken van de in verband met

149 Voor een geval waarin dat wél werd aangenomen, zie HR 14 juni 1963 (*EZH/Bailey*), NJ 1963, 82 inzake vrijwarende werking van de vergunning op grond van (destijds) de Rivierenwet.

150 Zie art. 5.4 en paragraaf 5.2 van de Waterwet.

151 Zie daarover hoofdstuk 8.

152 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 m.nt. Brunner, AB 1981, 264 m.nt. Stellinga (*Hinderende houthandel*).

een vergunning of een ander besluit gestelde voorwaarden. De formele rechtskracht van dergelijke besluiten behoort dus, in de gevallen waarin de in dat verband gestelde voorschriften niet worden nageleefd, niet in de weg te staan aan de beoordeling dat de uitvoering hiervan onrechtmatig is. Datzelfde geldt in mijn ogen voor gevallen waarin waterbeheerders wel handelen conform de gestelde voorschriften, maar anderszins onzorgvuldig of onvoorzichtig te werk gaan bij de uitvoering van adaptatiebesluiten.

6.4.6. Risicoverdeling bij de uitvoering van besluiten zonder formele rechtskracht

Het kan voorkomen dat een vergunninghouder reeds uitvoering geeft aan zijn vergunning, terwijl deze nog geen formele rechtskracht heeft. Indien het besluit tot vergunningverlening in een later stadium door de bestuursrechter wordt vernietigd, dan komen alle kosten ter ongedaanmaking van het reeds uitgevoerde voor rekening van de handelende vergunninghouder.¹⁵³ Een verplichting tot ongedaanmaking bestaat in het bijzonder, wanneer na de vernietiging geen nieuw besluit kan worden genomen dat de reeds uitgevoerde handelingen alsnog volledig dekt. Aangezien in dergelijke gevallen in strijd is gehandeld met een wettelijke (vergunning)plicht, is in beginsel tevens sprake van een onrechtmatige gedraging door de vergunninghouder en kan in beginsel met succes schadevergoeding worden gevorderd. Ik zie niet in waarom op deze regel een uitzondering zou moeten worden gemaakt, indien de vergunninghouder geen particulier, maar een waterbeheerder of ander overheidsorgaan is. Men zou zelfs kunnen betogen dat deze regel juist door de overheid in acht moet worden genomen, aangezien op diezelfde overheid jegens haar onderdanen een beginselplicht tot handhaving rust.

Waterbeheerders nemen dus een aanzienlijk risico, indien zij reeds beginnen met de uitvoering van hun adaptatiemaatregelen, terwijl de daartoe benodigde vergunningen en wellicht ook andere besluiten nog niet onaantastbaar zijn geworden. Dit brengt niet alleen een risico met zich kosten te moeten maken om de gevolgen van de reeds verrichte handelingen ongedaan te maken, maar roept tevens een feitelijk zinloos en gemakkelijk te voorkomen risico op aansprakelijkheid in het leven. Er kan overigens nog wel onduidelijkheid bestaan over de vraag wanneer feitelijk is begonnen met de uitvoering van maatregelen. Dienen voorbereidingshandelingen, zoals het plaatsen van apparatuur en het aanvoeren van constructiematerialen, reeds als zodanig te worden aangemerkt? Indien dergelijke handelingen niet onder de vergunningvoorschriften vallen, lijkt daartoe geen belemmering te bestaan. Het is aan de rechter om in voorkomende gevallen de grens te bepalen. Een waterbeheerder kan de feitelijke handelingen waarvoor geen vergunning of besluit benodigd is, uiteraard gewoon uitvoeren. Ook kan het wegens geboden spoed in verband met een gevaar, zoals bedoeld in art. 5.28 lid 1 Waterwet, noodzakelijk zijn onverwijld de volgens de beheerder benodigde (veiligheids)maatregelen te treffen. Daartoe is voor de beheerders van waterstaatswerken een wettelijke bevoegdheid neergelegd in art. 5.30 lid 1 Waterwet.

¹⁵³ Zie HR 29 april 1994, AB 1994, 530 (*Gemeenschappelijke Eigendom/Den Haag*).

Bij gebruikmaking van deze bevoegdheid kan worden afgeweken van wettelijke voorschriften, waaronder vergunningplichten.

6.4.7. Tussenconclusies

Het beginsel van de formele rechtskracht vormt ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een belangrijk obstakel voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor (gevolg)schade door appellabele adaptatiebesluiten. Toch kan de toepassing van dit beginsel leiden tot een onaanvaardbare mate van ongelijkheid tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden bij adaptatiebesluiten, vooral wanneer zich klimaatschade voordoet als gevolg van vermeende of gebleken inadequaatheid daarvan. Het verdient aanbeveling die ongelijkheid op te heffen door in dergelijke gevallen en onder voorwaarden een uitzondering op de formele rechtskracht mogelijk te maken. Op die wijze behoeft men zich niet te begeven op het moeilijk begaanbare pad van de vraag of de formele rechtskracht van een adaptatiebesluit naar verloop van tijd en onder veranderende klimatologische omstandigheden moet worden geacht te eindigen. Bij de vraag of de formele rechtskracht zich ook uitstrekt over feitelijke handelingen voorafgaand aan een adaptatiebesluit, kan worden aangesloten bij de algemene jurisprudentie op dat terrein. Dat is in beginsel niet het geval, tenzij dergelijke gedragingen onder de concrete omstandigheden dermate veel samenhang vertonen met een adaptatiebesluit, dat deze zelfstandigheid ontberen. Ook bij de vraag of de formele rechtskracht van een adaptatiebesluit een vrijwarende werking heeft voor civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door uitvoeringshandelingen, kan aansluiting worden gezocht bij de in dat kader door de Hoge Raad in zuiver privaatrechtelijke rechtsverhoudingen ontwikkelde leer. Vermoedelijk heeft de formele rechtskracht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering echter wel eerder een vrijwarende werking, aangezien adaptatiebesluiten in veel gevallen nadrukkelijk zullen strekken tot het maken van bepaalde inbreuken op individuele belangen. Slechts in de gevallen waarin zich bijzonderheden of buitensporigheden voordoen ten aanzien van de aard, de ernst of de duur van de hinder, zal onder concrete omstandigheden de rechtmatigheid van uitvoeringshandelingen nog kunnen worden beoordeeld door de burgerlijke rechter. De waterbeheerder draagt, ten slotte, het risico van de kosten voor de ongedaanmaking van en de aansprakelijkheid voor schade door reeds uitgevoerde adaptatiebesluiten, indien deze door de bestuursrechter worden vernietigd. Hij doet er dus goed aan te wachten met de uitvoering van adaptatiemaatregelen, totdat de daartoe benodigde adaptatiebesluiten formele rechtskracht hebben gekregen.

6.5. Het causaal verband

6.5.1. Algemeen

Voor de vestiging van aansprakelijkheid dient een causaal verband te bestaan tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. Het is niet mijn doel om in dit proefschrift de

volledige fijnmazigheid van het causaliteitsleerstuk in kaart te brengen.¹⁵⁴ Ik volsta in de plaats daarvan met een bespreking op hoofdlijnen van de voor mijn betoog belangrijkste aspecten van dat leerstuk. Dat zijn 1) het *condicio-sine-qua-non*verband, 2) de zogenoemde ‘omkeringsregel’ met betrekking tot de bewijslast omtrent het bestaan van causaal verband, en 3) de criteria voor de juridische beoordeling van de causaliteit in verband met de omvang van de aansprakelijkheid (toerekening naar redelijkheid). Bij de bespreking daarvan ga ik in op de bijzonderheden die zich in dat verband kunnen voordoen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

6.5.2. Het causaliteitsleerstuk in vogelvlucht

Voor de vaststelling van het causale verband moet in de eerste plaats een zogenoemd *condicio-sine-qua-non*verband bestaan tussen de schade en de onrechtmatige gedraging. Deze eis vloeit voort uit art. 6:162 lid 1 BW, dat stelt dat de schade die een ander *dientengevolge* (i.e. ten gevolge van de onrechtmatige gedraging) lijdt voor vergoeding in aanmerking komt. Een dergelijk verband wordt geacht aanwezig te zijn, indien de benadeelde aannemelijk weet te maken dat de schade niet zou zijn ontstaan, in het geval de betreffende gedraging niet zou hebben plaatsgevonden. Aan deze stap wordt in de literatuur de functie verbonden irrelevante omstandigheden buiten de beoordeling van de aansprakelijkheid te houden.¹⁵⁵ Het gaat bij de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*verband om een zuiver feitelijke vaststelling van de oorzakelijkheid. Er vindt namelijk geen juridische beoordeling, waardering of weging plaats van relevante factoren, zoals de aard van de gedraging, de aard van de schade, of de aard van de aansprakelijkheid. Dit criterium dient daarom hoofdzakelijk als eerste drempel: zolang het verband niet aannemelijk is gemaakt, bestaat er in beginsel geen aanleiding voor een nadere *juridische* beoordeling van de omstandigheden.

Het is ingevolge de algemene regels van het bewijsrecht ex art. 150 Rv in beginsel de benadeelde die moet stellen en bij betwisting moet bewijzen dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen het onrechtmatige gedrag en de schade. Het kan onder omstandigheden echter meer voor de hand liggen het *condicio-sine-qua-non*verband aan te nemen, en de bewijslast ten aanzien van het ontbreken daarvan voor rekening van de laedens te brengen. Het is in dat geval aan de aansprakelijk gestelde om aannemelijk te maken dat de schade ook zou zijn ontstaan, indien de onrechtmatige gedraging niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁵⁶ Voor de toepassing van de zogenoemde ‘omkeringsregel’ bestaat in de woorden van de Hoge Raad aanleiding, indien ‘is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat

154 Zie voor een algemene bespreking, met talrijke verwijzingen naar nadere bronnen, Van Schellen 1972; Van Schellen 1984; Verheij 2005, p. 56-79; Spier e.a. 2012; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nrs. 47-91. Zie voor een algemene bespreking van dit leerstuk in het overheidsaansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld Scheltema & Scheltema 2008, p. 315-317 en 325-330, en Damen e.a. 2009, p. 544-549.

155 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 50.

156 Zie Akkermans 2002; Akkermans & Van Dijk 2012, p. 166-168; en Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nrs. 76-78.

degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.¹⁵⁷ De omkeringsregel is aanvankelijk tot ontwikkeling gekomen in verband met verkeers- en veiligheidsnormen,¹⁵⁸ maar heeft in de loop der tijd een steeds algemener toepassingsbereik gekregen.¹⁵⁹ Hoewel de Hoge Raad in 2002 expliciteerde dat de toepassing van de omkeringsregel zich niet beperkt tot een 'duidelijk afgebakende groep van gevallen',¹⁶⁰ blijkt de omkeringsregel in de huidige praktijk slechts toepassing te vinden in verband met verkeers- en veiligheidsnormen.¹⁶¹ Buiten die (toch min of meer duidelijk afgebakende groep van) gevallen wil de Hoge Raad van toepassing van de omkeringsregel kennelijk niet (langer) weten.¹⁶²

Met de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*verband is nog niet gezegd dat ook daadwerkelijk alle schade moet worden vergoed, die met de onrechtmatige gedraging in verband kan worden gebracht. De laedens kan immers nog met succes aanvoeren dat de schade in een zodanig ver verwijderd verband tot de schadeoorzaak staat dat het causale verband daardoor is verbroken, althans dat deze hem niet in redelijkheid behoort te worden toegerekend. Hij beroept zich in dat geval op de leer van de toerekening naar redelijkheid.¹⁶³ De redelijkheidstoetsing vindt plaats op basis van

157 Zie HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (*TFS/NS*); HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*); en HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA (*Friesland/Monsma c.s.*).

158 Zie HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 en HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (*IZA/Waarborgfonds*). Zie tevens HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw I*); HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB (*De Heel/Korver*); HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (*Pollemand/Hoondert*); en 6 december 1996, NJ 1997, 398 (*Fortes/Smits*).

159 Zie HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*); HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*); HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB (*Sint Willibrord/V.*); HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JMBV (*Trombose*); en (overigens afwijzend) HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. JBMV (*Informed Consent I en II*). In de reeds genoemde arresten *TFS/NS* en *Kastelijn/Achtkarspelen* expliciteerde de Hoge Raad dat de toepassing van de omkeringsregel zich niet beperkt tot een 'duidelijk afgebakende groep van gevallen' (zie r.o. 3.5.3 respectievelijk r.o. 3.6).

160 Zie de reeds genoemde arresten *TFS/NS* en *Kastelijn/Achtkarspelen* (r.o. 3.5.3 respectievelijk r.o. 3.6).

161 Zie voor verkeersnormen: HR 24 september 2004, NJ 2005, 466 m.nt. DA (*Rotterdam/Stam*) en HR 8 april 2005, NJ 2005, 284 (*Aydin/Winterthur*). Zie voor veiligheidsnormen: HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. CJHB (*Skeeler*) en HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (*Smeets/Heerlen*).

162 Zie Giesen 2009a, p. 77 en Akkermans & Van Dijk 2012, p. 166. Zie tevens HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92, JA 2007, 43 m.nt. W.H. van Boom (*Juresta*). *Juresta* baseerde de aansprakelijkheid van haar advocaat op de schending van de op hem rustende informatieverplichting. De Hoger Raad oordeelde in r.o. 3.4.2 dat voor toepassing van de omkeringsregel in een zaak als deze geen plaats is, 'omdat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade'. De op de advocaat rustende informatieverplichting strekt er immers niet toe de cliënt steeds te beschermen tegen allerhande risico's, maar juist om deze in verband daarmee in staat te stellen goed geïnformeerd beslissingen te nemen.

163 Zie Köster 1963; Van Schellen 1972; Brunner 1981; Van Schellen 1985 en recenter Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nrs. 53-73. De Hoge Raad paste deze leer voor het eerst toe in HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 m.nt. GJS (*Waterwingebied*). Door een ongeluk ontstond een dreiging dat het grondwater ter plaatse zou worden verontreinigd met huisbrandolie. De grondwaterbeheerder verhaalde de kosten om deze dreiging weg te nemen op de vervoerder van de olie. De vervoerder verweerde zich dat ten onrechte het vereiste (tot dan toe) 'adequate verband' was vastgesteld. De Hoge Raad overwoog 'dat schade terzake van de waterwinning niet een zo uitzonderlijke vorm van schade ten gevolge van een dergelijk

art. 6:98 BW.¹⁶⁴ De omstandigheden van het concrete geval zijn van groot belang voor de uitkomst van deze toetsing. Brunner heeft in 1981 onder meer op basis van een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad een aantal factoren onderscheiden die wat dat betreft van belang kunnen zijn;¹⁶⁵ deze staan sindsdien in de literatuur bekend als *de 'deelregels' van Brunner*.¹⁶⁶ Het betreft in de eerste plaats de regel dat de toerekening eerder aanvaardbaar is, naarmate het schadelijke gevolg van een gedraging waarschijnlijker is.¹⁶⁷ Voorts is toerekening eerder op haar plaats, naarmate het schadelijke gevolg 'minder ver verwijderd is' van de onrechtmatige gedraging.¹⁶⁸ Daarnaast ligt bij overlijden en lichamelijk letsel een ruimhartiger toerekening in de rede, indien de geschonden norm strekt tot de bescherming van leven en gezondheid.¹⁶⁹ Vervolgens geldt dat toerekening evenredig oploopt met de mate van schuld aan de onrechtmatige gedraging.¹⁷⁰ Ook de aard van de activiteit kan van belang zijn: bedrijfsmatig toegebrachte schade rechtvaardigt een ruimhartiger toerekening, dan schade die ontstaat in de uitoefening van een beroep of die wordt veroorzaakt door particulieren.¹⁷¹ Ten slotte bestaat er een gelaagdheid in de mate van toerekening met het oog op de aard van de schade, waarbij overlijden en lichamelijk letsel bovenaan staan, gevolgd door zaakschade, schade door extra kosten en uitgaven, schade door vermogensverlies, en in de laatste plaats schade door gederfde winst.¹⁷² De toetsing aan deze factoren vergt een diepgravender juridische beoordeling van de omstandigheden, dan de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*verband, maar zonder die vaststelling

ongeluk is, noch in een zo verwijderd verband daarmee staat, dat die schade naar redelijkheid niet – als veroorzaakt door het ongeluk – ten laste zou mogen worden gebracht van degene die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeluk draagt.

164 Dat artikel bepaalt dat schade slechts voor vergoeding in aanmerking komt, indien die *in zodanig verband* staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

165 Zie Brunner 1981, p. 210-217.

166 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nrs. 64-66.

167 Dit wordt in de literatuur aangeduid als het adequate-criterium; het betreft de mate van voorzienbaarheid van de schade. Zie HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (*Van Hees/Esbeek*). De mate van voorzienbaarheid wordt nog steeds beschouwd als belangrijke factor voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de schade naar redelijkheid aan de dader kan worden toegerekend. Zie daarover uitgebreid Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 69.

168 Zie HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 m.nt. GJS (*Waterwingebied*) en HR 19 december 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS.

169 Vgl. Drion 1987. Men kan stellen dat het in dat geval de zogenoemde 'verkeers- en veiligheidsnormen' betreft. Zie bijvoorbeeld HR 19 december 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS; HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (*Van Hees/Esbeek*); HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS (*Versluis/Ziekenzorg*); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 m.nt. CJHB (*Joe/Chicago Bridge*); HR 27 februari 1987, NJ 1987, 584 (*Van der Peijl/Erasmus College*); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB (*ABP/Van Stuyvenberg*); HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw I*); HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB (*De Heel/Korver*); en HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 m.nt. CJHB (*Turnster*). Zie in verband met zaakschade HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (*Bussluis*).

170 Zie bijvoorbeeld HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (*Henderson/Gibbs*) en HR 25 maart 2011, NJ 2011, 139 (*X./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

171 Vgl. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 65.

172 Zie bijvoorbeeld HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (*Henderson/Gibbs*); HR 13 november 1987, NJ 1988, 210 m.nt. Van der Grinten (*AGO/NCB*); en HR 25 mei 1990, NJ 1990, 577 (*Boukes/Schuurmans*).

zal de rechter nooit toekomen aan de beantwoording van de in dat verband rijzende rechtsvragen.¹⁷³

6.5.3. Causaliteit en de vernietigingsgrond bij publiekrechtelijke rechtshandelingen

Wat betreft het causaliteitscriterium kan het met het oog op de vernietigingsgrond relevant zijn onderscheid te maken tussen schade door publiekrechtelijke rechtshandelingen en schade door andere overheidsgedragingen.¹⁷⁴ Dat onderscheid is ook van belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Zo dient men bij appellabele besluiten een zo concreet mogelijk element van onrechtmatigheid aan te wijzen als de oorzaak van de gevolgschade. Onrechtmatigheid volgt indien een besluit wordt vernietigd, of wanneer het wordt herroepen of ingetrokken. Maar betekent een vernietiging, herroeping of intrekking zonder meer dat het besluit als geheel onrechtmatig is? Van belang is hier de vraag op welke grondslag de vernietiging, herroeping of intrekking plaatsvond.¹⁷⁵ Heeft de bestuursrechter geoordeeld dat een besluit inhoudelijk – bijvoorbeeld wegens interne tegenstrijdigheden of een verkeerde uitleg van de wet – dermate veel gebreken vertoont dat het niet in stand kan blijven, dan kan het besluit *in zijn geheel* als onrechtmatig worden beschouwd. Er kan bij de vernietiging op materiële gronden dus een causaal verband worden gelegd tussen de schade en het onrechtmatige besluit als zodanig. Het *condicio-sine-qua-non*verband staat dan in beginsel ook vast, aangezien in de meeste gevallen geen twijfel meer bestaat of het besluit na de vernietiging nogmaals in eenzelfde hoedanigheid kan worden genomen.¹⁷⁶

Er dient een causaal verband te worden aangetoond tussen de schade en de overheidsgedraging die aanleiding is geweest voor de vernietiging, herroeping of intrekking van het besluit.¹⁷⁷ Men kan niet volstaan met de stelling dat een causaal verband bestaat tussen de schade en het vernietigde besluit als zodanig. Een en ander impliceert dat alleen de schade die is ontstaan door de onrechtmatige elementen van het besluit voor vergoeding in aanmerking komt. Het kan echter onduidelijk zijn of de schade daadwerkelijk het gevolg is van het gebrek dat aanleiding gaf tot vernietiging. Onduidelijk is immers hoe het besluit zou hebben geluid, indien geen sprake was geweest van deze fouten of gebreken. Het is tevens de vraag of dat besluit ook zonder deze fouten of gebreken tot de schade zou hebben geleid. Het feit dat een besluit bijvoorbeeld niet conform de wettelijke regels ter inzage is gelegd, betekent niet zonder meer dat het inhoudelijk anders had geluid, indien dit wel naar behoren was gebeurd. Wat daar ook van moge zijn, volgens de Afdeling ontbreekt het causale verband, indien ten tijde van het nemen van het onrechtmatige besluit tevens een rechtmatig besluit

173 Ik ga in paragraaf 6.5.7 nader in op mogelijke bijzonderheden in verband met de toerekening naar redelijkheid in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

174 De inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten brengt geen verandering in het belang van dit onderscheid.

175 Zie Parl. Gesch. Awb II, p. 480.

176 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 327 en Van Ettekoven 2006, p. 17.

177 Zie Schueler 2005, p. 176-177.

had kunnen worden genomen, dat naar aard en omvang dezelfde schade zou hebben veroorzaakt. Er moet dus steeds een hypothetische vergelijking worden gemaakt.¹⁷⁸

Waar het de beoordeling van feitelijke handelingen of nalatigheden van waterbeheerders en andere overheidsorganen betreft, doet zich de bovenstaande problematiek niet voor. Hoewel de burgerlijke rechter dergelijke gedragingen wel kan toetsen aan geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke rechtsnormen, is het onmogelijk een feitelijke handeling of vorm van nalatigheid geheel of gedeeltelijk te vernietigen. De handeling of het nalaten is in zichzelf de ontstaansbron van de schade. Het is ook de gedraging zelf die al dan niet onrechtmatig is; daarbinnen vallen geen nadere zelfstandige onrechtmatige elementen te ontwaren. Dat betekent dat het causale verband dient te worden aangetoond tussen de schade en de onrechtmatige gedraging zelf. Bij de rechtmatigheidstoetsing van niet-appellabele besluiten kan zich de hierboven beschreven problematiek wel voordoen. Procedurele fouten of gebreken kunnen aanleiding geven voor de vernietiging van planvormen of de onverbindendverklaring van algemeen verbindende voorschriften. In dergelijke gevallen dient het causale verband te worden gelegd tussen de schade en de fout of het gebrek. Men kan dan niet volstaan te stellen dat de schade het gevolg is van een onrechtmatig niet-appellabel besluit. Dat kan wel, indien sprake is van strijd met een wettelijke voorschrift dat inhoudelijke eisen stelt aan plannen of algemeen verbindende voorschriften.

6.5.4. *Het condicio-sine-qua-nonverband en klimaatschade wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht*

6.5.4.1. Een hoge bewijsrechtelijke drempel

Het causaliteitscriterium wordt beschouwd als een van de belangrijkste obstakels voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade.¹⁷⁹ Specifieke klimaatschade is immers moeilijk in direct verband te brengen met specifiek aanwijsbare handeling van een natuurlijke of rechtspersoon. Voorts is moeilijk na te gaan wie welk aandeel heeft gehad in de klimaatverandering.¹⁸⁰ In het kader van de adaptatie aan klimaatverandering speelt dit probleem ook een rol, zij het in mindere mate. Het is in dat kader immers niet de vraag wie met welke gedragingen in welke mate verantwoordelijk is voor de klimaatverandering en de klimaatschade die zich dientengevolge voordoet. Het is juist de vraag in hoeverre het tekortschieten van een waterbeheerder in een van zijn zorgplichten in rechtstreeks verband kan worden gebracht met enige vorm van klimaatschade. Voor zover het treffen van adaptatiemaatregelen een juridische overheidsverantwoordelijkheid is, concentreert de vraag zich er dus op of de betrokken waterbeheerder voldoende gehoor heeft gegeven aan deze verantwoordelijkheid. Door de vestiging van wettelijke zorgplichten op waterbeheerders

178 Zie Van Ettekoven e.a. 2013, p. 56. Zie tevens ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. A.A.J. de Gier en ABRvS 24 december 2008, AB 2009, 213 m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen.

179 Zie bijvoorbeeld Braams, Van Rijn & Scheltema 2010, p. 12-13 en Van Dijk 2007, p. 2869-2870.

180 Zie Robesin 2012, p. 193-201. Robesin bespreekt enkele vormen van causaliteit die hier een oplossing zouden kunnen bieden. Zij concludeert dat bij schade door klimaatverandering sprake is van 'cumulatieve causaliteit' (p. 201).

kan klimaatschade in verband worden gebracht met een ander soort gedragingen dan enkel de emissies van broeikasgassen of de regulering daarvan, namelijk het nalaten adequate beschermingsmaatregelen te treffen. In dat geval hoeft men zich niet meer te bekreunen over de vraag of de betrokken waterbeheerder (of iemand anders) verantwoordelijk is voor de klimaatverandering zelf. Op hem rust een taak die hij geacht wordt naar behoren te vervullen. Schiet hij daarin tekort en doet zich klimaatschade voor, dan kan in beginsel een verband worden gelegd tussen het nalaten en de klimaatschade, of deze nu op korte termijn ontstaat, of in de verre toekomst.

Toch kan het ook in dergelijke gevallen lastig zijn een *condicio-sine-qua-non*verband tussen de klimaatschade en de overheidsgedraging aannemelijk te maken. Een eiser dient namelijk met succes te beargumenteren dat de klimaatschade niet zou zijn ingetreden, indien de waterbeheerder adequate maatregelen had getroffen. Hij dient dus niet alleen aannemelijk te maken dat de betrokken waterbeheerder is tekortgeschoten in een wettelijke plicht, maar ook dat hij *dientengevolge* klimaatschade heeft geleden. Dat kan een zware bewijslast zijn. Het is immers eenvoudiger om te bewijzen dat bepaalde schade niet zou zijn ontstaan, indien een bepaalde handeling niet zou hebben plaatsgevonden, dan aan te tonen dat klimaatschade niet zou zijn ontstaan, indien de beheerder op de juiste wijze gehoor had gegeven aan de op hem rustende wettelijke zorgplichten.¹⁸¹ Het is bij de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*verband, met andere woorden, eenvoudiger om een *handeling* weg te denken, dan om een *nalaten* hypothetisch in te vullen met handelingen. Dit leidt tot de belangrijke conclusie dat het causaliteitscriterium – naast het onrechtmatigheidscriterium – een aanzienlijke drempel kan opwerpen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade op waterbeheerders, reeds omdat het vereiste *condicio-sine-qua-non*verband lastig aantoonbaar kan zijn. De bewijslast te dien aanzien rust, zoals gezegd, immers in beginsel op de eisende partij.¹⁸² Het causaliteitsvraagstuk zal overigens naar verwachting een minder hoge drempel opwerpen in het kader van de gevolgschade, vooral omdat men dan te maken heeft met handelingen in plaats van nalatigheden.

6.5.4.2. De klimaatschade zou ook zijn ontstaan door latere gebeurtenissen

Men kan zich, zoals gezegd, overigens nog afvragen of een causaal verband bestaat tussen de schade en de onrechtmatige overheidsgedraging, indien diezelfde schade ook zou zijn ontstaan door bepaalde omstandigheden of gebeurtenissen die plaatsvonden na die gedraging. Dit kan van belang zijn in de gevallen waarin klimaatschade ontstaat, doordat een waterbeheerder tekortschiet in een van zijn wettelijke zorgplichten, terwijl zich naderhand op noodlottige wijze een klimaatrisico verwezenlijkt, waarvan de schade gewoonweg niet had kunnen worden voorkomen. Stel bijvoorbeeld dat de beheerder van een gemaal nalaat dit in werking te stellen, terwijl de bergingscapaciteit binnen het betreffende gebied haar limiet reeds heeft bereikt. Door een hevige bui doet zich binnen dat gebied op verschillende plaatsen wateroverlast vanuit het

¹⁸¹ Zie over causaliteit in verband met nalaten Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 84.

¹⁸² In paragraaf 6.5.6 bespreek ik een uitzondering op deze regel.

oppervlaktewater voor. Verschillende tuinders lijdten schade, doordat hun oogst grotendeels is vernietigd. Zij stellen de beheerder aansprakelijk wegens onrechtmatig nalaten, omdat hun schade volgens hen had kunnen worden voorkomen door de inwerkingstelling van het gemaal. Kort na het intreden van de schade breekt een ongekend noodweer los, waarbij in korte tijd dermate veel neerslag valt, dat de bergingscapaciteit van het gebied en de bemaalcapaciteit van het gemaal ontoereikend zouden zijn geweest om de schade te voorkomen. De beheerder stelt dat causaal verband tussen de schade en zijn gedraging ontbreekt, omdat de gelaedeerden de betreffende schade hoe dan ook zouden hebben geleden (hun oogst zou hoe dan ook verloren zijn gegaan), ook al was de volledige bemaalcapaciteit benut.

Volgens de Hoge Raad bestaat in dergelijke gevallen in beginsel geen belemmering om een causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging aan te nemen.¹⁸³ In het arrest *Leeuwarden/Los* formuleert de Hoge Raad te dien aanzien een belangrijke algemene rechtsregel: 'Indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde, een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke.'¹⁸⁴ Op deze regel is blijkens hetzelfde arrest een uitzondering mogelijk: deze gaat niet op in gevallen waarin 'de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt'.¹⁸⁵ Uitgaande van de hoofdregel kan de waterbeheerder in het bovenstaande voorbeeld naar alle waarschijnlijkheid niet met succes betogen dat het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de klimaatschade ontbreekt, omdat de schade ook zou zijn ontstaan, indien hij wel doeltreffende maatregelen had genomen deze te voorkomen of te beperken. Dat valt goed te rechtvaardigen, want de schade zou ook zijn ontstaan, indien de latere gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.

Het is nog wel de vraag in hoeverre deze latere gebeurtenis de waterbeheerder kan 'bevrijden' van aansprakelijkheid door verbreking van het causaal verband. Ik stelde reeds dat de hoofdregel niet opgaat, indien de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde zou zijn gekomen. In hoeverre zou de schade dus voor eigen risico van de benadeelde zijn gekomen, indien de eerste schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden? In het arrest *Staat/Vermaat* oordeelde de Hoge Raad dat Vermaat bevrijd was van aansprakelijkheid voor de inkomensschade die Van Ruijven

183 Zie HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441 (*Kennis/Budel*) en (overtuigender) HR 7 december 2001, NJ 2002, 576 m.nt. JBMV (*Leeuwarden/Los*). Deze gedachtegang lijkt ook zijn ingang in het bestuursrecht te hebben gevonden (zie ABRvS 15 december 2004, JB 2005, 58 m.nt. RJNS).

184 Zie HR 7 december 2001, NJ 2002, 576 m.nt. JBMV (*Leeuwarden/Los*), r.o. 3.4. In deze zaak stelde Los over een lange periode schade (hoofdzakelijk gederfde winst) te hebben geleden, doordat de gemeente Leeuwarden – met het voornemen tot eigen gebruik van het gehuurde in de Frieslandhallen – een huurcontract had beëindigd, maar het eigen gebruik uitbleef. Enige tijd daarna werden de Frieslandhallen geheel onbruikbaar door een door derden opzettelijk veroorzaakte brand. De gemeente stelde dat het causaal verband tussen haar onrechtmatige gedraging jegens Los en de schade ontbreekt, omdat de huurovereenkomst na de brand van rechtswege zou zijn vervallen en dat Los vanaf dat moment dus hoe dan ook winst zou hebben gederfd.

185 Zie HR 7 december 2001, NJ 2002, 576 m.nt. JBMV (*Leeuwarden/Los*), r.o. 3.4 en tevens HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB (*Staat/Vermaat*).

wegens langdurige arbeidsongeschiktheid door zijn schuld had geleden, vanaf het moment dat Van Ruijven werd getroffen door een hartinfarct. Door deze *natuurlijke oorzaak* zou Van Ruijven ook zonder het onrechtmatige toedoen van Vermaat arbeidsongeschikt zijn geworden, en de gevolgen daarvan zouden voor zijn eigen risico zijn gekomen. Nu kan men stellen dat schade door zeer extreme weersomstandigheden, zoals in het bovenstaande voorbeeld, voor eigen risico van de benadeelden zou zijn gekomen, althans voor zover de voorkoming of beperking daarvan buiten de wettelijke zorgplicht van de waterbeheerder valt.

Daarbij dient wel te worden bedacht dat het in het voorbeeld eenmalige ingetreden zaakschade betreft, terwijl de uitzondering op de hoofdregel lijkt te zijn toegesneden op voortdurende schade. Zo overweegt de Hoge Raad in het reeds genoemde arrest *Leeuwarden/Los* direct na de hoofdregel te hebben geformuleerd: 'Behalve gevallen waarin de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt (...), bestaat er geen grond daarover anders te oordelen indien het gaat om voortdurende schade, zoals de winstderving waarvan in deze zaak vergoeding gevorderd wordt.' Duidelijk is dat de Hoge Raad de hoofdregel in het tweede zinsdeel ook toepasbaar acht in gevallen van duurschade. Ik lees het eerste zinsdeel echter zo dat hij de feitelijke uitzondering slechts toepasbaar acht in gevallen van duurschade. Hoewel niet is uitgesloten dat toepasbaarheid van de uitzondering zich ook gaat uitstrekken over gevallen van eenmalige schade, lijkt het huidige recht daarvoor dus nog geen grondslag te bieden. Het hierboven bedoelde betoog van de waterbeheerder zal op basis van het huidige recht dus hoogstwaarschijnlijk falen.

6.5.5. Toepasbaarheid van de omkeringsregel in verband met klimaatschade

6.5.5.1. Rol van de omkeringsregel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht

Zoals gezegd, is het ingevolge de normale regels van het bewijsrecht (art. 150 Rv) in beginsel de benadeelde die moet stellen, en bij betwisting moet bewijzen dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen het onrechtmatige gedrag en de schade. Dat is niet anders in het overheidsaansprakelijkheidsrecht.¹⁸⁶ De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het oorzakelijk verband liggen, zowel in procedures voor de bestuursrechter als voor de civiele rechter,¹⁸⁷ dus in beginsel bij de gelaedeerde.¹⁸⁸ Ik besprak

¹⁸⁶ Zie Van der Beek-Gillessen & Berkel-Kikkert 2000, p. 3; Schueler 2005, p. 30; en Scheltema & Scheltema 2008, p. 329-330.

¹⁸⁷ Er bestaan evenwel grote verschillen tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht. Zo stelt de burgerlijke rechter zich lijdelijk op, waar de bestuursrechter meer ruimte heeft om zelfstandig onderzoek te (laten) doen naar bepaalde feiten. Ook bestuursrechters stellen zich in geschillen over schadevergoeding door onrechtmatig overheidsgedrag echter vaak lijdelijk op en maken weinig gebruik van hun verderstreckende zelfstandige bevoegdheden. Daardoor lijken de verschillen met betrekking tot stelplicht en bewijslast in theorie groter dan ze in de juridische werkelijkheid zijn. Toch is het goed om deze verschillen in gedachten te houden. Zie Di Bella & Schuurmans 2006, p. 90-93.

¹⁸⁸ Zie HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*) en HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA (*Friesland/Monsma c.s.*). Zie tevens ABRvS 26 oktober 1998, JB 1998, 261; ABRvS 18 mei 1999, Gst. 1999, 7102; ABRvS 26 juni 2002, ABkort, 2002, 524; ABRvS 18 mei 2005, JB 2005, 191; en ABRvS 20 juni 2007, JB 2007, 150.

in paragraaf 6.5.2 de zogenoemde omkeringsregel. Deze regel kan ook opgaan in het overheidsaansprakelijkheidsrecht,¹⁸⁹ zij het dat die, met de woorden van Kortmann, in de bestuursrechtelijke literatuur en rechtspraak is 'omgeven door een oase van rust'.¹⁹⁰ Kortmann pleit voor een bescheiden rol voor de omkeringsregel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, hetgeen niet betekent dat deze regel in de literatuur slechts bescheiden aandacht behoeft. Hoewel de aandacht ook in de bestuursrechtelijke literatuur steeds vaker lijkt te worden gevestigd op de omkeringsregel, vindt dat hoofdzakelijk plaats in verband met de aansprakelijkheid voor falend toezicht¹⁹¹ en die voor onrechtmatige besluiten.¹⁹² De toepassing van de omkeringsregel in verband met tot de overheid gerichte veiligheidsnormen lijkt als vanzelfsprekend te worden beschouwd. Zo zoekt Di Bella aansluiting bij de zienswijze van de Hoge Raad dat veiligheid hoge prioriteit verdient. Zij stelt dat de omkeringsregel bijvoorbeeld toepassing dient te krijgen in verband met falend toezicht op vuurwerkfabrieken, waardoor een ontploffing plaatsvindt, zelfs wanneer de geschonden norm zelf geen veiligheidsnorm is (bijvoorbeeld een procedurele), maar de schending daarvan wel leidt tot falend toezicht.¹⁹³

Wat daar ook van moge zijn, ook in het overheidsaansprakelijkheidsrecht is vereist dat 'is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt'.¹⁹⁴ Er dient dus duidelijk sprake te zijn van de schending van een specifieke publiekrechtelijke (veiligheids)norm. De bewijslast ten aanzien van het plaatsvinden van een onrechtmatige normschending en het bestaan en de omvang van de schade, waartegen de specifieke norm bescherming biedt, blijft dus op de benadeelde rusten. Zodra hij de aanwezigheid van beide elementen aannemelijk kan maken, hoeft hij geen causaal verband aan te tonen. Dat verband wordt in dergelijke gevallen geacht aanwezig te zijn, tenzij het betrokken overheidsorgaan aannemelijk kan maken dat dit verband ontbreekt. De omkering van de bewijslast betreft dus alleen het causaal verband. Een en ander kan de betrokken overheid in de lastige positie plaatsten aannemelijk te moeten maken dat de schade ook zou zijn ontstaan, indien de schadeveroorzakende gedraging niet zou hebben plaatsgevonden.

189 Zie HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*); HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA (*Friesland/Monsma c.s.*); ABRvS 20 juni 2007, JB 2007, 150; en ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG. Zie tevens Van Maanen 2003, p. 111-116 en Kortmann 2004, p. 180-186.

190 Zie Kortmann 2004, p. 181.

191 Zie Albers 2004; Kortmann 2004, p. 187; en Giesen 2005.

192 Zie Van Maanen & Schlössels 2004; Kortmann 2004, p. 182-185; en Di Bella 2012.

193 Zie Di Bella 2012, paragraaf 5.3.2.

194 Zie HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*), r.o. 3.6. In dit arrest werd overigens geoordeeld dat er voor de toepassing van de omkeringsregel geen plaats was.

6.5.5.2. Toepasbaarheid van de omkeringsregel bij tekortschieten in wettelijke zorgplichten

Nu is het de vraag in hoeverre er aanleiding kan bestaan voor de toepassing van de omkeringsregel in verband met de wettelijke zorgplichten in het waterbeheer. Bij mijn weten is een dergelijke vraag nog niet expliciet aan de orde geweest, noch in de literatuur, noch in de jurisprudentie op dat terrein.¹⁹⁵ Voorop moet worden gesteld dat de toepasbaarheid van de omkeringsregel zich niet beperkt tot een vast omlijnende categorie van gevallen; de toepasbaarheid kan dus niet reeds op voorhand categorisch worden uitgesloten. De Hoge Raad rekent als belangrijkste algemene eis voor het maken van een uitzondering op de bewijsrechtelijke hoofdregel dat 'het gaat om de schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen' en dat 'dit gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot'.¹⁹⁶ Daarbij dient evenwel ook te worden bedacht dat de Hoge Raad de laatste jaren *de facto* slechts aanleiding heeft gezien voor de toepassing van de omkeringsregel in verband met verkeers- en *veiligheidsnormen*.¹⁹⁷ Dat laatste kan natuurlijk bezwaarlijk worden gehanteerd als juridisch criterium, maar daaruit kunnen wel aanwijzingen voortvloeien bij het maken van een globale inschatting van de kans van slagen van een beroep op de omkeringsregel. Met het oog op het reeds gemaakte onderscheid tussen soorten zorgplichten kan men stellen dat in verband met de concrete normen ter invulling van de zorgplicht voor de waterveiligheid waarschijnlijk eerder toepassing zal worden gegeven aan de omkeringsregel, dan in verband met de niet nader geconcretiseerde hemelwater- en grondwaterzorgplichten en de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening.

Om in een concreet geval, behoudens tegenbewijs, in redelijkheid als uitgangspunt te kunnen nemen dat de schade het gevolg is geweest van de normschending, dient de benadeelde aannemelijk te maken dat het specifieke gevaar, waartegen de geschonden norm bescherming beoogt te bieden, zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Om in die gelegenheid te verkeren, dient duidelijkheid te bestaan over de inhoud en strekking van de geschonden norm. Die factoren zijn immers van belang om te bepalen of de geschonden norm bescherming beoogt te bieden tegen een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en welk specifieke gevaar het is dat geval betreft.¹⁹⁸ Uit

195 Kortmann lijkt zich in die richting te begeven bij de bespreking van 'zuivere zorgvuldigheidsnormen', maar beperkt zich tot de waarschuwplichten en meet- en monitoringsverplichtingen. In verband met de eerste soort plichten pleit hij overigens vóór de toepassing van de omkeringsregel; in verband met de tweede soort lijkt hij zich aan te sluiten bij het oordeel van de Hoge Raad dat deze normen slechts strekken ter voorkoming van onduidelijkheid over de vraag zich een risicovolle situatie voordoet. Zie Kortmann 2004, p. 185-186.

196 Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*), r.o. 3.6.

197 Zie Akkermans & Van Dijk 2012, p. 166. Zie ook mijn algemene opmerkingen en verwijzingen naar jurisprudentie in paragraaf 6.5.2.

198 Zie in dat verband HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (*Smeets/Heerlen*) en recent Rb. Zwolle-Lelystad 13 april 2011, zaaknummers 155184 / HA ZA 09-313, 155323 / HA ZA 09-333, en 157786 / HA ZA 09-711, r.o. 6.6. Zie tevens Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 77, waar eveneens wordt gesteld dat het *beschermingsdoel* van de geschonden norm een belangrijke indicatie vormt voor de vraag over de toepasbaarheid van de omkeringsregel.

paragraaf 5.2.3.1 volgt dat de voor dit proefschrift relevante specifieke gevaren onder meer zijn gelegen in de dreiging van zaak- en letselschade door overstromingen en wateroverlast, evenals de dreiging van zaakschade en andere schade door verdroging. Het is de vraag welke publiekrechtelijke normen strekken tot de bescherming tegen dergelijke specifieke gevaren ter zake van het ontstaan van schade.

Het ligt niet voor de hand te menen dat bijvoorbeeld de meet- en beoordelingsplichten uit paragraaf 2.4 van de Waterwet ertoe strekken bescherming te bieden tegen dergelijke soorten schade; die verplichtingen zien er hoofdzakelijk op duidelijkheid te verschaffen over de huidige veiligheidssituatie, zodat adequaat kan worden ingegrepen in onveilige situaties.¹⁹⁹ Ook de verplichting uit hoofdstuk 4 van de Waterwet om water- en beheerplannen vast te stellen lijkt mij jegens particulieren hoofdzakelijk een informatieve functie te dienen. Dat dergelijke plannen onmisbaar zijn in het Nederlandse waterbeheer, betekent niet dat de verplichting deze vast te stellen ook specifiek ziet op de bescherming tegen de bedoelde soorten schade. Van de concrete bij of krachtens de Waterwet vastgestelde veiligheids- en beschermingsnormen kan echter minder stellig worden ontkend dat deze strekken tot bescherming tegen zaak- en letselschade door overstromingen of wateroverlast. Ik zie ook niet in waarom deze normen niet specifiek genoeg zouden zijn om zich te lenen voor de toepassing van de omkeringsregel. Daarom meen ik dat – in geval zich een overstroming of wateroverlast vanuit het oppervlaktewater voordoet en een benadeelde aannemelijk kan maken dat de beheerder is tekortgeschoten in zijn wettelijke zorgplichten – de beheerder aannemelijk dient te maken dat de waterschade ook zou zijn ontstaan, indien hij zich zou hebben gedragen conform de op hem rustende wettelijke verplichtingen.

Ik stelde dat in verband met waterveiligheidsnormen waarschijnlijk eerder toepassing zal worden gegeven aan de omkeringsregel, dan in verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten uit de Waterwet. Toch lijkt de toepassing van die regel mij in verband met laatstgenoemde zorgplichten zeker niet uitgesloten. De wettelijke zorgplichten zelf mogen dan niet specifiek zijn ingevuld aan de hand van concrete (beschermings)normen, duidelijk is wel tegen welke specifieke risico's en schade deze bescherming beogen te bieden. Daarnaast kan de concrete invulling van deze zorgplichten – die, zoals hierboven reeds bleek, onder meer kan plaatsvinden langs de lijnen van de maatschappelijke betamelijkheid – in concrete gevallen toch zeer specifieke eisen stellen aan de gedragingen van waterbeheerders met het oog op het voorkomen of beperken van wateroverlast of waterschaarste.²⁰⁰ Ik verwacht echter wel dat het juridische debat zich (ook in de rechtszaal) hoofdzakelijk zal toespitsen op de vraag naar de reikwijdte van de betreffende wettelijke zorgplichten, dus de vraag

199 Zie Kortmann 2004, p. 185. Vgl. in dit geval HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA (*Friesland/Monsma c.s.*), r.o. 3.4, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een registratieverplichting niet strekt tot het voorkomen van verzakkingen van de bodem, maar slechts ter voorkoming van onduidelijkheid over de vraag of de wateronttrekkingen schade hebben veroorzaakt.

200 Vgl. Kortmann 2004, p. 185-186. Ook Kortmann lijkt in verband met op de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm gebaseerde waarschuwingsverplichtingen in die richting te redeneren.

of daar al dan niet in is tekortgeschoten.²⁰¹ Mochten benadeelden er in een concreet geval in slagen de onrechtmatigheidsdrempel te passeren, dan kunnen zij wellicht met succes stellen dat de redelijkheid toepassing van de omkeringsregel vergt en dat de betrokken beheerder dus aannemelijk dient te maken dat de schade ook zou zijn ontstaan als hij zijn zorgplicht wel naar behoren zou zijn nagekomen. Zolang dat niet door de Hoge Raad is onderschreven, blijft de toepasbaarheid van de omkeringsregel overigens wel onzeker.

6.5.6. Klimaatschade en de toerekening naar redelijkheid

Indien het *condicio-sine-qua-non*verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging is komen vast te staan, vindt in verband met de causaliteitsvraag nog een tweede toetsing plaats. De aansprakelijkheid is in dat geval in beginsel reeds gevestigd.²⁰² Aan de hand daarvan wordt beoordeeld in hoeverre de schade met inachtneming van alle concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk in redelijkheid als een gevolg van de onrechtmatige gedraging aan de dader kan worden toegerekend. Bij deze toetsing kunnen vele factoren een rol spelen, waaronder de mate van voorzienbaarheid, de aard van de schadeveroorzakende gedraging, de aard van de schade, de mate van schuld, de aard van de aansprakelijkheid, en wellicht ook de aard van het risico waartegen al dan niet wordt opgetreden. Ik noemde in dat verband reeds de ‘deelregels’ die in 1981 mede aan de hand van een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn opgesteld door Brunner.²⁰³ Deze deelregels genieten nog steeds aanzien en bieden inderdaad ook nu nog goede handvatten voor de juridische beoordeling van geschillen over schadevergoeding. Kant-en-klare oplossingen bieden zij echter niet: vaak wijzen zij in uiteenlopende richtingen, hetgeen altijd een beoordeling en weging van de relevante factoren vergt. Deze regels zijn als vanzelfsprekend ook van belang bij de vraag naar de omvang van de aansprakelijkheid in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het is interessant om na te gaan welke bijzonderheden zich in dat kader kunnen voordoen bij de uitvoering van de redelijkheidstoetsing.²⁰⁴

Bestaan er in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering bijzondere factoren die er in verband met de redelijkheidstoetsing aanleiding toe kunnen geven de schade niet als gevolg van diens onrechtmatige gedraging aan een waterbeheerder toe te rekenen? Het feit dat het een waterbeheerder (en dus een overheidsorgaan) is die een norm overtreedt, is vanzelfsprekend geen reden voor terughoudendheid bij de toerekening. De aard van de geschonden norm kan bij de toerekening van groter be-

201 Het is niet ongebruikelijk dat de nadruk in verband met ongeschreven tot de overheid gerichte veiligheidsnormen sterk ligt op de onrechtmatigheidsvraag en niet of in veel mindere mate op de causaliteitsvraag. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (*Bussluis*).

202 Uiteraard indien ook aan de andere vestigingscriteria is voldaan.

203 Zie Brunner 1981. Zie tevens de algemene bespreking inclusief verwijzingen naar relevante jurisprudentie in paragraaf 6.5.2.

204 Het verdient daarbij opmerking dat het altijd alle omstandigheden van het concrete geval zijn, die bepalend zijn voor de beantwoording van de toerekeningsvraag. Een sluitend antwoord op de vraag of klimaatschade eerder of juist minder snel zal of dient te worden toegerekend, is dus niet te geven. Zie ook Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 61.

lang zijn. Men kan aannemen dat hoe concreter de norm is, hoe eerder een ruime toerekening gerechtvaardigd is. Vaagheid omtrent de strekking van een zorgplicht kan bijvoorbeeld aanleiding zijn voor meer terughoudendheid bij de toerekening. Indien het de schending van (concrete) veiligheidsnormen betreft, ligt het voor de hand ruimhartiger toe te rekenen in geval van letsel- en zaakschade, dan in geval van schade wegens gederfde winst. Ook de omstandigheden waaronder de waterbeheerder zijn gedragingen aan de dag heeft gelegd, kunnen relevant zijn. Was er bijvoorbeeld sprake van spoed, of had de beheerder ruim de tijd om alle betrokken belangen uitgebreid af te wegen? Was er sprake van een verzoek bepaalde maatregelen te treffen, en heeft de beheerder dit opgevolgd of juist willens en wetens afgewezen of naast zich neergelegd? Was er reeds langdurig sprake van een concreet risico of een concrete dreiging van schade, of openbaarde het risico zich plotseling? In hoeverre kon de waterbeheerder, ten slotte, redelijkerwijs verwachten dat zijn gedraging de geleden schade met zich zou brengen? Bedenk dat dit slechts een wilde greep is uit de voorbeelden van factoren die van invloed kunnen zijn bij het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid.

Met dat laatste voorbeeld raakte ik echter een belangrijk punt dat nadere behandeling verdient. Het betreft de aard van de schade; meer in het bijzonder betreft het de vraag naar de mate van voorzienbaarheid van de schade. Dat de voorzienbaarheid een belangrijke (maar niet de enige) factor is bij de beantwoording van de vraag of schade redelijkerwijs behoort te worden toegerekend, geniet reeds sinds de late jaren zeventig van de vorige eeuw ruime erkenning in rechtspraak en literatuur.²⁰⁵ Als algemeen uitgangspunt geldt dat een ruimhartige toerekening plaatsvindt, indien de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de gedraging was. Ruime toerekening wordt minder gauw gerechtvaardigd geacht, naarmate de schade een uitzonderlijker, abnormaler, minder waarschijnlijk gevolg van de gedraging is.²⁰⁶ Nu bestaat er in het waterbeheer altijd een zeker risico dat zich bijvoorbeeld schade door een overstroming of wateroverlast vanuit het oppervlaktewatersysteem voordoet. Dat risico wordt aanvaardbaar geacht, zolang de waterbeheerder zich voldoende inspant het te beperken. Zodra hij tekortschiet in die zorgplicht, dan wordt het risico vanuit maatschappelijk opzicht *onaanvaardbaar*. In dat geval is het voorzienbaar dat zich schade *kan* voordoen, waarvoor hij aansprakelijk zal worden gehouden, maar het is echter nog onzeker of zich ook daadwerkelijk schade *zal* voordoen. Toch heeft de waterbeheerder door een overstromingsrisico te veronachtzamen de kans op verwezenlijking daarvan vergroot, hetgeen volgens mij reeds een voldoende grondslag biedt voor een ruime toerekening. De voorzienbaarheid van schade in verband met de schending van zorgplichten voor de waterveiligheid hoeft in mijn ogen dus niet dermate concreet te zijn dat deze zicht geeft op waar, wanneer en in welke mate zich waterschade zal voordoen. De aard van de geschonden veiligheidsnorm weegt met het oog op de toerekeningsvraag zwaarder dan de onvoorzienbaarheid van de schade: het tekortschieten in de zorgplicht voor

²⁰⁵ Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 345. Zie tevens Brunner 1981. Zie ten slotte HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (*Van Hees/Esbeek*) en latere arresten.

²⁰⁶ Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 64.

de waterveiligheid brengt de aanvaarding van een onaanvaardbaar en tevens onzeker risico met zich, hetgeen een ruime toerekening rechtvaardigt.²⁰⁷

Het is de vraag of een dergelijke redenering ook opgaat in verband met de andere niet concreet genormeerde zorgplichten voor de bescherming tegen wateroverlast door hemel- en grondwater en de zorgplicht voor de zoetwatervoorziening. De hiermee samenhangende risico's en mogelijke schade hebben bij uitstek een onzeker en lastig voorzienbaar karakter, hetgeen kan wijzen in de richting van een beperktere toerekening. Daarnaast dient te worden bedacht dat deze zorgplichten er niet zozeer toe strekken de individuele veiligheid en gezondheid te beschermen, maar veeleer de bescherming van eigendommen ten doel hebben (dus te beschermen tegen zaaks- en vermogensschade). Ook de aard van deze zorgplichten lijkt dus minder dwingend te wijzen op een ruimhartige toerekening. Daarbij komt bovendien nog dat de concrete strekking van deze zorgplichten – anders dan die van de zorgplichten voor de waterveiligheid – onduidelijk is. De concrete invulling van deze zorgplichten vindt althans door de waterbeheerder zelf (en dus niet door de wetgever) plaats op basis van een afweging van alle relevante factoren, belangen en omstandigheden. Dat maakt het lastig te voorspellen of in een concreet geval al dan niet is tekortgeschoten in een dergelijke zorgplicht. Ook in dit aspect van de zorgplichten kan aanleiding worden gevonden voor een terughoudendere toerekening. Zodoende kan men stellen dat eigenlijk alle bij de toerekeningsvraag relevante factoren in verband met de niet nader geconcretiseerde wettelijke zorgplichten wijzen in de richting van terughoudendheid. Er bestaat, anders dan in verband met de genormeerde veiligheidszorgplichten, geen zwaarwegende factor die sterk wijst op ruimhartigheid en de andere overschaduwet.

6.5.7. Tussenconclusies

Voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid dient een causaal verband te bestaan tussen de gedragingen die waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering aan de dag leggen en de schade die benadeelden in dat verband (stellen te) lijden. Het daartoe in de eerste plaats vereiste *condicio-sine-qua-non* verband is over het algemeen eenvoudiger te leggen, indien men te maken heeft met overheidshandelingen, dan wanneer de schade het vermeende gevolg is van nalatigheden. De causaliteitsdrempel lijkt dus in algemene zin hoger in verband met klimaatschade door onrechtmatig nalaten, dan in verband met gevolgschade door onrechtmatige handelingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Dit kan van invloed zijn op de concrete dreiging van aansprakelijkheid, met dien verstande dat de concrete omstandigheden van het geval altijd doorslaggevend zijn. Waterbeheerders moeten echter wel rekening houden met de mogelijke toepasbaarheid van de omkeringsregel. Voor de toepassing hiervan kan vooral aanleiding bestaan, indien een eiser met succes betoogt dat een waterbeheerder is tekortgeschoten in een wettelijke (zorg) plicht, die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Het is niet uitgesloten dat in een voorkomend geval vooral de zorgplichten

207 Vgl. Drion 1987 en tevens Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 67.

inzake de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast als zodanig zullen worden aangemerkt. Het is in dat geval aan de waterbeheerder om aannemelijk te maken dat de klimaatschade ook zou zijn ontstaan, indien dit tekortschieten niet zou hebben plaatsgevonden. Toepassing van de omkeringsregel leidt tot een verschuiving van de bewijslast en in die zin tot een toename van de kans op aansprakelijkheid. Ten slotte is ook het leerstuk van de toerekening naar redelijkheid van belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik betoogde dat in verband met de concreet genormeerde zorgplichten voor de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast vanuit het oppervlaktewater – vooral wegens de aard van die zorgplicht – aanleiding bestaat ruimhartig te zijn bij de toerekening van schade als gevolg van de schending daarvan. In verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten zijn juist goede argumenten voor het tegenovergestelde aan te voeren.

6.6. Het toerekenbaarheids criterium

6.6.1. Algemeen

Als laatste criterium voor de vestiging van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid geldt dat de onrechtmatige schadeveroorzakende gedraging aan de dader moet kunnen worden toegerekend.²⁰⁸ Volgens art. 6:162 lid 3 BW kan een onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend, indien deze te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke hem krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.²⁰⁹ Er gelden dus drie toerekeningsgronden. Waar de hierboven besproken vestigingscriteria vooral van belang zijn voor de kwalificatie van gedragingen, betreft de eerste toerekeningsgrond – de schuld – vooral de kwalificatie van de laedens. Kan hem een *subjectief (persoonlijk) juridisch verwijt* worden gemaakt van zijn onrechtmatige schadeveroorzakende handelen?²¹⁰ Ook wanneer geen sprake is van persoonlijke verwijtbaarheid, kan de toerekening van onrechtmatige gedragingen aan laedentes onder bepaalde omstandigheden toch wenselijk zijn.²¹¹ Mede daarom kan toerekening ook plaatsvinden krachtens de wet of krachtens de verkeersopvatting. Onder toerekening krachtens de wet wordt hoofdzakelijk bedoeld op de toerekening van een onrechtmatige daad aan personen met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming (art. 6:165 BW). Ik laat deze categorie hier rusten.²¹²

6.6.2. De toerekening krachtens verkeersopvatting

Voor de toerekening krachtens verkeersopvatting is persoonlijke verwijtbaarheid en dus schuld nadrukkelijk geen vereiste. Welke de in het verkeer geldende opvattingen

208 Zie in algemene zin Sieburgh 2000.

209 Zie over 'schuld' ook Spier e.a. 2006, p. 78-83.

210 Zie Sieburgh 2000, p. 153-171. Sieburgh pleit overigens voor een moreel neutraal en persoonlijk uitgelegd schuldbegrip.

211 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 619.

212 Zie Sieburgh 2000, p. 172-176.

precies zijn, blijkt – begrijpelijkerwijs – niet uit de wet, maar wordt van geval tot geval door de rechter bepaald.²¹³ Tussen beide varianten van toerekening bestaat in het zuivere privaatrecht overigens niet altijd een duidelijke afbakening. Dat probleem speelt geen rol in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, aangezien de andere varianten van toerekening zich in dat licht lastig laten toepassen. Het is immers lastig om publiekrechtelijke rechtspersonen een *persoonlijk* verwijt te maken van hun onrechtmatige gedragingen, evenals het ondoenlijk is om te betogen dat daaraan geestelijke of lichamelijke tekortkomingen kleven.²¹⁴ De Hoge Raad heeft in het arrest *B./Staat* benadrukt dat de toerekening van onrechtmatige overheidsgedragingen plaatsvindt krachtens verkeersopvatting: ‘Indien (...) het primaire besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet en *derhalve onrechtmatig is*, moet dit onrechtmatig handelen in ieder geval aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. In dat geval is immers sprake van een oorzaak welke – in de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 BW – naar *de in het verkeer geldende opvattingen* voor rekening van dat lichaam komt [cursive-ring HKG].²¹⁵ Dit is inmiddels vaste jurisprudentie, waarin de hoofdregel doorklinkt dat de onrechtmatigheid van een overheidsgedraging in beginsel de toerekenbaarheid daarvan met zich brengt.

De voornaamste rechtvaardiging voor deze regel – en tevens de belangrijkste reden voor de Hoge Raad om hier stevig aan vast te houden – vindt men hoofdzakelijk in het gelijkheidsbeginsel, althans het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Indien overheidsgedragingen in strijd zijn met het al dan niet geschreven recht, is het met het oog op de gelijkheid voor de publieke lasten namelijk redelijker de schade die hieruit voortvloeit voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om haar voor rekening te laten van de individuele benadeelde(n) jegens wie een rechtens onjuist besluit werd genomen of anderszins onjuist werd gehandeld.²¹⁶ Volgens Kortmann introduceert de Hoge Raad op deze wijze een zelfstandige grondslag voor de toerekening naar verkeersopvatting, te weten de mogelijkheid tot spreiding van de met schadevergoeding gemoeid gaande kosten.²¹⁷ De toerekening krachtens verkeersopvatting lijkt daarmee (mede) haar rechtsgrond te vinden in de solidariteit, terwijl de grond voor de aansprakelijkheid in dergelijke gevallen hoofdzakelijk blijft rusten op de verkeerdheid van het gedrag van de overheid.²¹⁸ De genoemde hoofdregel geniet in het huidige overheidsaansprakelijkheidsrecht een ruime toepassing, en is dus ook van belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Deze regel geldt zowel in het kader van overheidshandelingen, als dat van nalatigheden aan de zijde van bestuurs-

213 HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (*Meppelse ree*) geldt te dien aanzien als schoolvoorbeeld.

214 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 76.

215 Zie HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (*B./Staat*), r.o. 5.2. Vgl. HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB, AB 1992, 559 m.nt. WASD (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*) en HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (*Staat/NCB*).

216 Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB, AB 1992, 559 m.nt. WASD (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*); HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (*Staat/NCB*); en HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (*B./Staat*), r.o. 5.2.

217 Zie Kortmann 2006, p. 39. Zie tevens Mok & Tjittes 1995, p. 391.

218 Zie over aansprakelijkheidsgronden Engelhard & Van Maanen 2008, p. 5-7.

organen.²¹⁹ Een en ander leidt tot de conclusie dat het vereiste van toerekenbaarheid geen hoge drempel opwerpt voor de vestiging van aansprakelijkheid voor schade door overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

6.6.3. Uitzondering bij privaatrechtelijke feitelijke overheidshandelingen

De leer van de toerekening naar verkeersopvatting geldt – behoudens de eventuele mogelijkheid van uitzonderingen daarop (zie hierna) – in beginsel in het kader van alle soorten overheidsgedragingen. Voor appellabele besluiten werd dit in algemene zin bevestigd in het arrest *Van Gog/Nederweert*.²²⁰ Deze regel gaat ook op voor onrechtmatige zelfstandige feitelijke handelingen voorafgaand aan een besluit,²²¹ en eveneens voor onrechtmatige uitvoeringshandelingen.²²² Er bestaat geen aanleiding anders te oordelen in verband met onrechtmatige niet-appellabele besluiten en evenmin in verband met onrechtmatige nalatigheden aan de zijde van overheidsorganen. Wanneer de bevoegde rechter beslist dat dergelijke gedragingen onrechtmatig zijn, is de toerekenbaarheid daarvan dus in beginsel gegeven.

Bij zelfstandige feitelijke overheidshandelingen zonder verband met enig besluit dient onderscheid te worden gemaakt tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke feitelijke handelingen.²²³ Wanneer dergelijke handelingen karakteristiek zijn voor de overheid, dienen zij te worden aangemerkt als bestuursrechtelijk van aard. Zoals hierboven is betoogd, vallen onder dergelijke handelingen in mijn ogen ook de feitelijke handelingen die overheden kunnen verrichten in het kader van hun zorgplichten in het waterbeheer, zoals het openen en sluiten van sluizen, het in werking stellen van gemalen en het besproeien van verdrogingsgevoelige kaden. Dit betekent dat de toerekening, wanneer zij schade veroorzaken en onrechtmatig worden bevonden, in beginsel is gegeven krachtens de in het verkeer geldende opvattingen.

Wanneer zelfstandige feitelijke handelingen daarentegen grote gelijkenis vertonen met handelingen die ook door privaatrechtelijke personen kunnen worden verricht, dan

219 Wel kan het onderscheid relevant zijn tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke feitelijke overheidshandelingen. Zie daarover paragraaf 6.6.3.

220 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (*Van Gog/Nederweert*), r.o. 3.3. Indien een overheidslichaam namelijk een onrechtmatige daad pleegt 'door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere (...) grond – dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet –, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt.' De Hoge Raad vervolgt overigens met een bespreking van een mogelijke uitzondering op deze regel: 'Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.'

221 Zie bijvoorbeeld HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS (*Super Doe*); HR 30 januari 1988, NJ 1988, 89 m.nt. MS (*Blaricum/Roozen*); HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 m.nt. Kleijn (*Staat/Bolsius*); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*); en HR 26 november 1999, JB 2000, 2 (*Noord Brabant/J.B.V.*).

222 Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (*St. Oedenrode/Driessen*); HR 16 juni 1989, NJ 1990, 214 m.nt. MS (*Helmond/Ottenheim*); en HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 m.nt. MS (*Vastgoed/Staat*).

223 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 346-349.

ligt het voor de hand hierop het privaatrecht van toepassing te achten, dus ook de criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid zoals die worden ingevuld in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Dit betekent onder meer dat aan het toerekenbaarheids criterium een zelfstandig belang toekomt. Onrechtmatigheid van dergelijke handelingen brengt dan niet tevens de toerekenbaarheid daarvan met zich.²²⁴ In dergelijke gevallen rust dus nog een bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid op de gelaedeerde, hetgeen in algemene zin een zekere drempel opwerpt voor de vestiging van aansprakelijkheid op waterbeheerders.

6.6.4. Uitzonderingen op de leer van de toerekening naar verkeersopvatting in het kader van adaptatie?

Over de noodzaak van de toepassing van deze toerekeningsvariant kan discussie bestaan. Zo stellen Van Maanen en De Lange dat de toerekening krachtens verkeersopvatting opgaat in alle gevallen waarin echte verwijtbaarheid aan overheidszijde ontbreekt, terwijl aansprakelijkheid desondanks is gewenst.²²⁵ Ook Schueler en Kortmann gaan uit van de toerekening krachtens verkeersopvatting, indien de onrechtmatigheid van een overheidsgedraging is komen vast te staan.²²⁶ Scheltema en Scheltema stellen daarentegen dat men inderdaad zou kunnen zeggen dat een onrechtmatige overheidsdaad krachtens verkeersopvatting op basis van het gelijkheidsbeginsel steeds voor rekening van de overheid komt, maar dat het dan eenvoudiger is de eis van toerekenbaarheid voor de overheid in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen in het geheel niet te stellen. Dit criterium komt dus volgens hen niet zonder meer in aanmerking voor overeenkomstige toepassing in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zij voeren voorts als argument aan dat het toerekenbaarheidsvereiste ook in het Europese recht niet als zelfstandig criterium voor de aansprakelijkheid van lidstaten wordt gesteld.²²⁷ Volgens hen omsluit de onrechtmatigheid van de overheidsgedraging dus reeds de toerekening daarvan, zonder dat daaraan enig juridisch belang toekomt. Het verschil in opvatting is subtiel, want leidt tot weinig verschillen in uitkomst. In beide denklijnen lijkt het criterium van toerekenbaarheid immers geen zelfstandige drempel op te werpen bij de vestiging van overheidsaansprakelijkheid.

Ik sluit echter niet uit dat aan het toerekenbaarheids criterium in uitzonderlijke gevallen wel degelijk belang kan toekomen, zodat ik enigszins huiverig ben de opvattingen van Scheltema en Scheltema te volgen. Dit criterium is in de meeste gevallen inderdaad niet bijzonder relevant, zo blijkt ook uit de vaste lijn in de jurisprudentie van

224 Zie HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590 (*Lambregts/Industrie- en Havenschap Moerdijk*). In casu hoogde IHM door middel van zandopspuiting een gebied op nabij het perceel van Lambregts. Lambregts stelde hierdoor schade te hebben geleden, waarmee het causaal verband tussen de schade en de handeling kwam vast te staan. Hij liet echter na de toerekenbaarheid van deze zelfstandige feitelijke handeling te beargumenteren. De Hoge Raad oordeelde dat in dit geval voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten minste mede was vereist dat de onrechtmatige daad aan IHM kon worden toegerekend in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.

225 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 76-77.

226 Zie Schueler 2005, p. 150 en Kortmann 2006, p. 38.

227 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 313-314.

zowel de Hoge Raad als van de Afdeling: indien de onrechtmatigheid is komen vast te staan, is de toerekenbaarheid in beginsel gegeven.²²⁸ Toch lijkt vooral de Hoge Raad door herhaaldelijk gebruik van de term ‘in beginsel’ in oudere arresten een beperkte mogelijkheid open te laten om op deze hoofdregel in bijzondere gevallen een uitzondering te maken.²²⁹ Het criterium van de toerekenbaarheid *kan* in voorkomende gevallen dus best een rol van betekenis (gaan) spelen. Het voert daarom in mijn ogen te ver om zonder meer te stellen dat deze eis in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen in het geheel niet hoeft te worden gesteld. Tot op heden is overigens, zonder uitzondering, stevig vastgehouden aan de algemene regel,²³⁰ en lijkt de Hoge Raad gaandeweg ook minder stellig te zijn geworden in zijn formuleringen ten aanzien van de uitzonderingsmogelijkheid.²³¹ Hoewel het belang van het toerekenbaarheids criterium in de huidige tijdgeest dus lijkt te worden verwaarloosd,²³² kan het in de toekomst onder bepaalde omstandigheden als onredelijk worden beschouwd bepaalde onrechtmatige gedragingen krachtens verkeersopvatting aan de overheid toe te rekenen.

Over mogelijke uitzonderingen op deze leer kan slechts worden gespeculeerd. In welke situaties zou een aanvullende drempel voor de vestiging (en daarmee een nadere beperking) van de overheidsaansprakelijkheid gerechtvaardigd kunnen zijn? Zou daarvoor bijvoorbeeld ruimte kunnen bestaan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? Ik meen dat de huidige leer van de toerekening naar verkeersopvatting in elk geval bij schendingen van kaderstellende publiekrechtelijke rechtsregels zonder meer op zijn plaats is. De gelding van dergelijke bijzondere tot de overheid gerichte gedragsnormen dwingt tot een strenge handhaving daarvan, indien deze niet worden nageleefd. De toepassing van de leer van toerekening krachtens verkeersopvatting in het overheidsaansprakelijkheidsrecht geeft daaraan duidelijk uitdrukking. Bij handelingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering die in strijd zijn met dergelijke normen, bestaat dus geen aanleiding een uitzondering te aanvaarden op de huidige leer van de toerekening naar verkeersopvatting. Dat zou de geldende kaderstellende rechtsplichten buiten spel kunnen zetten. Betogen dat een waterbeheerder

228 Zie HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS (*Hoffmann-La Roche/Staat*) en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*). Zie ook ABRvS 19 maart 2003, JB 2003, 110 (*Slotervaart*).

229 Zie bijvoorbeeld HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 m.nt. MS (*Staat/Van Gelder Papier*); HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS (*Hoffmann-La Roche/Staat*); HR 30 april 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS, AB 1988, 42 m.nt. PvB (*Blaricum/Roozen*); HR 30 april 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS, AB 1988, 43 m.nt. PvB (*Nibourg/Zuidwolde*); HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (*Van Gog/Nederweert*); HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB, AB 1992, 559 m.nt. WASD (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*); HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (*Staat/NCB*); HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (*B./Staat*).

230 Zie Schueler 2005, p. 149.

231 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 314.

232 De Hoge Raad blijkt bijvoorbeeld niet snel geneigd mee te gaan in betogen dat onrechtmatige gedragingen niet aan overheidslichamen kunnen worden toegerekend, omdat hun niet zou kunnen worden verweten dat zij een verkeerde toepassing hebben gegeven aan complexe of moeilijk te interpreteren voorschriften of jurisprudentie (zie bijvoorbeeld HR 30 april 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS, AB 1988, 42 m.nt. PvB (*Blaricum/Roozen*) en HR 30 april 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS, AB 1988, 43 m.nt. PvB (*Nibourg/Zuidwolde*)). Dit betekent in mijn ogen niet dat de omstandigheden van het geval in uitzonderlijke situaties toch zo kunnen zijn dat toerekening krachtens verkeersopvattingen redelijkerwijs niet op haar plaats is.

bijvoorbeeld geen schuld heeft aan een onzorgvuldige voorbereiding van een adaptatiebesluit of een ondeugdelijke motivering daarvan, lijken mij onwenselijk. Ook bij *kennelijk of ernstig* tekortschieten in een wettelijke zorgplicht bestaat geen aanleiding voor het maken van een uitzondering op de regel. Indien is komen vast te staan dat een waterbeheerder zich niet voldoende heeft ingespannen om duidelijk kenbare risico's weg te nemen, kan hem zijn onrechtmatige gedraging zonder meer worden toegerekend.

Dit neemt niet weg dat zich situaties kunnen voordoen waarin het onwenselijk wordt geacht dat een beheerder aansprakelijk is voor klimaatschade, terwijl evenmin kan worden ontkend dat deze is tekortgeschoten in een wettelijke zorgplicht. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn in een situatie waarin zich uiterst onzekere, maar wel degelijk kenbare klimaatrisico's hebben verwezenlijkt. Het kan dan bijvoorbeeld te ver gaan om te oordelen dat de betrokken waterbeheerder zich niet onrechtmatig heeft gedragen, juist omdat hij deze risico's wel degelijk behoorde te kennen. Anderzijds kan het tegelijkertijd evenzeer te ver gaan om de waterbeheerder deze onrechtmatige gedraging *zonder meer* toe te rekenen, bijvoorbeeld omdat is gebleken dat hij wel degelijk uiterst zorgvuldig adaptatiebeleid heeft gevoerd, maar daarbij ongelukkigerwijs te veel prioriteit heeft toegekend aan andere risico's. De leer van de toerekening naar verkeersopvatting kan in dergelijke situaties alle mogelijkheden tot nuance wegnemen, terwijl in dergelijke 'twijfelgevallen' juist behoefte kan bestaan aan nuance. Een bijkomend verwijtbaarheidsvereiste kan voorzien in de gewenste mogelijkheden tot nadere nuancering. Het verdient daarom aanbeveling dat de rechter de mogelijkheid in zijn achterhoofd houdt om een uitzondering te maken op de heersende leer van de toerekening naar verkeersopvatting. Dat betekent nadrukkelijk niet dat in verband met de verwezenlijking van onzekere klimaatrisico's als norm moet gaan gelden dat de schade in dat verband slechts voor vergoeding in aanmerking komt, indien sprake is van opzet of ernstige verwijtbaarheid. Het is dus niet de bedoeling waterbeheerders verder 'in te dekken' en te beschermen tegen aansprakelijkheid voor klimaatschade, maar juist om tot betere beslissingen te kunnen komen in de concrete gevallen waarin de huidige leer tot onwenselijke situaties leidt.

6.6.5. Tussenconclusies

In het overheidsaansprakelijkheidsrecht is de toerekenbaarheid afhankelijk gesteld van het onrechtmatigheidsoordeel. Wordt een appellabel besluit vernietigd, of wordt een niet-appellabele overheidsgedraging door de burgerlijke rechter onrechtmatig bevonden, dan is de toerekenbaarheid van dergelijke gedragingen in beginsel gegeven. Dit geldt ook in gevallen waarin het adaptatiebesluiten of andere handelingen of natigheden in het kader van adaptatie aan klimaatverandering betreft. Ook hier kan immers het argument worden aangevoerd dat het in beginsel redelijker is de door onrechtmatige overheidsgedragingen toegebrachte schade voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan deze voor rekening te laten van individuele benadeelden. De leer van de toerekening krachtens verkeersopvatting gaat niet op in de gevallen

waarin de schade het gevolg is van privaatrechtelijke feitelijke overheidshandelingen. Men kan zich afvragen of zich situaties kunnen voordoen die een uitzondering op de leer van de toerekening krachtens verkeersopvatting rechtvaardigen. Ik betoogde dat daarvan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering sprake zou kunnen zijn, bijvoorbeeld om beter te kunnen inspelen op de onzekerheid waarmee risico's in dat kader zijn omgeven. Ondanks dat het vanuit de redelijkheid niet ondenkbaar is, meen ik dat de rechter terughoudend moet omspringen met het maken van uitzonderingen op de regel. Waar het de onzekerheid of onkenbaarheid van klimaatrisico's betreft, dient de nadruk te liggen op de rechtmatigheidstoetsing. De conclusie luidt dat het toerekenbaarheids criterium in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering over het algemeen geen hoge drempel zal opwerpen voor de vestiging van aansprakelijkheid.

6.7. Het relativiteitsvereiste

6.7.1. Algemeen

Een verplichting tot schadevergoeding bestaat niet, wanneer niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW.²³³ Dit vereiste houdt – positief geformuleerd – in dat een verplichting tot schadevergoeding slechts kan bestaan, indien de geschonden norm daadwerkelijk strekt tot de bescherming tegen de schade zoals een benadeelde die heeft geleden.²³⁴ Er dient, met andere woorden, een relatief verband te bestaan tussen de normschending en het geschonden belang. Dit vereiste hangt nauw samen met de zinsnede 'jegens een ander' uit art. 6:162 lid 1 BW. De onrechtmatigheidsvraag is dan ook in wezen een relatieve vraag, zo stellen *Spier c.s.* Die vraag spitst zich immers toe op de onrechtmatigheid van een bepaalde schadeveroorzakende gedraging ten opzichte van een bepaalde persoon.²³⁵ Daarnaast dient de schade zoals de gelaedeerde die heeft geleden onder het bereik van de geschonden norm te vallen.²³⁶ Het relativiteitsbeginsel houdt dus enerzijds een nadere concretisering in van het gestelde in art. 6:162 BW. Anderzijds vormt het daarop een belangrijke aanvulling. De concretisering ligt erin dat de gedraging daadwerkelijk onrechtmatig moet zijn jegens de benadeelde, dus dat de geschonden norm ook daadwerkelijk moet strekken ter bescherming van diens individuele belangen. De aanvulling houdt in dat de geschonden norm tevens bescherming moet bieden tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en tegen de wijze waarop die schade is ontstaan.²³⁷ Het beginsel houdt op die manier zowel een beperking in van de kring van personen die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding, als van de soorten schade die voor vergoeding in aanmerking komen.²³⁸

233 Een schoolvoorbeeld van toepassing van het relativiteitsvereiste in het overheidsaansprakelijkheidsrecht vindt men in HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*).

234 Zie in algemene zin over relativiteit Lankhorst 1992 en *Spier e.a.* 2006, p. 67-75.

235 Zie *Spier e.a.* 2006, p. 67.

236 Zogenoemde 'afgeleide schade' komt immers niet voor vergoeding in aanmerking. Zie Kroeze 2004.

237 Zie Van Maanen & De Lange 2005, p. 61-65.

238 Zie *Spier e.a.* 2006, p. 75.

Bij de toepassing van het relativiteitsbeginsel staat enerzijds het doel en anderzijds de strekking van de geschonden norm centraal. Lankhorst maakte in 1992 het fundamentele onderscheid tussen de prealabele vraag naar het beschermingsdoel van een norm en de hoofdvraag naar de beschermingsomvang daarvan.²³⁹ Het kan voorkomen dat de rechter tot een oordeel komt dat een norm wel degelijk is geschonden, maar dat dit geen onrechtmatige gedraging oplevert jegens de persoon die een beroep heeft gedaan op de beschermende werking van die norm, omdat deze norm enkel een algemeen belang beoogt te beschermen en dus geen individuele (vermogens)belangen.²⁴⁰ In andere gevallen kan het voorkomen dat het oordeel luidt dat een geschonden norm wel degelijk strekt tot de bescherming van bepaalde individuele belangen, maar niet van de individuele belangen van degene die zich in een voorkomend geval beroept op de beschermende werking van de geschonden norm.²⁴¹ Den Hollander merkt op basis van een analyse van enkele arresten van de Hoge Raad op dat deze over het algemeen niet snel lijkt aan te nemen dat een norm die een algemeen belang beoogt te beschermen, ook strekt tot de bescherming van individuele belangen. Indien de geschonden norm wel strekt tot de bescherming van individuele belangen, lijkt de Hoge Raad zich daarentegen actiever op te stellen in het onderzoek of de norm ook daadwerkelijk strekt tot de bescherming van de belangen van de benadeelde in kwestie.²⁴²

Het valt lastig te ontkennen dat publiekrechtelijke normen, en in het bijzonder omgevingsrechtelijke normen, strekken tot de bescherming van een algemeen belang. Zo valt te denken aan milieukwaliteitseisen, natuurbeschermingsnormen, en normen ter bescherming van monumenten en archeologische waarden, maar ook aan waterveiligheidsnormen, normen ter bescherming tegen wateroverlast en normen in verband met de zoetwatervoorziening. Het is een belangrijke vraag in hoeverre dergelijke normen ook de bescherming van individuele belangen ten doel hebben. Volgens Schueler kan dit vooral in verband met omgevingsrechtelijke normen het geval zijn.²⁴³ Ik betoog hieronder dat het vooral in verband met normen ter bescherming tegen overstromingen en wateroverlast ook vreemd zou zijn, wanneer die normen niet (mede) strekken tot de bescherming van individuele belangen.²⁴⁴ Als dergelijke normen daartoe strekken, dan rijst de vraag of eenieder of slechts een beperkte groep zich op die beschermende werking kan beroepen. Ten slotte kan, met het oog op de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding, de vraag relevant zijn of een norm daadwerkelijk strekt tot de bescherming van individuele *vermogens*belangen.

239 Zie Lankhorst 1992, p. 114. Zie ook Wiggers-Rust 2011, p. 131-135 en Den Hollander 2012, p. 446-448. Ook de Hoge Raad benadrukt dit bijvoorbeeld in het *Duwbak Linda*-arrest: 'Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste (...), komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, (...)' Zie HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1.

240 Zie bijvoorbeeld HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*); HR 24 maart 2006, NJ 2009, 485 m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmétique*) en HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchteling*).

241 Zie bijvoorbeeld HR 10 november 2006, NJ 2008, 491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*) en HR 4 december 2009, NJ 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*).

242 Zie Den Hollander 2012b, p. 447-448.

243 Zie Schueler 2011a, p. 166-167.

244 Zie nader paragraaf 6.7.4.

De laatste twee vragen betreffen de beschermingsomvang van de geschonden norm, terwijl de eerste het beschermingsdoel betreft. Deze vragen komen hieronder aan de orde in het kader van het thema van dit proefschrift.

6.7.2. De *privaatrechtelijke relativiteits* in het overheidsaansprakelijkheidsrecht

Het van origine privaatrechtelijke relativiteitsvereiste speelt een belangrijke rol in het overheidsaansprakelijkheidsrecht.²⁴⁵ De burgerlijke rechter en de bestuursrechter passen dit beginsel toe bij de beoordeling van vorderingen tot schadevergoeding in verband met de schending van publiekrechtelijke rechtsregels.²⁴⁶ In het bestuursrecht geldt voorts een ook bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, dat nadrukkelijk dient te worden onderscheiden van de privaatrechtelijke variant.²⁴⁷ Ik ga daar in paragraaf 6.7.3 nader op in. Er bestaat geen aanleiding te menen dat het relativiteitsbeginsel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht een andere invulling behoort te krijgen ten opzichte van de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven in zuiver privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.²⁴⁸ De rechter betreft in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen zowel het doel, als de strekking van publiekrechtelijke normen bij de totstandkoming van zijn oordeel. Zo oordeelt de Hoge Raad in het *Duwbak Linda*-arrest dat normen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer met nadruk slechts beogen die veiligheid *in algemene zin* te bevorderen. Dergelijke normen strekking dus niet tot de bescherming van individuele vermogensbelangen van een in beginsel onbeperkte groep van derden, die schade lijden door een onzorgvuldige uitoefening van de op grond van die normen op de overheid rustende taken en verantwoordelijkheden.²⁴⁹ De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat de relativiteit reeds ontbreekt in verband met de prealabele vraag naar de doelstelling van de geschonden norm. Deze is nadrukkelijk enkel bedoeld om het collectieve en dus algemene belang van het scheepvaartverkeer te beschermen.

Uit andere arresten van de Hoge Raad blijkt dat publiekrechtelijke normen wel degelijk (mede) kunnen strekken tot de bescherming van individuele belangen. Zo verwierpt de Hoge Raad in het *Vie d'Or*-arrest het verweer van De Nederlandsche Bank dat de (toenmalige) Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) enkel ziet op het algemene belang van de bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen. Deze wet strekt nadrukkelijk mede tot bescherming van individuele, nader te bepalen vermogensbelangen, namelijk die 'van degenen die als verzekeringsnemers,

245 Zie Van den Berk 1997, p. 193; Schild & De Jongh 2007, p. 144-154; en Wiggers-Rust 2011, p. 144-150. Zie tevens HR 6 februari 1987, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB (*Aral/Den Haag*) en HR 7 mei 2004, AB 2005, 127 m.nt. FvO (*Paes/Staat*).

246 Zie Den Hollander 2012a en Den Hollander 2012b.

247 Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste heeft sinds 2010 een wettelijke basis in art. 1.9 Crisis- en herstelwet en zal met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht naar verwachting een algemene wettelijke basis krijgen in art. 8:69a Awb. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 2. Het ontwerp luidt: 'De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.'

248 Zie Scheltema & Scheltema 2008, p. 317.

249 Zie HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.2 en 3.4.3.

verzekerden of gerechtigden tot uitkering betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als de polishouders), (...).²⁵⁰ Bij de beantwoording van de vraag naar de beschermingsomvang van de Wtv lijkt de Hoge Raad gevoelig voor het feit dat de groep potentiële benadeelden niet ‘in beginsel onbeperkt’ is, maar zich juist beperkt tot de polishouders van een verzekeraar. De Wvt beschermt polishouders dus voor de door hen te lijden vermogensschade door enig tekortschieten van de toezichthouder in zijn wettelijke taken. De beschermende werking van de Wvt is beperkt: derden-gelaedeerden die niet vallen aan te merken als polishouder, kan met succes het ontbreken van relativiteit worden tegengeworpen.

Uit bovenstaande volgt dat in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen door de Hoge Raad geen sterk afwijkende invulling wordt gegeven aan de relativiteitseis, in vergelijking tot zuiver privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Zowel het doel, als de strekking van publiekrechtelijke normen is van belang bij de vraag of degenen die schade lijden als gevolg van een onrechtmatige overheidsgeleding met succes aanspraak kunnen maken op de vergoeding daarvan. Duidelijk is dat niet elke publiekrechtelijke norm strekt tot de bescherming van individuele belangen. Of daarvan al dan niet sprake is, staat in belangrijke mate ter beoordeling aan de rechter. Deze zal zich bij de vorming van een dergelijke oordeel primair baseren op de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende wet- en regelgeving. Indien daaruit niets of te weinig valt af te leiden omtrent het beschermingsdoel, dan wel de omvang van de beschermende werking, dient deze er in beginsel van uit te gaan dat de norm strekt tot de bescherming van allen die als gevolg van een overtreding daarvan schade kunnen lijden.²⁵¹ Dat de Hoge Raad op basis van rechtspolitieke overwegingen soms anders beslist, volgt uit het *Duwbak Linda*-arrest.²⁵² Zolang er ten aanzien van het beschermingsdoel en de strekking van bepaalde publiekrechtelijke normen niets blijkt uit de toelichting bij die normen en in dat verband evenmin expliciete rechterlijke uitspraken bestaan, kan bovenstaande overweging uit de Parlementaire Geschiedenis van art. 6:163 BW als uitgangspunt dienen. Men dient er dan wel rekening mee te houden dat de rechter uiteindelijk om uiteenlopende redenen anders kan beslissen.

6.7.3. Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste

Van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste onderscheidt zich, zoals gezegd, een bijzondere bestuursrechtelijke variant. Deze gold sinds 31 maart 2010 op basis van art. 1.9 Crisis- en herstelwet (Chw) reeds in een deel van het bestuursprocesrecht en heeft met

²⁵⁰ Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 m.nt. C.C van Dam (*Vie d’Or*), r.o. 4.2.2.

²⁵¹ Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 638. Hier wordt gesteld dat ‘een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en dat wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op voet van artikel 6.1.9.4 als gevolg van die overtreding kan worden toegerekend. Voor een beroep op het onderhavige artikel [art. 6:163 BW; HKG] moet derhalve komen vast te staan dat de betreffende norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen de schade, zoals hij deze heeft geleden.’

²⁵² Het door de Hoge Raad in dit arrest kennelijk gehanteerde ‘*floodgates*’-argument kent voor- en tegenstanders. Voor een bespreking van kritieken, zie Van den Berge 2012, p. 67-69.

de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht op 1 januari 2013 een algemene wettelijke basis in art. 8:69a Awb.²⁵³ De tekst van dat artikel luidt als volgt: ‘De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.’ Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste is nadrukkelijk niet bedoeld om de ontvankelijkheidsdrempel bij de bestuursrechter te verhogen, maar juist om de toetsingsruimte van die rechter te beperken.²⁵⁴ Het belangrijkste doel lijkt daarmee het voorkomen dat appellanten zich nog met succes kunnen beroepen op de bescherming van zogenoemde ‘contraire’ belangen. Het betreft – kort gezegd – de belangen die niet vallen aan te merken als een eigen belang van de appellant, maar die gelden als het belang van een ander, dat bovendien tegengesteld is aan dat eigen belang.²⁵⁵ Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin de bewoner van een vrijstaand landhuis zich met het oog op de derving van zijn uitzicht beroept op het feit dat bij de vaststelling van een bestemmingplan, dat de bouw van een groot aantal eenvoudige woningen mogelijk maakt, geen acht is geslagen op bepaalde geluidcontouren, die het woongenot van de nieuwe bewoners van het plangebied beogen te beschermen. Hij beroept zich in dat geval op een norm die strekt tot de bescherming van de belangen van anderen, terwijl die norm niet strekt tot de bescherming van het belang waar het hem uiteindelijk om draait. De bestuursrechter mag op grond van het ontbreken van relativiteit een besluit niet vernietigen, indien hij tot een oordeel komt dat de norm, op de beschermende werking waarvan een appellant zich beroept, niet evident strekt tot de bescherming van diens persoonlijke belangen.²⁵⁶

Ook bij de toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste staat de vraag naar het beschermingsdoel en de beschermingsomvang van de ingeroepen norm centraal. Zo overwoog de Afdeling in de uitspraak *Brummen* dat art. 3.1 lid 1 Wro niet slechts het algemene belang van de ‘goede ruimtelijke ordening’ dient, maar dat deze bepaling tevens kan strekken tot de bescherming van individuele belangen, voor zover die norm daarop betrekking of mede betrekking heeft.²⁵⁷ Op basis hiervan lijkt te zijn geëxpliciteerd dat individuele belangen dermate kunnen zijn verweven met of parallel kunnen lopen aan het algemene belang, dat niet kan worden volgehouden dat normen die strekken tot de bescherming van het algemene belang niet mede kunnen strekken tot de bescherming van individuele belangen.²⁵⁸ In de uitspraak *Brummen* bepaalde de

253 Zie Stb. 2012, 682 en voor een toelichting Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 18-22 en 52-54. Zie in dit verband ook Schueler 2010; Wiggers-Rust 2011, p. 158-192; Schueler 2011a; Schueler 2011b; Den Hollander 2012a; Den Hollander 2012b; en Van den Berge 2012, p. 85-120.

254 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 20.

255 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 52.

256 Zie Schueler 2011a, p. 170-171 en Den Hollander 2012b, p. 449-451. Zie tevens ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard (*Brummen*); ABRvS 2 maart 2011, AB 2011, 77 m.nt. De Gier (*Kerkdriel*); en (anders) ABRvS 16 maart 2011, JB 2011, 118 (*Haagakkers*).

257 Zie ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard (*Brummen*), r.o. 2.4.3.

258 Zie Schueler 2011a, p. 165-168 en Den Hollander 2012b, p. 451-453. Zie tevens ABRvS 13 juli 2011, TBR 2011, 152 m.nt. Nijmeijer (*Tuibrug II*); ABRvS 14 september 2011, JB 2011, 252 m.nt. Schlössels (*Waterkrachtcentrale Borgharen*); en (anders) ABRvS 30 november 2011, BR 2012, 40 m.nt. Fokkema en De Haan (*Varenlaan*).

Afdeling voorts in algemene zin dat normen, op de beschermende werking waarvan appellanten zich beroepen, daadwerkelijk moeten strekken tot de bescherming van de belangen waarin zij menen te zijn getroffen. In casu stelde de appellant dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan onvoldoende rekening was gehouden met bepaalde (overigens indicatieve) afstandsnormen. De Afdeling oordeelde dat het appellant en anderen gaat 'om het belang dat zij gevrijwaard blijven van de aantasting van hun uitzicht en meer in het algemeen om het belang van het behoud van hun woonomgeving'. De in geding zijnde afstandsnorm heeft volgens de Afdeling 'niet de strekking die belangen te beschermen, zodat het slagen van deze beroepsgrond (...) er niet toe kan leiden dat het bestreden besluit om die reden wordt vernietigd'.²⁵⁹

Er bestaan belangrijke verschillen tussen de bestuurs- en de privaatrechtelijke variant van het relativiteitsbeginsel. Zo is de eerstgenoemde variant bedoeld om te voorkomen dat besluiten (dienen te) worden vernietigd om redenen waartoe de beschermende normen in het bestuursrecht geen evidente grondslag bieden. De andere variant is bedoeld om te voorkomen dat personen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding, terwijl de geschonden normen niet zijn bedoeld om hun belangen te beschermen. Beide varianten dwingen de bevoegde rechter er echter toe beslissingen te maken over het beschermingsdoel en de beschermingsomvang van normen. Het kan in het kader van appellabele besluiten voorkomen dat de bestuurs- en de burgerlijke rechter in dat verband tot afwijkende oordelen komen. Zo kan zich de situatie voordoen dat de bestuursrechter meent dat de bestuursrechtelijke relativiteitseis niet in de weg staat aan de vernietiging van een besluit, terwijl de burgerlijke rechter in verband met een op die vernietiging volgende vordering tot schadevergoeding oordeelt dat deze niet kan worden toegewezen, omdat geen relatief verband bestaat. In dat geval is de conclusie op het eerste gezicht merkwaardig: het besluit is onrechtmatig jegens de belanghebbende die het besluit met succes heeft aangevochten, maar deze heeft geen recht op schadevergoeding.²⁶⁰ De geschonden norm strekt dan, met andere woorden, wel tot de bescherming van zijn individuele belangen, maar niet tot de bescherming van zijn individuele *vermogens*belangen. Dat kan een keuze zijn van de wetgever, maar deze dient in dat geval wel te worden geëxpliciteerd en beargumenteerd. Indien het daarentegen een ongelukkige samenloop van juridische constructies betreft, verdient het aanbeveling dat de burgerlijke rechter bij de vernietiging van een besluit niet alleen het onrechtmatigheidsoordeel, maar ook het relativiteitsoordeel van de bestuursrechter overneemt.

6.7.4. Het relativiteitsvereiste in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

Welke rol speelt het relativiteitsvereiste nu in verband met de in dit hoofdstuk centrale vraag omtrent de dreiging van aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? Duidelijk is

²⁵⁹ Zie ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard (*Brummen*), r.o. 2.4.4.

²⁶⁰ Zie in dit verband ook Den Hollander 2012b, p. 453-454.

geworden dat het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste in de weg kan staan aan een succesvolle vordering tot schadevergoeding, indien de geschonden norm niet wordt geacht de benadeelde te beschermen in zijn individuele belangen. Dat kan reeds het geval zijn, indien de norm als zodanig niet wordt geacht te strekken tot de bescherming van individuele belangen, maar slechts een algemeen belang beoogt te dienen. Het betreft in dat geval het beschermingsdoel van de betreffende norm. Een vordering tot schadevergoeding kan ook worden afgewezen wegens het ontbreken van relativiteit, indien een bepaalde norm weliswaar mede strekt tot de bescherming individuele belangen, maar niet tot de bescherming van de belangen van de benadeelde of tot de bescherming tegen de schade, zoals de benadeelde die heeft geleden. In dat geval betreft het de beschermingsomvang van de betreffende norm. Ik maakte in paragraaf 6.3.3 onderscheid tussen verschillende soorten geschreven en ongeschreven, algemene en bijzondere normen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Van elk van die normen kunnen het beschermingsdoel en de beschermingsomvang (door de rechter) worden vastgesteld. Dat is met het oog op de veelheid van normen en de sterk uiteenlopende aard daarvan binnen het bestek van dit proefschrift een onbegonnen exercitie. Ik beperk me hier tot de toepassing van het relativiteitsvereiste in verband met de onderscheiden zorgplichten in het waterbeheer.

6.7.4.1. Het beschermingsdoel van de onderscheiden zorgplichten: de leer van de ‘parallele belangen’

Ik onderscheidde grofweg drie soorten zorgplichten, te weten de zorgplicht voor de bescherming tegen overstromingen, de zorgplicht voor de bescherming tegen wateroverlast, en de zorgplicht in het kader van de zoetwatervoorziening. In hoeverre strekken dergelijke zorgplichten tot de bescherming van individuele belangen? Of wellicht kan deze vraag beter anders worden gesteld: in hoeverre zijn er aanwijzingen dat dergelijke zorgplichten *niet* strekken tot de bescherming van individuele belangen, maar hebben deze slechts de behartiging van een algemeen belang ten doel? Direct op die vraag volgt de vraag welke betekenis dergelijke beschermingsnormen nog zou resten, indien individuen na (klimaat)schade te hebben geleden door een toerekenbaar tekortschieten daarin stevast te horen krijgen dat deze normen niet strekken tot de bescherming van hun individuele belangen, maar slechts tot de bescherming van een algemeen en abstract (veiligheids)belang. Het behoeft geen betoog dat de waterveiligheid, de bescherming tegen wateroverlast, de zoetwatervoorziening – en in overkoepelend verband de in art. 21 Grondwet genoemde ‘bewoonbaarheid van het land’ – in elk geval algemene belangen zijn, die met deze wettelijke zorgplichten worden gediend. Het feit dat de tenuitvoerlegging daarvan in beginsel door derden in rechte kan worden afgedwongen, lijkt er echter op te wijzen dat dat deze zorgplichten ook strekken tot de bescherming van individuele belangen. Uit de memorie van toelichting bij de Waterwet volgt niet expliciet dat deze normen anders moeten worden geïnterpreteerd, zodat met het oog op de toelichting bij art. 6:163 BW kan worden gesteld dat men

ervan kan uitgaan dat deze normen mede strekken tot de bescherming van individuele belangen.

Men kan het zich zo voorstellen dat alle individuele belangen tezamen het algemene belang vormen waarop de overheidszorg in het waterbeheer onmiskenbaar ziet. In dit verband valt te wijzen op de benadering die uitgaat van zogenoemde ‘parallele belangen’. Schueler stelt te dien aanzien dat de bescherming van de algemene belangen, die bestuursorganen in hun afwegingen moeten betrekken, mede de bescherming van individuele belangen kan omvatten. Hij beschouwt de individuele belangen zodoende als deelbelangen van het meer omvattende algemene belang.²⁶¹ Die individuele belangen lopen ieder afzonderlijk parallel aan het meer omvattende algemene belang, zodat de beschermende werking van de betreffende norm zich ook daarover uitstrekt. Het is duidelijk dat Schueler hoofdzakelijk binnen de kaders van het omgevingsrecht ruimte ziet voor de toepassing van de leer van de parallelle belangen. Hij betoogt aan de hand van voorbeelden in de jurisprudentie dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter deze benadering met betrekking tot omgevingsrechtelijke normen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht reeds volgen.²⁶² Ik volg Schueler in zijn betoog, waarbij ik met het oog op het beschermingsdoel van de zorgplichten in het waterbeheer tevens wijs op de in de vorige alinea gemaakte opmerkingen.

De leer van de parallelle belangen is ook van belang in verband met de toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste. De eigenaar van een buitendijks gelegen woning kan bijvoorbeeld beroep aantekenen tegen een projectplan ter landinwaartse verlegging van een nabij zijn woning gelegen waterkering. Hij kan daarbij stellen dat het plan onrechtmatig is en dus dient te worden vernietigd, omdat met de voorgenomen maatregelen zijns inziens niet het vereiste veiligheidsniveau zal worden geboden. De achterliggende reden voor zijn beroep is dat hij vreest voor ernstige overlast resulterend in een aantasting van zijn woongenot gedurende de werkzaamheden ten behoeve van het afgraven van de oude kering. Zijn beroep kan in dat geval niet reeds worden afgewezen wegens het ontbreken van relativiteit, met als argument dat de door hem ingeroepen norm slechts zou strekken tot de bescherming van een algemeen veiligheidsbelang. Toch moet de woningeigenaar zich niet te gauw rijk rekenen. Hij beroept zich immers op een norm die strekt tot de bescherming van andermans individuele belangen, die bovendien tegengesteld zijn aan zijn belang gevrijwaard te blijven van de aantasting van zijn woongenot. De ingeroepen norm met betrekking tot de waterveiligheid strekt niet tot de bescherming van zijn individuele veiligheidsbelang, aangezien hij buitendijks woont. Zijn beroep zal moeten worden afgewezen wegens het ontbreken van relativiteit, omdat zijn belangen niet binnen de beschermingsomvang van de geschonden norm vallen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

²⁶¹ Zie Schueler 2011a, p. 165.

²⁶² Zie Schueler 2011a, p. 166-168. Schueler noemt als voorbeeld Hof Den Haag 22 maart 2011, zaaknummer 105.002.405/01; HR 13 juli 2007, AB 2008, 155 m.nt. Van Ommeren (*Gasunie/Barneveld*); en ABRvS 28 juli 2010, zaaknummer 200906858/1/M1.

6.7.4.2. De beschermingsomvang van de onderscheiden zorgplichten

Het is voorts een relevante vraag welke belangen de bedoelde zorgplichten in het waterbeheer beogen te beschermen. Wat is de concrete beschermingsomvang van dergelijke zorgplichten? Duidelijk is dat de veiligheidsnormen en de normen ter bescherming tegen wateroverlast een gebiedsgebonden karakter hebben. Zij gelden immers voor dijkkringen, dan wel bij provinciale verordening aan te wijzen gebieden. Betekent dit dat slechts degenen die zich binnen dat gebied bevinden aanspraak kunnen maken op de beschermende werking daarvan? Het ligt voor de hand dat *hun* het ontbreken van relativiteit in beginsel niet zal worden tegengeworpen, mocht zich waterschade voordoen wegens enig tekortschieten in de betreffende zorgplichten. Het is echter niet uitgesloten dat zich door dergelijk tekortschieten ook waterschade voordoet in andere gebieden, waar andere beschermingsnormen gelden, of waar géén beschermingsnormen gelden, omdat het buitendijks gelegen gebieden betreft. Een strikte toepassing van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste brengt in dergelijke gevallen met zich dat die schade niet voor vergoeding in aanmerking kan komen, omdat de geschonden norm niet strekt tot de bescherming van de individuele vermogensbelangen binnen die andere gebieden. Dit valt voor buitendijks gelegen gebieden nog wel te verklaren, omdat daar überhaupt geen beschermingsnorm geldt, waarop gelaedeerden zich kunnen beroepen. In de gevallen waarin waterschade zich ‘via de achterdeur’ voordoet, kan de strikte toepassing van het relativiteitsbeginsel echter onwenselijke gevolgen hebben en de schijn van willekeur wekken. Het verdient aanbeveling om in voorkomende gevallen een soepelere toepassing aan dit beginsel te geven, bijvoorbeeld door te aanvaarden dat de beschermingsomvang van veiligheidsnormen zich, uitsluitend met het oog op de vergoeding van schade door een schending daarvan, ook kan uitstrekken buiten het gebied waarvoor deze primair zijn vastgesteld.

Een andere vraag in verband met de beschermingsomvang van de zorgplichten in het waterbeheer is tot de bescherming van welke soorten (vermogens)belangen deze beogen te strekken, en tegen welke soorten schade deze bescherming beogen te bieden. Bieden de zorgplichten slechts bescherming tegen directe aantastingen van vermogensbelangen door overstromingen, wateroverlast, verdroging of verzilting, of valt ook andere daaraan te relateren vermogensschade binnen het beschermingsbereik daarvan? Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat winkeliers hun omzet langdurig zien dalen, doordat een groot deel van hun klanten is getroffen door een overstroming en noodgedwongen elders een tijdelijke woonruimte moet betrekken. Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin de eigenaar van een transportbedrijf dat is gespecialiseerd in transport van en handel in lokale landbouwproducten zijn handel ineens ziet storten, doordat de oogsten door langdurige droogte zijn mislukt. In hoeverre zal ook deze economische schade vallen binnen het beschermingsbereik van de wettelijke zorgplichten? Een strikte toepassing van het relativiteitsbeginsel staat hier in de weg aan een succesvolle vordering tot schadevergoeding, terwijl een soepelere toepassing de mogelijkheid daartoe in beginsel openlaat. Overstromingen, wateroverlast en waterschaarste kunnen ontegenzeggelijk leiden tot maatschappelijke en economische ontwrichting. Toch moet in mijn ogen niet te gauw worden geconcludeerd dat

de zorgplichten in het waterbeheer strekken tot de bescherming tegen een in beginsel onbeperkt aantal soorten vermogensschade. De rechter dient dit bij de beoordeling van vorderingen tot schadevergoeding in ogenschouw te nemen. Een striktere toepassing van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste ligt hier in de rede.

6.7.5. Tussenconclusies

Uit bovenstaande volgt dat het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering van belang kan zijn. Dit vereiste beoogt in algemene zin de kring van personen te beperken die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding.²⁶³ Om daarop met succes aanspraak te kunnen maken, moet de geschonden norm namelijk strekken tot de bescherming van de individuele belangen waarin de eiser stelt te zijn getroffen. Ook publiekrechtelijke rechtsnormen kunnen strekken tot de bescherming van individuele belangen. Dat geldt in de eerste plaats voor de algemene en specifieke materiële en procedurele normen die gelden in het kader van de totstandkoming van besluiten en de uitvoering van andere overheidsgedragingen. Bij appellabele adaptatiebesluiten zal de 'schiftende werking' van het relativiteitsbeginsel echter grotendeels, zo niet volledig worden overschaduwed door die van de belanghebbendeneis. Die eis wordt in verband met andere overheidsgedragingen niet gesteld, zodat hier meer zelfstandig belang kan toekomen aan het relativiteitsvereiste. Ook de zorgplichten in het waterbeheer en de normen aan de hand waarvan deze worden geconcretiseerd, hebben de bescherming van individuele belangen ten doel. Er kan wel discussie bestaan over de vraag hoe ver de beschermende werking van dergelijke normen precies strekt. Daarover moet in de loop der tijd meer duidelijkheid ontstaan. Het lijkt erop dat de normen die gelden voor een bepaald gebied (zoals de veiligheidsnormen voor dijkringen) niet strekken tot de bescherming van individuele belangen buiten dat gebied. Ook lijkt het soort belangen dat bescherming geniet beperkt: veiligheidsnormen strekken slechts tot de bescherming tegen de gevolgen die in direct verband staan met de door de schending van die norm in het leven geroepen onveilige situaties. De laatstgenoemde beperking is niet zonder meer onterecht te noemen. Ik vraag me echter wel af of de wetgever zich bewust is geweest van de mogelijke onwenselijke gevolgen van de eerste. Een soepelere toepassing van het relativiteitsvereiste lijkt mij in dergelijke gevallen op haar plaats.

6.8. Conclusies

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre zich in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting bijzonderheden voordoen in verband met de toepassing of invulling van de afzonderlijke criteria voor de vestiging van aanspra-

²⁶³ Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste vormt hoofdzakelijk een beperking op de soort gronden die belanghebbenden tegen een besluit kunnen aanvoeren. Dit kan uiteindelijk ook van invloed zijn op de kring van personen die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Dit is echter niet het primaire doel van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste.

kelijkheid. Deze vraag is van belang om uitspraken te kunnen doen over en conclusies te kunnen verbinden aan de dreiging die in dat kader voor waterbeheerders uitgaat van het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen. Voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid moet een overheidsgedraging onrechtmatig zijn, moet een causaal verband bestaan tussen de schade en de onrechtmatige gedraging, en dient deze aan het overheidsorgaan te kunnen worden toegerekend. Ook het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW is in dit kader van belang. Hieronder zet ik per criterium de belangrijkste bevindingen op een rij.

6.8.1. Onrechtmatigheid

Voor de vestiging van aansprakelijkheid is het in de eerste plaats noodzakelijk dat een overheidsgedraging onrechtmatig is. Er bestaan drie onrechtmatigheidscategorieën, te weten ‘inbreuk op een recht’, ‘strijd met een wettelijke plicht’ en ‘strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Ik betoogde dat aan de eerste categorie in verband met klimaatschade geen zelfstandig belang toekomt; ook in verband met gevolgschade zal deze categorie niet van groot belang zijn, omdat naast het maken van een inbreuk op een subjectief recht in het overheidsaansprakelijkheidsrecht meestal ook enige vorm van onzorgvuldigheid is vereist. Aan de andere twee onrechtmatigheidscategorieën komt dus verreweg het meeste belang toe: een overheidsgedraging moet in strijd zijn met een geschreven dan wel ongeschreven rechtsregel, anders kan niet worden gesproken van een onrechtmatige gedraging en kan geen op onrechtmatigheid gebaseerd recht op de vergoeding van klimaat- of gevolgschade bestaan. Wat betreft die rechtsregels onderscheidde ik algemene en vaak abstracte kaderstellende rechtsregels en beginselen (geschreven en ongeschreven), bijzondere kaderstellende rechtsregels (geschreven), en wettelijke zorgplichten en taken.

Enig tekortschieten in een wettelijke zorgplicht levert een onrechtmatige gedraging op wegens strijd met de wet. Dat geldt ook, indien die zorgplicht mede wordt geconcretiseerd aan de hand van uit het ongeschreven recht, in het bijzonder de gevaarzettingsleer, voortvloeiende criteria. Zolang een waterbeheerder zich, met andere woorden, gedraagt in lijn met de op hem rustende zorgplichten, heeft hij niets te duchten van aansprakelijkheid wegens strijd met de wet. Dat betekent niet dat hij volledig is gevrijwaard van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ook uit het ongeschreven recht kunnen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering nog relevante gedragsregels voortvloeien, die bij schending een onrechtmatige gedraging opleveren wegens strijd met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Deze ongeschreven normen maken echter nadrukkelijk geen deel uit van de op waterbeheerders rustende publiekrechtelijke wettelijke zorgplichten, maar gelden ten opzichte daarvan als zelfstandige aanvullende privaatrechtelijke normen. In uitzonderlijke gevallen kunnen uit het ongeschreven recht ook strengere beschermingsnormen voortvloeien, dan de wettelijke normen voorschrijven. Hiervan kan sprake zijn in geval de wettelijke normen moeten worden geacht te zijn verouderd. De rechter dient zich wat dat betreft wel uiterst terughoudend op te stellen.

Het is, ten slotte, van algemeen belang dat waterbeheerders bij de invulling en tenuitvoerlegging van hun wettelijke taken en bevoegdheden veel discretionaire ruimte toekomt. Deze discretionaire ruimte vormt de belangrijkste algemene beperking op de ruimte voor de bevoegde rechter om de rechtmatigheid van overheidsgedragingen in dat kader te beoordelen. De rechter mag overheidsgedragingen slechts toetsen aan het geldende recht en mag zich geen oordeel vormen over de politieke juistheid van de gemaakte beleidskeuzen. Het kan, met het oog op onzekere klimaatrisico's, in mijn ogen wel als onzorgvuldig (en dus onrechtmatig) worden beschouwd, indien waterbeheerders deze risico's in hun beleids- en besluitvorming volkomen links laten liggen. De discretionaire ruimte maakt het echter lastig voor de rechter om te beoordelen of een waterbeheerder in zijn beleid en besluiten voldoende en op een juiste wijze anticipeert op dergelijke risico's. Nadere wettelijke voorschriften kunnen de rechter (en overigens ook de waterbeheerder) wat dat betreft betere handvatten bieden.²⁶⁴ De beleidsvrijheid zal echter ook dan nog paal en perk stellen aan de mate waarin de rechter overheidsgedragingen mag toetsen. Het onrechtmatigheidscriterium zal daarom, vooral in verband met klimaatschade, over het algemeen een hoge drempel opwerpen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten.

6.8.2. Formele rechtskracht

In het kader van appellabele adaptatiebesluiten geldt het beginsel van de formele rechtskracht. Indien een besluit formele rechtskracht heeft, wordt het geacht rechtmatig te zijn in al zijn facetten en kan de rechter zich hierover geen rechtmatigheidsoordeel meer vormen. De formele rechtskracht kan zich onder bepaalde omstandigheden ook uitstrekken over de feitelijke handelingen die aan een besluit voorafgaan en ook over uitvoeringshandelingen. Waterbeheerders dragen overigens het risico van aansprakelijkheid voor en de kosten van de ongedaanmaking van de uitvoering van adaptatiebesluiten, indien deze worden vernietigd en dus geen formele rechtskracht krijgen. De toepassing van het beginsel van de formele rechtskracht is in veel opzichten onmisbaar en rechtvaardig, maar leidt mijns inziens tot onaanvaardbare ongelijkheid tussen belanghebbenden en niet-belanghebbenden in gevallen waarin zich klimaatschade voordoet wegens inadequaate besluiten, waarvan de betrokken waterbeheerder in tegenstelling tot de benadeelde de inadequaetheid ten tijde van het nemen daarvan kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Ik bepleitte daarom in dergelijke gevallen de mogelijkheid te aanvaarden een uitzondering op de formele rechtskracht te maken, teneinde deze ongelijkheid op te heffen. Dat leidt op een minder omslachtige wijze tot hetzelfde resultaat als het aanvaarden van een 'beperkte houdbaarheid' van de formele rechtskracht. Hoewel de formele rechtskracht dus vaak in de weg kan staan aan de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor schade wegens onrechtmatige adaptatiebesluiten, moet dit beginsel niet zonder meer worden beschouwd als absolute vrijwaring van aansprakelijkheid voor gevolgschade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

²⁶⁴ Zie ook mijn aanbevelingen in paragraaf 4.4.4 en 4.4.5.

6.8.3. Causaliteit

Voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid dient een causaal verband te bestaan tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. Daarbij zijn twee elementen van belang, namelijk het *condicio-sine-qua-non*verband en de toerekening naar redelijkheid. Ik betoogde met het oog op dat eerste aspect dat het over het algemeen eenvoudiger zal zijn een dergelijk verband aannemelijk te maken tussen een concreet aanwijsbare handeling en gevolgschade, dan tussen een nalatigheid en klimaatschade. De causaliteitseis kan in dat laatste geval dus een hoge drempel opwerpen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade. Anderzijds kan juist in de gevallen waarin wordt tekortgeschoten in wettelijke zorgplichten – en dan vooral die met betrekking tot de waterveiligheid – aanleiding bestaan de bewijslast ten aanzien van het causale verband om te keren. De waterbeheerder dient dan aannemelijk te maken dat de schade ook zou zijn ontstaan ondanks zijn nalatigheden. Een en ander vergroot de kans op aansprakelijkheid, aangezien het risico dat de rechter het bewijs niet toereikend acht, rust op de waterbeheerder en niet op de benadeelde. Wat betreft de toerekening naar redelijkheid betoogde ik dat in verband met de wettelijke zorgplichten voor de waterveiligheid – hoofdzakelijk met het oog op de aard van die zorgplichten – aanleiding bestaat voor een ruime toerekening. In verband met de niet nader geconcretiseerde zorgplichten betoogde ik juist het tegenovergestelde. Daarbij dient uiteraard te worden bedacht dat uiteindelijk alle omstandigheden van het concrete geval van belang zijn voor de uiteindelijke beantwoording van de toerekeningsvraag, en dat bovenstaande dus slechts als uitgangspunt kan worden gehanteerd. Ten slotte dient ten aanzien van vernietigde appellabele besluiten en andere publiekrechtelijke rechtshandelingen te worden bedacht dat het causaal verband moet bestaan tussen de gevolgschade en de overheidsgedraging die aanleiding gaf voor de vernietiging. Dit kan voor benadeelden vooral bij een vernietiging op procedurele gronden tot bewijsproblemen leiden, omdat daarmee niet zonder meer vaststaat dat het besluit inhoudelijk anders had moeten luiden. Dergelijke problemen doen zich in mindere mate voor bij een vernietiging op materiële gronden.

6.8.4. Toerekenbaarheid

In het overheidsaansprakelijkheidsrecht vindt de toerekening van een onrechtmatige gedraging in de regel plaats krachtens verkeersopvatting, zodat kan worden gesteld dat dit criterium over het algemeen geen hoge drempel opwerpt voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid. Indien een benadeelde de onrechtmatigheid van een overheidsgedraging voldoende aannemelijk kan maken, is de toerekenbaarheid daarvan in beginsel gegeven. Zowel de bestuursrechter, als de burgerlijke rechter houdt stevig vast aan deze regel, hoewel het feitelijk niet onmogelijk lijkt daarop uitzonderingen te maken. Wie die mogelijkheid wil aanvaarden, moet echter wel erkennen dat hiervan terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Ik betoogde dat in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in de meeste gevallen geen behoefte zal bestaan aan een uitzondering op deze regel. Slechts in de gevallen waarin klimaatrisico's zijn

omgeven met een zeer grote en bijzondere mate van onzekerheid, zou aanleiding kunnen bestaan een uitzondering op de hoofdregel te aanvaarden. Op die wijze kan de nodige nuance worden aangebracht in gevallen waarin niet kan worden ontkend dat is tekortgeschoten in een wettelijke zorgplicht, maar waarin de toerekening naar verkeersopvatting tot een onbevredigend eindresultaat leidt.

6.8.5. Relativiteit

Ten slotte kan het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW in de weg staan aan een succesvolle vordering tot de vergoeding van klimaat- dan wel gevolgschade. De geschonden norm moet immers wel strekken tot de bescherming van de individuele belangen waarin de benadeelde stelt te zijn getroffen. In de eerste plaats is dus de vraag relevant of de geschonden norm überhaupt wel strekt tot de bescherming van individuele belangen. Voorts komt belang toe aan de vraag of deze norm daadwerkelijk strekt tot de bescherming van de belangen van de eiser en of deze hem daadwerkelijk beschermt tegen de schade, zoals hij die heeft geleden. Ik betoogde dat het beschermingsdoel van de meeste omgevingsrechtelijke normen ook strekt tot de bescherming van individuele belangen. Deze lopen immers parallel aan het algemene belang dat daarmee wordt gediend. De in het arrest *Duwbak Linda* ontwikkelde lijn gaat mijns inziens in verband met dergelijke zorgplichten niet op. In het kader van de zorgplichten in het waterbeheer kan het relativiteitsvereiste met het oog op de beschermingsomvang daarvan echter wel een drempel opwerpen. Het lijkt er immers op dat de beschermende werking van dergelijke plichten gebiedsgebonden is. Het is echter niet uit te sluiten dat het tekortschieten daarin ook schade veroorzaakt buiten de begrenzingen van het gebied waarvoor zij gelden. Omdat dat vanuit het perspectief van de schadevergoeding in individuele gevallen tot schijnbaar willekeurige uitkomsten kan leiden, pleit ik ervoor in dergelijke gevallen een soepele toepassing te geven aan het relativiteitsvereiste, dan wel te aanvaarden dat de beschermende werking van de gestelde normen ook kan worden ingeroepen buiten het gebied waarvoor deze primair zijn vastgesteld. Anderzijds dient het beschermingsbereik van de zorgplichten in het waterbeheer niet zo ruim te worden uitgelegd, dat daaronder ook allerlei vormen van afgeleide schade komen te vallen. In dat opzicht is een striktere toepassing van het relativiteitsvereiste op haar plaats.

≈ 7 Opstellenaansprakelijkheid wegens gebreken aan waterstaatswerken

7.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre waterbeheerders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor klimaatschade door gebreken aan de waterstaatswerken die zij beheren. Het kan immers voorkomen dat gelaedeerden een vordering tot de vergoeding van water- of klimaatschade baseren op de (risico)aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen ex art. 6:174 lid 1 BW. Dit gebeurde bijvoorbeeld in de spraakmakende zaak betreffende de verschuiving van een veenkade in Wilnis in de zomer van 2003.¹ Een bijzondere vraag die hieronder aan bod komt betreft de toegevoegde waarde van art. 6:174 BW naast de toepasbaarheid van art. 6:162 BW.² Mijn betoog strekt tot de conclusie dat gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterstaatswerken die zijn aan te merken als opstal, buiten de werkingssfeer van art. 6:174 BW zouden moeten vallen. Ter onderbouwing van die conclusie draag ik hieronder een aantal argumenten aan, die leiden tot de aanbeveling art. 6:174 BW in dat opzicht te wijzigen.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 7.2 ga ik in kort bestek in op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen in algemene zin. In paragraaf 7.3 bespreek ik de verschillende vestigingscriteria van deze aansprakelijkheidsvariant in het licht van de water- en klimaatschade door gebrekkige waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstal. In bepaalde onderdelen van mijn betoog vormt de *Wilnis*-zaak een rode draad. Ik formuleer in elke subparagraaf argumenten tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in het Nederlandse waterbeheer. Ik sluit af met de nodige conclusies en aanbevelingen in paragraaf 7.4.

7.2. Risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen in vogelvlucht

7.2.1. Kort over fout- en risicoaansprakelijkheid

In het privaatrecht worden grofweg drie categorieën van aansprakelijkheid onderscheiden,³ te weten de aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige gedragingen, de

1 Het verdient hier opmerking dat het Koninklijk Nederlands Waternetwerk in samenwerking met het Instituut voor Bouwrecht op 29 september 2011 naar aanleiding van de *Wilnis*-zaak een studiemiddag heeft georganiseerd. Tijdens deze studiemiddag kwamen verschillende problemen ten aanzien van de toepassing van het systeem van de opstellenaansprakelijkheid in het Nederlandse waterbeheer aan de orde.

2 Vgl. Hartlief 2012, p. 216-219.

3 De aansprakelijkheid voor *rechtmatige* overheidsgedragingen betreft een bijzondere vorm van aansprakelijkheid, die in het privaatrecht niet als zodanig wordt erkend.

aansprakelijkheid voor andermans (onrechtmatige) gedrag, en de aansprakelijkheid voor gebrekkige of gevaarlijke zaken, opstallen of stoffen.⁴ De eerste categorie betreft de klassieke vorm van foutaansprakelijkheid; de andere twee betreffen vormen van risicoaansprakelijkheid.⁵ Bij foutaansprakelijkheid is verwijtbaar *verkeerd gedrag* de belangrijkste rechtsgrond voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding. Onder rechtsgrond verstaat men de uiterste ‘kern’, waartoe concrete aansprakelijkheidsregels zijn terug te voeren.⁶ Engelhard en Van Maanen onderscheiden vijf ‘goede gronden’ voor de afwenteling van schade, te weten verkeerd gedrag, schending van een vrijelijk aangegane verplichting, de vrijwillige belofte om schade te vergoeden, solidariteit, en andere vormen van niet-gerechvaardigde onevenheid die tot schadevergoeding noopen.⁷ Bij risicoaansprakelijkheid staat traditioneel niet het verwijtbaar onrechtmatige gedrag aan de zijde van laedentes centraal, maar gaat het hoofdzakelijk om risico’s die volgens de wetgever of indirect volgens de publieke opinie voor rekening van een daartoe verantwoordelijke partij behoren te komen.⁸ De rechtsgrond voor dergelijke vormen van aansprakelijkheid wordt dan ook gevonden in de *solidariteit*.⁹ In de volgende paragrafen beperk ik me tot de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW).¹⁰

7.2.2. Criteria voor de vestiging van opstalaansprakelijkheid

Het eerste lid van art. 6:174 BW luidt: ‘De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling [Afdeling 6.3.1 BW, onrechtmatige daad; toevoeging HKG] zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.’ Voor de vestiging van opstalaansprakelijkheid gelden enkele criteria, die hieronder in kort bestek aan bod komen. Daarbij verdient het opmerking dat deze criteria zich – in tegenstelling tot de vestigingscriteria uit art. 6:162 BW – lastig afzonderlijk van elkaar laten bespreken. Gesteld kan zelfs worden dat het in feite één samengesteld criterium betreft: er dient zich schade te hebben voorgedaan door een gebrek aan een opstal.

4 Andere voorbeelden van grondslagen voor aansprakelijkheid zijn bijvoorbeeld wanprestatie (art. 6:74 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Deze grondlagen blijven in dit proefschrift buiten beschouwing.

5 Zie voor een bespreking van het verschil tussen foutaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid Hartlief 1996, p. 201-225.

6 Zie Engelhard & Van Maanen 2008, p. 3.

7 Zie Engelhard & Van Maanen 2008, p. 5-7.

8 Zie Spier e.a. 2006, p. 5-7.

9 Zie Engelhard & Van Maanen 2008, p. 6 en 69.

10 Zie in algemene zin over deze vorm van aansprakelijkheid Klaassen 1991, p. 104-121 en Spier e.a. 2006, p. 107-113.

7.2.2.1. Gebrekkige opstallen

Voor een succesvol beroep op deze bepaling moet het dus in de eerste plaats gaan om een *gebrekkige opstal*. Indien daarvan sprake is en er door dat gebrek schade ontstaat aan personen of zaken, dan is de bezitter van de opstal in beginsel aansprakelijk, ook zonder dat hem een verwijt kan worden gemaakt. Maar wanneer is er sprake van een gebrekkige opstal, of concreter: wat is een opstal in de zin van art. 6:174 BW en wanneer kleeft daaraan een gebrek? In art. 6:174 lid 4 BW wordt uiteengezet wat in dit artikel onder de term ‘opstal’ wordt verstaan. Het gaat om gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken. Het ligt voor de hand om wat dit betreft aansluiting te zoeken bij art. 3:3 lid 1 BW, zij het dat de grond, de daarmee verenigde beplanting en de nog niet gewonnen delfstoffen niet onder de definitie vallen. Het moet immers gaan om kunstmatige, dus door mensenhanden opgerichte, structuren.¹¹ Vooruitlopend op paragraaf 7.3.2, verdient het hier reeds vermelding dat ook de meeste waterstaatswerken, zoals dijken, (veen)kaden, sluizen, gemalen en dammen als opstallen kunnen worden aangemerkt.

Wanneer kleeft er aan een opstal nu een gebrek dat aanleiding geeft voor toepassing van art. 6:174 BW? Strikt genomen, kan men spreken van een gebrek, indien de feitelijke fysieke gesteldheid van een opstal gevaar oplevert voor personen of zaken. Art. 6:174 lid 1 BW eist voorts dat het gevaar moet leiden tot het oordeel dat de opstal ‘niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen’. Dit is een lastig normatief criterium, maar vormt wel de kern van het systeem van de opstalaansprakelijkheid. In veel gevallen zal wel duidelijk zijn welke eisen men onder ‘normale omstandigheden’ aan een opstal mag stellen. Opstallen worden niet geacht bij het minste of geringste in te storten of anderszins schade te veroorzaken. Doen zij dat wel, dan is er kennelijk sprake van een (verborgen) gebrek dat een gevaar in het leven roept. De ‘gegeven omstandigheden’ zijn echter niet altijd de ‘normale omstandigheden’, en gebreken zijn aan de orde van de dag, maar lang niet altijd bekend. Het is dus juist de vraag *welke eisen* men redelijkerwijs onder *welke omstandigheden* aan opstallen mag stellen. Daarbij dient te worden bedacht dat bepaalde gebeurtenissen de gegeven omstandigheden kunnen doen afwijken van de normale. Of de omstandigheden in een concreet geval ook daadwerkelijk leiden tot de conclusie dat een opstal niet voldoet aan de eisen die men daaronder aan dergelijke opstallen mag stellen, staat van geval tot geval ter beoordeling aan de bevoegde rechter. Daarbij bestaat overigens vaak overlap met het toepassingsbereik van de gevaarzettingsleer op grond van art. 6:162 BW.¹²

11 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 753-754.

12 Zie Engelhard & Van Maanen 2008, p. 64 en 68-69. Zie ook Sieburgh 2000, p. 187-194.

7.2.2.2. Verwezenlijking van gevaar door een gebrek

Voorts is relevant dat *door* de gebrekkige gesteldheid van de opstal *gevaar voor personen of zaken* moet bestaan en dat dit gevaar zich ook daadwerkelijk moet *verwezenlijken*. Uit deze samenstelling volgt dat er een causaal verband moet bestaan tussen enerzijds het gebrek, en anderzijds de schade die de verwezenlijking van het uit dat gebrek voortvloeiende gevaar met zich brengt – al staat dat er niet met zoveel woorden.¹³ Het lijkt er bij eerste lezing van art. 6:174 lid 1 BW op dat dit verband slechts is vereist tussen het gebrek en het gevaar voor personen of zaken. Door het vereiste van de verwezenlijking van het gevaar wordt dit verband in mijn ogen echter ‘doorgetrokken’ naar de schade. Dat levert de logische redenering op dat de schade ontstaat *door* de verwezenlijking van het gevaar dat *door* het gebrek in het leven wordt geroepen. Zolang een gevaar zich dus niet verwezenlijkt, bestaat er geen aanleiding voor toepassing van art. 6:174 BW, ook al kleven aan een opstal wel degelijk gebreken. Ook dat is logisch. Bekendheid met het gebrek en het daarmee gepaard gaande gevaar is overigens met nadruk geen criterium voor de toepasbaarheid van dit artikel. Art. 6:174 BW lijkt zelfs uit te gaan van een veronderstelde onbekendheid met het gebrek en het daaruit voortvloeiende gevaar.¹⁴ De *onkenbaarheid* van een gebrek kan echter wel een obstakel vormen voor de vestiging van opstellenaansprakelijkheid.¹⁵ Bekendheid met een gebrek kan overigens aanleiding geven voor toepassing van art. 3:296 lid 1 BW.

7.2.2.3. De bezitter is aansprakelijk

Art. 6:174 lid 1 BW stelt dat de *bezitter* van de opstal aansprakelijk is, indien zich schade voordoet door een gebrek aan een opstal. Wat betreft de uitleg van deze term dient aansluiting te worden gezocht bij de definitie van ‘bezit’ ex art. 3:107 lid 1 BW; de bezitter is degene die een goed, zoals een opstal, houdt voor zichzelf. Er dient op te worden gewezen dat dit dus niet per se de eigenaar ex art. 5:1 lid 1 BW van de opstal hoeft te zijn, want eigendom en bezit kunnen in verschillende handen liggen. Wel wordt degene die in de openbare registers staat ingeschreven als eigenaar van de opstal of van de grond, op basis van art. 6:174 lid 5 BW vermoed de bezitter van de opstal te zijn. Daarnaast rust bij erfpacht de aansprakelijkheid op de bezitter van het erfpachtrecht (zie art. 6:174 lid 2, eerste volzin BW). Bij openbare wegen rust zij op het overheidslichaam dat zorg draagt voor de goede staat van de weg, en bij kabels en leidingen in beginsel op de beheerder daarvan (tweede volzin). Deze partijen hoeven dus noch eigenaar, noch bezitter te zijn van de weg c.q. de kabels of leidingen. Het bestaan van de zorgplicht of beheertaak is voor de wetgever kennelijk aanleiding geweest om ook de risicoaansprakelijkheid op deze partijen te laten rusten. Het is overigens niet onge-

¹³ De term ‘schade’ komt in art. 6:174 BW niet voor. In plaats daarvan spreekt dat artikel van de ‘verwezenlijking van het gevaar’ dat het gebrek in kwestie oplevert. Ik zie echter niet in waarom met deze terminologie op iets anders zou worden gedoeld dan schade, zoals die term ook wordt gebezigd in art. 6:162 BW.

¹⁴ Deze hypothetische onbekendheid is ook relevant bij de toepassing van de in art. 6:174 lid 1 BW opgenomen en hierna te bespreken ‘tenzij’-clausule.

¹⁵ Zie paragraaf 7.3.5.

bruikbaar dat de beheerder van waterstaatswerken niet tevens de bezitter daarvan is.¹⁶ In paragraaf 7.3.4 ga ik nader in op de mogelijke implicaties daarvan.

7.2.2.4. De tenzij-clausule

De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is aansprakelijk voor de schade die ontstaat, wanneer dit gevaar zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Dit is de hoofdregel binnen het systeem van opstalaansprakelijkheid. Kleeft aan de opstal een gebrek dat zich verwezenlijkt met schade als gevolg, dan is de bezitter daarvan aansprakelijk. Van enige schuld of enig verwijt aan de zijde van de beheerder hoeft bij deze vorm van 'kwalitatieve' aansprakelijkheid dus geen sprake te zijn. Op deze regel geldt een belangrijke uitzondering. De bezitter is namelijk aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van afdeling 6.3.1 BW *zou hebben ontbroken* indien hij het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan *zou hebben gekend*. Deze clausule is tamelijk gecompliceerd, omdat wordt uitgegaan van een dubbele hypothetische situatie: zou aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hebben ontbroken indien de bezitter het gevaar op het ontstaansmoment zou hebben gekend? In de literatuur wordt overigens gesteld dat deze tenzij-clausule vooral betrekking heeft op overmacht- of noodsituaties.¹⁷

Het doel van deze tenzij-clausule is aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW te laten aansluiten op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.¹⁸ De tenzij-clausule heeft, volgens de parlementaire geschiedenis, drie functies. Ten eerste heeft de wetgever willen voorkomen dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen verdergaande gevolgen kan hebben dan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dat zou goed denkbaar zijn, aangezien deze vorm van aansprakelijkheid geen schuld- of verwijtbaarheids criterium in zich draagt, en dus wat dat betreft onbegrensde vormen zou kunnen aannemen. Daarnaast heeft de wetgever willen aangeven van welke vereisten voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt geabstraheerd. Dat is hoofdzakelijk het onrechtmatigheids criterium. Ten slotte wil de wetgever hiermee moeilijkheden met het oog op vaststelling van het causale verband tussen gebrek, gevaar en schade voorkomen.¹⁹ Onder meer Klaassen heeft overigens haar kritiek geuit op deze door de wetgever onderscheiden functies, vooral op de laatste.²⁰

Een beroep op de tenzij-clausule heeft dus slechts kans van slagen indien de bezitter bij de veronderstelde bekendheid met het gevaar niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van onrechtmatige daad. Dat kan bijvoorbeeld wanneer hem in dergelijke hypothetische situaties geen verwijt kan worden gemaakt, of wanneer een rechtvaardigingsgrond, zoals overmacht, de onrechtmatigheid aan zijn gedrag ontnemt. Hierbij is vaak de vraag van belang of en binnen welke termijn de bezitter

16 Zo zijn honderden kilometers dijken in bezit bij particulieren of medeoverheden.

17 Zie Spier e.a. 2006, p. 104.

18 Zie Klaassen 1991, p. 100 en 121. Zie tevens Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 748.

19 Zie Klaassen 1991, p. 100-102 en p. 121. Zie tevens Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 748.

20 Zie Klaassen 1991, p. 102-104.

redelijkerwijs voorzorgsmaatregelen had kunnen treffen om de (plotseling ontstane) gevaarlijke situatie te beëindigen of te waarschuwen voor het gevaar. De beantwoording van deze vraag verschilt van geval tot geval. In sommige situaties kan van bezitters worden verwacht dat zij direct na het ontstaan van het gevaar maatregelen treffen – het kan dan een kwestie van minuten zijn. In andere situaties kan hun een langere tijd zijn gegund om het gevaar weg te nemen of voorzorgsmaatregelen te treffen.

7.3. Risicoaansprakelijkheid voor water- en klimaatschade door gebrekkige waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstal?

7.3.1. Algemeen

Na deze bondige uiteenzetting van het systeem van de opstellenaansprakelijkheid ex art. 6:174 BW rijst de vraag in hoeverre dit systeem met succes kan worden ingeroepen in situaties waarin klimaatschade is ontstaan door gebreken aan waterstaatswerken.²¹ Welke (algemene) dreiging van aansprakelijkheid gaat, met andere woorden, voor de beheerders van waterstaatswerken uit van dit systeem in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? Aansprakelijkheid valt in dit kader niet op voorhand uit te sluiten, om de simpele reden dat veel waterstaatswerken vallen aan te merken als opstellen, waaraan uiteraard de nodige gebreken kunnen kleven. Een gebrekkige waterkering kan bijvoorbeeld bezwijken onder de waterdruk, met een overstroming of wateroverlast als gevolg. Maar men kan ook denken aan gebreken aan (pompen van) gemalen of andere kunstwerken, waardoor zich wateroverlast kan voordoen. Voor gelaedeerden kan het onder omstandigheden lastig zijn te achterhalen en te bewijzen dat dergelijke gebreken zijn ontstaan door fouten of nalatigheden van de betrokken beheerder.²² Aangezien bij de vestiging van opstellenaansprakelijkheid geen criterium van verwijtbaarheid geldt, kan dit aansprakelijkheidssysteem voor gelaedeerden een lonkend perspectief bieden. De schijn bestaat immers dat de bezitter van een opstal zonder meer het risico draagt van de schade ten gevolge van gebreken aan die opstal, of die gebreken nu bekend of onbekend waren. Toch leidt de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in het waterbeheer, zoals hieronder zal blijken, tot onwenselijke en onaanvaardbare gevolgen.

7.3.2. Overzicht van argumenten tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in het waterbeheer

Het betoog dat ik hieronder voer, strekt ertoe het systeem van de aansprakelijkheid voor schade door gebrekkige opstellen in het kader van het waterbeheer buiten toepassing te verklaren, althans voor zover zich door dergelijke gebreken water- of klimaatschade voordoet.²³ Dat betoog is gefundeerd op een viertal nauw samenhan-

²¹ Zie voor een veelomvattende analyse van de *Wilnis*-zaak Hartlief 2012, p. 201-234.

²² Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 753.

²³ Gebreken aan waterstaatswerken kunnen immers ook leiden tot schade die niet onder de definitie van water- of klimaatschade valt te brengen. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin de bovenlaag van een

gende juridisch-technische en rechtspolitieke argumenten. Ik zet die argumenten in deze paragraaf globaal uiteen. Ten *eerste* vallen veel waterstaatswerken, zoals gezegd, aan te merken als opstallen, maar is de beheerder van die waterstaatswerken lang niet altijd aan te merken als de bezitter daarvan naar burgerlijk recht. In veel gevallen zullen gelaedeerden op basis van art. 6:174 lid 1 BW dus slechts een particuliere bezitter aansprakelijk kunnen stellen, terwijl deze niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het onderhoud en de goede gesteldheid van waterstaatswerken. Dit is immers een expliciete wettelijke taak van de beheerder. De handhaving van deze wettelijke taakstelling kan beter plaatsvinden door middel van het uniforme systeem van de aansprakelijkheid op grond van art 6:162 BW (tekortschieten in een wettelijke beheertaak). Dat systeem is immers óók van toepassing in de gevallen waarin de beheerder niet tevens bezitter is. Ten *tweede* spoort het systeem van de opstallenaansprakelijkheid ook niet goed met de beheeropgave in het waterbeheer, omdat dit systeem de discretionaire ruimte van beheerders bij de invulling en tenuitvoerlegging van hun wettelijke taken op onaanvaardbare wijze in het gedrang brengt. Uit de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft in de *Wilnis*-zaak, volgt namelijk dat de rechter de mogelijkheid heeft de beleidsvrijheid weg te strepen tegen het belang van de waterveiligheid. Zodoende maakt hij feitelijk een beleidskeuze die juist de beheerder behoort te maken. Dit is een zwaarwegend argument. Ten *derde* is de tenzij-formule ex art. 6:174 lid 1 BW niet goed toegesneden op de zich in het waterbeheer relatief vaak voordoende situaties, waarin een gevaar op een sluipende wijze is ontstaan of het gevolg is van een aaneenschakeling van afzonderlijke (ver) in de tijd uiteen liggende gebeurtenissen. Ten *vierde* kan met Spier worden beargumenteerd dat een strikte toepassing van de opstallenaansprakelijkheid in het waterbeheer kan leiden tot een oncontroleerbare en ontwrichtende (dreiging van) overheidsaansprakelijkheid. Dit is de kern van het onderstaande betoog. In de verschillende passages daarvan zal ik deze argumenten nader toelichten.

7.3.3. Welke (soorten) waterstaatswerken zijn aan te merken als opstallen?

Voor de toepasbaarheid van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid is het in de eerste plaats relevant dat de schade het gevolg is van een gebrek aan een *opstal*. Het is dus primair de vraag welke waterstaatswerken vallen aan te merken als opstallen in de zin van art. 6:174 BW. Is een waterstaatswerk geen opstal, dan kan er immers geen dreiging uitgaan van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid. Het vierde lid van dat artikel bepaalt dat het moet gaan om 'gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken'. Onder waterstaatswerken worden zowel oppervlaktewaterlichamen, als bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken verstaan.²⁴ Hieronder ga ik per categorie waterstaatswerken na of en in hoeverre het systeem van

dijktaalud afschuift door een gebrek in de constructie van de dijk. Dergelijke soorten schade vallen buiten het bestek van dit proefschrift.

²⁴ Zie art. 1.1 Waterwet.

de opstellenaansprakelijkheid daarop reeds op grond van dit criterium van toepassing kan zijn.

7.3.3.1. Oppervlaktewaterlichamen

Op het eerste gezicht lijkt duidelijk dat de categorie oppervlaktewaterlichamen in het geheel niet onder de gegeven definitie van opstallen valt.²⁵ Voor het vrij aan het oppervlak voorkomende water en de daarin aanwezige stoffen geldt dit zonder meer. Met het oog op de bijbehorende waterbodem en oevers kan te dien aanzien echter nog wel enige discussie bestaan. Dergelijke elementen kunnen langs een natuurlijke weg tot stand komen, maar het is tegenwoordig ook niet uitgesloten dat menselijk ingrijpen heeft bijgedragen aan de (duurzame) bestemming of functie daarvan. Zo kunnen in, op of tegen oevers allerhande verstevigende voorzieningen zijn aangebracht om afkalving tegen te gaan, of om bepaald functioneel gebruik van de oever mogelijk te maken of te stimuleren. Ook kunnen op of in de waterbodem voorzieningen zijn aangebracht om geleidelijke uitdieping van de waterloop te voorkomen. Men kan zich afvragen of dergelijke voorzieningen opstallen zijn, of dat de aanwezigheid daarvan de waterbodem of oever vermaken tot opstal. In mijn ogen zal de mate van de aanwezigheid van dergelijke voorzieningen en de mate waarin zij bijdragen aan het behoud van oevers of waterbodems in het licht van hun bestemming en functie, van belang zijn bij de beoordeling of men al dan niet te maken heeft met opstallen. Het is dus niet uitgesloten dat de opstellenaansprakelijkheid hierop van toepassing is.

7.3.3.2. Bergingsgebieden

Voorts kan men zich afvragen of bergingsgebieden als zodanig zijn aan te merken als opstallen. Uit de wettelijke definitie daarvan vallen voor de beantwoording van deze vraag weinig relevante aanknopingspunten te vinden. Bergingsgebieden hebben (mede) de berging van water als functie en zullen dus met het oog op die functie (moeten) worden ingericht. Dat kan onder meer gebeuren door het aanbrengen van verschillende soorten voorzieningen voor de gecontroleerde inlaat van water, de begrenzing of afsluiting van het gebied, de versteviging van dergelijke begrenzingen, of het afvoeren van water na een periode waarin een beroep is gedaan op de bergingsfunctie. Dergelijke voorzieningen zijn aan te merken als (ondersteunende) kunstwerken en dus als waterstaatswerken. Ik zal hierna betogen dat dit ook opstallen kunnen zijn in de zin van art. 6:174 BW. Het gebied als zodanig (i.e. de grond met de waterbergingsfunctie) valt niet onder het begrip 'opstal', in mijn ogen ook niet wanneer hieraan maatregelen zijn verricht ter egalisering of verlaging van het maaiveld. Een bergingsgebied is dus wel een waterstaatswerk in de zin van de Waterwet, maar geen

²⁵ Een oppervlaktewaterlichaam is een 'samenhangend geheel van vrij aan het oppervlak voorkomend water, met de daarin aanwezige stoffen, met inbegrip van de bijbehorende bodem, oevers en, voor zover uitdrukkelijk aangewezen krachtens deze wet [i.e. de Waterwet; HKG], drogere oevergebieden, alsmede flora en fauna'. Zie art. 1.1 Waterwet.

waterstaatswerk waarop het systeem van de opstallenaansprakelijkheid van toepassing is. Dat kan echter wel gelden voor de aangebrachte voorzieningen.

7.3.3.3. Kunstwerken

Kunstwerken komt men tegen in vele verschillende soorten en maten. Het kan gemalen of andere pomp- of spui-installaties betreffen, maar ook sluizen, duikers, dammen, stuwen, of bepaalde keer-, afsluit- of inlaatmechanismen. Kunstwerken kunnen een zelfstandige functie hebben, maar kunnen ook een ondersteunende rol spelen bij de functievervulling van andere waterstaatswerken. Dergelijke kunstwerken zijn nadrukkelijk ook waterstaatswerken in de zin van de Waterwet en maken in die hoedanigheid onderdeel uit van het watersysteem, zodat de wettelijke beheertaak zich ook daarover uitstrekt.²⁶ Over het algemeen zijn deze kunstwerken duurzaam met de grond verenigd, al dan niet door vereniging met andere gebouwen of werken. Zij kunnen dus aan te merken zijn als opstallen in de zin van art. 6:174 lid 4 BW. Ook wanneer een kunstwerk met het oog op een bepaalde functie slechts tijdelijk is aangebracht of aangelegd, zoals een tijdelijk afsluit- of inlaatmechanisme, dient dit in mijn ogen te worden aangemerkt als een opstal, uiteraard mits sprake is van duurzame vereniging met de grond. Een en ander kan dus slechts uitzondering lijden, indien niet kan worden gesproken van duurzame vereniging met de grond. Het betreft dan hoofdzakelijk gevallen waarin bepaalde kunstwerken verplaatsbaar zijn, waarbij men bijvoorbeeld denke aan verplaatsbare pompinstallaties.

7.3.3.4. Waterkeringen

De laatste categorie waterstaatswerken zijn waterkeringen. Ook waterkeringen komt men in Nederland tegen in vele soorten en maten. Indien een waterkering welbewust en met het oog op haar waterkerende functie en bestemming is aangelegd door ophoging van de grond, eventueel in combinatie met het daarin of daarop aanbrengen van verstevigende voorzieningen, zal weinig twijfel bestaan over de vraag of men te maken heeft met een opstal. Desalniettemin ontstond, naar aanleiding van de kaderverschuiving in Wilnis in 2003, de nodige juridische discussie over de vraag of veenkaden – de kade in Wilnis in het bijzonder – inderdaad vallen aan te merken als opstal in de zin van art. 6:174 lid 4 BW. Het betrokken hoogheemraadschap²⁷ voerde aan dat de kade in kwestie niet kan worden aangemerkt als opstal, omdat het geen ‘gebouwde constructie’ betreft. De kade is, aldus het hoogheemraadschap, immers ontstaan door het uitgraven van de Ringvaart ten behoeve van de drooglegging van de polder Groot Mijdrecht, en deze bestaat behoudens de toplaag uit overwegend ongeroerd materiaal. De rechtbank, het hof en de Hoge Raad volgden het hoogheemraadschap niet in zijn

²⁶ Dit betekent overigens niet dat de onderhoudstaak ook steeds feitelijk op de beheerder rust. Onderhoudsverplichtingen kunnen namelijk ook rusten op particulieren. Door middel van het systeem van keur en legger kunnen de betrokken waterbeheerders algemene regels stellen ten aanzien van het onderhoud van kunstwerken door particulieren.

²⁷ In casu betrof het het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht.

betoog. Het dijklichaam is, als beheerobject van het hoogheemraadschap, immers ontstaan door uitgraving en drooglegging, is gevormd naar de inzichten in waterkeringen, is in stand gehouden overeenkomstig de door de Technische Adviescommissie voor de Waterkeringen (TAW) ontwikkelde richtlijnen, en is voorzien van een in de grond aangebrachte beschoeiing.²⁸ Op grond van deze juridisch-technische redenering wordt – in mijn ogen overigens niet ten onrechte – geoordeeld dat de kade wel degelijk een opstal is.

7.3.3.5. Een rechtspolitieke keuze

Advocaat-generaal Spier stelt zich – overigens op rechtspolitieke en in mindere mate op juridisch-technische gronden – uitvoerig op het standpunt dat het desalniettemin onwenselijk is dat dijken onder de werkingssfeer van art. 6:174 BW vallen. Zijn betoog komt er in de kern op neer dat hij vreest voor potentiële ontwrichtende gevolgen van een te ruime werkingssfeer van dat artikel, en dus een te ruime overheidsaansprakelijkheid.²⁹ Spier vindt dan ook geen rechtvaardiging voor de toepasbaarheid van een systeem van risicoaansprakelijkheid bij dijkdoorbraken. In dat kader wijst hij erop dat met het bezitten en beheren van een dijk juist wordt beoogd bepaalde risico's weg te nemen, en dat beheerders daarmee niet zelf een gevaar in het leven roepen. De beheertaak houdt voorts een verantwoordelijkheid in die aan de zijde van de beheerder lastig valt aan te merken als winst of profijt: het kóst enkel geld. Daarnaast beschouwen de meeste verzekeraars schade door overstromingen vooralsnog als onverzekerbaar,³⁰ waardoor het financiële risico van de schade derhalve volledig komt te rusten op de waterbeheerder en dus op de belastingbetaler. De samenleving draait op voor de schade. Spier meent ook dat van risicoaansprakelijkheid niet meer preventieve werking zal uitgaan ('*if any*'), dan van dreigende schuldaansprakelijkheid. Hij ziet dan ook meer heil in de toepassing van het systeem van de schuldaansprakelijkheid, waarop slachtoffers hoe dan ook kunnen terugvallen, en indien nodig en mogelijk ook in de toepassing van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen.³¹

Duidelijk is dat Spier voor ogen heeft dijken buiten de werkingssfeer van de opstallenaansprakelijkheid te brengen. Dat zou kunnen door dijken nadrukkelijk niet aan te merken als opstallen. Dat de rechtbank, het hof en de Hoge Raad daartoe niet geneigd waren, is niet verbazingwekkend. Op grond van de gevolgde juridisch-technische redenering kan men inderdaad lastig tot een ander oordeel komen, dan dat een dijk een opstal is. Dat neemt niet weg dat Spier wel een punt heeft. Het is in mijn ogen echter niet de rechter, maar de wetgever die daar iets mee kan of zou moeten

28 Zie Rechtbank Amsterdam 29 november 2006, zaaknummer 314661/HA, r.o. 4.1 en 4.2; Hof Amsterdam 9 juni 2009, zaaknummer 106.006.685/01, LJN BI7389, r.o. 2.8.4; en HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.3.1 en 4.3.2. Zie tevens Lindenbergh 2011 en Oldenhuis 2011.

29 Zie punt 5 van de conclusie van A-G Spier onder het arrest van de Hoge Raad in de *Wilnis*-zaak.

30 Hoewel men hierop voorzichtig lijkt terug te komen. Sommige verzekeraars hebben sinds september 2012 de mogelijkheid geïntroduceerd een zogenaemde 'catastrofeverzekering' af te sluiten.

31 Op basis van deze laatste wet is overigens de Regeling tegemoetkoming bij schade bij dijkdoorbraak te *Wilnis* (Stcrt. 2003, 202) vastgesteld.

doen. Het betreft, ook aldus Spier, immers een rechtspolitieke keuze. Het voert te ver om een constructie in het leven te roepen op grond waarvan iets wat overduidelijk een opstal is, toch maar niet wordt aangemerkt als een opstal, omdat dat onwenselijke gevolgen heeft voor de samenleving. Hetzelfde resultaat kan echter wel via een minder omslachtige weg worden bereikt, namelijk door het systeem van opstellenaansprakelijkheid niet van toepassing te verklaren op gevallen waarin schade ontstaat door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterkeringen. Daartoe zal art. 6:174 BW moeten worden aangepast. Dat lijkt mij niet onaanvaardbaar, temeer omdat men in dergelijke gevallen inderdaad – zoals ook Spier betoogt – kan terugval- len op de gevaarzettingsleer op basis van art. 6:162 BW. Dit systeem van foutaanspra- kelijkheid sluit in mijn ogen zelfs beter aan op de wettelijke zorgplichten van waterbe- heerders, die immers meer omvatten dan alleen het beheer van opstallen. Ik kom hier in verschillende onderdelen van mijn betoog hieronder nog uitgebreider op terug.

7.3.4. Schade en schadeoorzaken

7.3.4.1. Water- en klimaatschade door gebrekkige opstallen

Hierboven stelde ik reeds dat enkel de *klimaatschade* die ontstaat door gebreken aan waterstaatswerken binnen het bestek van dit proefschrift valt. De schade dient dus het gevolg te zijn van een overstroming of wateroverlast die is te herleiden tot een gebrek aan een waterstaatswerk dat valt aan te merken als een opstal. Er zijn uiteenlopende situaties denkbaar waarin schade ontstaat door gebreken aan dergelijke opstallen die echter niet leiden tot een overstroming of wateroverlast. Ik gaf in dat kader reeds als voorbeeld het afschuiven van de top laag van een dijktalud waardoor zaken beschadigd kunnen raken, zonder dat de dijk als geheel ook daadwerkelijk doorbreekt. Een ander – wellicht extreem – voorbeeld betreft schade door het instorten van een gemaal na een brand die is ontstaan door een gebrek aan een van de pompen. Dergelijke vormen van schade vallen wel onder het toepassingsbereik van art. 6:174 BW, maar zoals gezegd niet binnen de kaders van dit proefschrift. Toch – en ik laat het wat dat betreft bij deze opmerking – kan hierin een argument worden gevonden om de waterstaats- werken die daarvoor in aanmerking komen, wel te beschouwen als opstal. Zou men dergelijke waterstaatswerken, om de begrijpelijke redenen die Spier aanvoert, buiten de reikwijdte van het opstallenbegrip brengen, dan zou ook een vordering tot de ver- goeding van deze soort schade niet kunnen worden gebaseerd op art. 6:174 BW. Dit gaat in mijn ogen te ver, want dat artikel lijkt juist en vooral wel te zijn geschreven met het oog op dergelijke soorten schade.

In de *Wilnis*-zaak voerde het betrokken hoogheemraadschap aan dat art. 6:174 BW toepassing mist, omdat de schade in casu niet is ontstaan door de kade zelf, maar door water. De bedoeling van het hoogheemraadschap is duidelijk: de schade die is veroorzaakt door het doorstromende water, valt niet in voldoende mate te herleiden tot het vermeende gebrek aan de kade dat zich heeft verwezenlijkt en komt derhalve niet op grond van art. 6:174 BW voor vergoeding in aanmerking. In wezen betreft het een zeer terughoudende uitleg van het causaliteitscriterium, waarbij de ‘tussenstap’

tussen het water als schadeveroorzakende substantie en het gebrek aan de kade als te groot wordt beschouwd. Men kan de strekking van dit betoog doortrekken naar waterstaatswerken in algemene zin: waterschade door gebreken aan waterstaatswerken valt niet aan te merken als schade door de verwezenlijking van gevaren die dergelijke gebreken in het leven roepen. De rechtbank en het hof volgden het hoogheemraadschap echter niet in dit betoog.³² In mijn ogen terecht, want zo uitgelegd berust het betoog van het hoogheemraadschap op een interne tegenstrijdigheid. Bij het bezwijken van een dijk, doordat deze niet voldoet aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, is – aldus rechtbank en hof – dus wel degelijk sprake van de verwezenlijking van het gevaar dat het gebrek aan de dijk oplevert.

7.3.4.2. De rechtspolitieke keuze herbezocht

Ik keer terug naar het aan het eind van de vorige paragraaf overwogene. Indien men de argumenten van Spier en wellicht andere(n)³³ overtuigend genoeg acht om de onwenselijkheid van de toepassing van art. 6:174 BW bij dijkdoorbraken aan te nemen, kan men dan in redelijkheid betogen dat de rechtbank, het hof dan wel de Hoge Raad op dit punt een belangrijke kans heeft laten liggen? Had het oordeel dan, met andere woorden, niet beter kunnen luiden: 'Indien een kade door een gebrek daaraan verschuift, kan slechts de schade die vervolgens wordt veroorzaakt door het fysieke contact met de verschoven grond aan de gebrekkige toestand – en dus aan de bezitter van die kade – worden toegerekend. De schade die is veroorzaakt door het doorstromende water kan echter niet aan de gebrekkige toestand worden toegerekend, zodat art. 6:174 BW in het onderhavige geval toepassing mist.' In dat geval zou de rechter de aanbevelingen van Spier met het oog op het maken van een rechtspolitieke keuze in grote lijnen opvolgen. Maar ook dan speelt de vraag of en in hoeverre de rechter zich de vrijheid mag toemeten bepaalde soorten schade structureel uit te sluiten van de toepassing van een in beginsel – althans wat betreft soorten schade – niet expliciet begrensde wettelijke regeling. Wanneer de rechter hiertoe overgaat, bevindt hij zich in mijn ogen op de uiterste grenzen van zijn rechtsstatelijke taakstelling en bevoegdheid.

Ik zie met het oog op dergelijke rechtspolitieke overwegingen, zoals gezegd, eerder een rol weggelegd voor de wetgever. De wetgever kan deze keuze ook beter motiveren dan de rechter, die zich in mijn ogen heeft te onthouden van een te vergaande en te zeer gekunstelde interpretatie van de wet. Zo kan de wetgever overwegen aan art. 6:174 BW een zevende lid toe te voegen, dat luidt: 'Dit artikel is niet van toepassing in gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterstaatswerken, zoals bedoeld in artikel 1.1 van de Waterwet, die zijn aan te merken als opstal in de zin van het vierde lid van dit artikel.' In dat geval benadrukt de wetgever – zij het op impliciete wijze – in dergelijke zaken de exclusiviteit

32 Zie Rechtbank Amsterdam 29 november 2006, zaaknummer 314661/HA, r.o. 4.1 en 4.2; Hof Amsterdam 9 juni 2009, zaaknummer 106.006.685/01, LJN BI7389, r.o. 2.8.2. De Hoge Raad heeft zich niet over deze vraag gebogen.

33 Zie bijvoorbeeld Havekes 2000, p. 8-9 en Gilissen & Schueler 2012, p. 166-167.

van art. 6:162 BW. Zolang dit niet gebeurt, is ook art. 6:174 BW van toepassing. De rechter kan (tot die tijd) de eventueel te vergaande overheidsaansprakelijkheid nog beteugelen door in het kader van de toetsing aan het hierna te bespreken gebreks criterium niet snel aan te nemen dat een opstal inderdaad gebrekkig is.³⁴ Wat betreft de dreiging van opstallenaansprakelijkheid kan op dit punt dus niet reeds worden geconcludeerd dat deze afwezig is. In gevallen als de *Wilnis*-zaak – waarin sprake is van vermeend onkenbare risicofactoren – kan de te vergaande dreiging van overheidsaansprakelijkheid wellicht effectief worden beteugeld. In gevallen waarin meer discussie kan bestaan over de vraag of het gevaar had kunnen of moeten worden gekend, kan de opstallenaansprakelijkheid echter een ongewenste sluiproute zijn naar onbeteugelbare overheidsaansprakelijkheid. Er bestaan voorts ook andere juridisch-technische argumenten die pleiten voor de hierboven aanbevolen wijziging van art. 6:174 BW. Deze komen hieronder aan de orde.

7.3.5. De bezitter is aansprakelijk.....of toch liever de beheerder?

7.3.5.1. Toepassing van art. 6:174 BW heeft onwenselijke gevolgen in het waterbeheer

Art. 6:174 lid 1 BW bepaalt, kort gezegd, dat de bezitter van een opstal aansprakelijk is voor schade die ontstaat als gevolg van een gebrek aan die opstal.³⁵ In Nederland is het bezit van waterstaatswerken niet direct gekoppeld aan de verantwoordelijkheid tot het beheer daarvan. Dit betekent dat de beheerder van waterstaatswerken niet tevens de bezitter of eigenaar daarvan is of hoeft te zijn. Het komt dan ook geregeld voor dat particulieren of medeoverheden een (deel van een) waterkering of een ander waterstaatswerk in bezit of eigendom hebben, terwijl de beheertaak rust op een waterbeheerder. Met het oog op de strikte toepassing van art. 6:174 BW betekent dit dat de schade door gebreken voor rekening komt van deze particulieren of medeoverheden, in beginsel óók wanneer het voor hen onbekende gebrek is te wijten aan toerekenbare nalatigheid aan de zijde van de beheerder. In dergelijke gevallen doet zich dus een merkwaardige en tevens onwenselijk situatie voor. Particulieren ontberen immers vaak de benodigde kennis en ervaring met betrekking tot het onderhoud en beheer van waterstaatswerken, en beschikken vaak niet over de daartoe benodigde materialen en (financiële) middelen. Daarenboven kunnen zij niet zomaar de volgens hen noodzakelijke (onderhouds)werkzaamheden aan waterstaatswerken verrichten, zonder een daartoe strekkende toestemming van de beheerder. Zij kunnen er dus feitelijk niet goed voor zorgen dat aan waterstaatswerken geen gebreken kleven. Toch kan voor hen een zekere dreiging van aansprakelijkheid ongelukkigerwijs niet worden uitgesloten.

³⁴ Zie ook Lindenbergh 2011, p. 209. Uit het *Wilnis*-arrest blijkt overigens het tegenovergestelde: op de beheerder rust juist zware last om te bewijzen dat de opstallen in zijn bezit en beheer niet gebrekkig zijn.

³⁵ Op deze regel bestaat een belangrijke wettelijke uitzondering, namelijk dat de aansprakelijkheid bij bedrijfsmatig gebruik rust op degene die de opstal 'gebruikt in de uitoefening van een bedrijf' (art. 6:181 lid 1 BW). Ik ga hieronder nog in op deze uitzondering. Zie paragraaf 7.3.5.3.

Ik beschouw dit als een onwenselijke situatie. Particulieren zijn vaak slecht in staat gevaarlijke situaties door gebreken aan waterstaatswerken te ontdekken, laat staan deze weg te nemen. Hun beïnvloedingsmogelijkheden te dien aanzien zijn dus – behoudens een eventuele meldplicht bij (een vermoeden van) concreet gevaar – zeer beperkt. Daar komt nog bij dat zij in de meeste gevallen niet draagkrachtig genoeg zijn om het vaak aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico te dragen. Men dient daarom de effectiviteit van het huidige systeem van de opstallenaansprakelijkheid in dergelijke gevallen in twijfel trekken – ook met het oog op de preventieve werking die ervan kan of zou moeten uitgaan. De onaanvaardbaarheid van deze situatie valt niet alleen te beargumenteren vanuit de positie van de bezittende niet-beheerder. Ook vanuit het oogpunt van de slachtofferbescherming is de situatie onwenselijk, vooral gezien de beperkte draagkracht van (de meeste) bezitters. Het bijkomende ‘voordeel’ dat de dreiging van aansprakelijkheid voor de waterbeheerder via deze weg aanzienlijk wordt ingedamd, valt in het niet bij de nadelen van deze manier van (ver)plaatsing van het aansprakelijkheidsrisico.³⁶ Het is overigens nog de vraag in hoeverre een bezitter niet-beheerder daadwerkelijk met succes kan worden aangesproken om de schade door gebreken aan waterkeringen in zijn bezit te vergoeden. Ik vermoed dat de zogenoemde tenzij-clausule in dergelijke gevallen een aanzienlijke drempel opwerpt voor de feitelijke vestiging van opstallenaansprakelijkheid. Ook bij veronderstelde bekendheid met het gebrek is het niet de particuliere bezitter die herstelmaatregelen zou moeten treffen. Op hem rust, zoals gezegd, hoogstens de verantwoordelijkheid eventuele vermoedelijke gebreken te melden aan de beheerder.

7.3.5.2. Art. 6:174 BW dient buiten toepassing te blijven

In ons preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht betoogden Schueler en ik de opstallenaansprakelijkheid via een wijziging van art. 6:174 BW in alle gevallen voor rekening van de beheerder te brengen.³⁷ Hiermee kan het bovenstaande probleem inderdaad worden opgelost, maar blijft het fundamentele probleem van onbetuugbare overheidsaansprakelijkheid bestaan, waar onder meer Spier in zijn conclusie bij de *Wilnis*-zaak voor waarschuwde. De eerder betoogde oplossing is vanuit die optiek bij voortschrijdend inzicht dus slechts een halve. Wel blijkt uit de hierboven besproken problematiek dat de opstallenaansprakelijkheid zich slecht verdraagt met de beheertaken in het waterbeheer. De hoedanigheid van bezitter is vanuit juridisch oogpunt ook een wezenlijk andere dan die van beheerder. Waar verwijtbaarheid bij systemen van risicoaansprakelijkheid geen rol speelt, is dit juist een cruciaal element bij de vraag of een beheerder zijn wettelijke taak naar behoren heeft vervuld. De uitoefening van die wettelijke taakstelling vindt in de praktijk van het waterbeheer – ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering – ook niet alleen plaats door het beheren van opstallen, maar omvat veel meer. De handhaving van wettelijke beheertaken lijkt dus

³⁶ Uiteraard blijft op de betrokken waterbeheerders nog wel een risico op aansprakelijkheid bestaan wegens het tekortschieten in een wettelijke zorgplicht. Zie daarover paragraaf 6.3.3.

³⁷ Zie Gilissen & Schueler 2012, p. 166 (i.h.b. voetnoot 82).

bij voorkeur te moeten plaatsvinden door middel van een systeem van foutaansprakelijkheid, ongeacht of de beheerder ook bezitter is van het beheerobject. Dat doet immers niets af aan zijn beheertaak. In schadegevallen waarin sprake is van een wettelijke beheertaak, is de kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter van beheerobjecten in mijn ogen dus een ongelukkige constructie. Dit is een zwaarwegend argument om gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast door gebreken aan waterstaatswerken buiten de werkingssfeer van art. 6:174 BW te brengen.

Ervan uitgaande dat particuliere bezitters over het algemeen niet draagkrachtig genoeg zijn om een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico te dragen, lijkt het erop dat toepasbaarheid van het systeem van opstallenaansprakelijkheid voor gebrekkige waterstaatswerken in termen van kans op succes voorts hoofdzakelijk berust op toeval. Beheerders zijn over het algemeen immers meer vermogend dan particulieren, zij het dat ook zij niet beschikken over onbeperkte financiële middelen. Wanneer een beheerder tevens bezitter is van een waterstaatswerk, heeft een gelaedeerde de keuze tussen twee aansprakelijkheidssystemen. Onafhankelijk van de vraag of een beheerder is tekortgeschoten in zijn beheertaak, kan (en zal) een gelaedeerde ervoor kiezen de ogenschijnlijk geplaveide weg van de opstallenaansprakelijkheid te bewandelen. Zonder hiermee rekening te houden bij de invulling van het gebreks criterium kan dit inderdaad leiden tot een wellicht te omvangrijk en dus ontwrichtend risico op overheidsaansprakelijkheid, vooral wanneer ook objectief onkenbare gebreken en gevaren voor risico van de beheerder kunnen komen.³⁸ Aansprakelijkheid van de beheerder van waterstaatswerken is in mijn ogen dus alleen op haar plaats, indien de beheerder ook daadwerkelijk het verwijt van enige vorm van wanbeheer valt te maken. Kan men niet aannemelijk maken dat de beheerder is tekortgeschoten in zijn wettelijke beheertaak, dan kan de schade door overstromingen en wateroverlast nog voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen. Deze wet lijkt immers nadrukkelijk in het leven te zijn geroepen voor dergelijke situaties.

Ik meen dus, kort en goed, dat het aansprakelijkheidsrisico voor overstromingen en wateroverlast exclusief behoort te rusten op de beheerders van waterkeringen, maar evenzeer dat de aansprakelijkheidsvraag in concrete gevallen exclusief dient te worden beantwoord door toepassing en invulling te geven aan de criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten.

7.3.5.3. De beheerder als 'bedrijfsmatige gebruiker'?

Ik noemde hierboven reeds een wettelijke uitzondering op de hoofdregel dat de bezitter aansprakelijk is voor schade door gebrekkige opstallen. Art. 6:181 lid 1 BW bepaalt dat, indien opstallen worden *gebruikt in de uitoefening van een bedrijf*, de aansprakelijkheid niet rust op de bezitter, maar op degene die het bedrijf uitoefent. Nu rijst de vraag of de uitoefening van een beheertaak door een beheerder kan worden aangemerkt als de uitoefening van een 'bedrijf' in de zin van het genoemde artikel. Indien

³⁸ Zie de discussie daarover paragraaf 7.3.6.3.

dat het geval is, rust de aansprakelijkheid immers altijd op de beheerder op wie de publiekrechtelijke beheertaak rust. Uit de literatuur volgt dat het bedrijfsbegrip ruim dient te worden uitgelegd. Daaronder vallen activiteiten die worden beschouwd als een 'eenheid van ondernemen'; het bedrijfsgebeuren dient vanuit het oogpunt van de gelaedeerde dus als een eenheid te worden beschouwd.³⁹ Het betreft niet alleen activiteiten van commerciële ondernemingen, maar het kan ook de activiteiten van overheidsbedrijven betreffen, of die van bijvoorbeeld ziekenhuizen en (andere) grote verenigingen of stichtingen waarin beroepsactiviteiten zijn ondergebracht.⁴⁰ Om van 'de uitoefening van een bedrijf' te kunnen spreken, is het dus in elk geval niet vereist dat hieraan enig winst oogmerk is verbonden, of het oogmerk om anderszins voordeel op te doen.⁴¹ Onder de term 'gebruik' valt onder meer het feitelijke gebruik van gebouwen en machines, het verwerken en bewerken van zaken en stoffen en het gereedhouden hiervan voor verwerking, vervoer of verkoop.⁴² Beide termen zijn van belang bij de vraag of art. 6:181 lid 1 BW toepassing vindt.

In hoeverre valt het beheeren van een waterstaatswerk nu aan te merken als 'gebruik in de uitoefening van een bedrijf' in de zin van art. 6:181 lid 1 BW? Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin een dergelijke vraag aan de orde is geweest. Ook in de *Wilnis*-zaak is daaraan geen aandacht geschonken, omdat de betrokken beheerder tevens bezitter was van de waterkering en dus niet 'via een omweg' aansprakelijk hoefde te worden gesteld. Ook in de literatuur is deze vraag vooralsnog niet expliciet aan de orde gekomen. Wel volgt uit een artikelsgewijze toelichting bij art. 6:181 lid 1 BW dat *de overheid zelf* – waarvan de beheerder ontegenzeggelijk deel uitmaakt – niet als 'bedrijf' valt aan te merken.⁴³ Daarbij wordt nog wel opgemerkt dat het verdedigbaar is dat de overheid wel kan worden aangesproken, indien het overheidsbedrijf niet in voldoende mate is verzelfstandigd.⁴⁴ Zo werd een gemeente op grond van art. 6:174 jo. art. 6:181 lid 1 BW aansprakelijk gehouden voor de schade die een persoon leed door een gebrek aan een op een vuilstortplaats aanwezige opstal. De belangrijkste overweging daartoe was dat de feitelijke en dagelijkse bedrijfsvoering op de stortplaats in handen van de gemeente was, althans werd bepaald door personen in dienst van de gemeente, terwijl de gemeente geen bezitter van de op de stortplaats aanwezige opstallen was.⁴⁵

Op basis van bovenstaande dient te worden aangenomen dat de beheerder zelf in elk geval geen bedrijf in de zin van art. 6:181 lid 1 BW is. De beheerder kan nog slechts op grond van dat artikel aansprakelijk worden gehouden, indien de bedrijfsmatige aanpak van een van zijn taken nog in belangrijke mate onder zijn vigeur plaats-

39 Zie Oldenhuis (Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 181 Boek 6 BW), aant. 4.

40 Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 230.

41 Zie Oldenhuis (Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 181 Boek 6 BW), aant. 8.

42 Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 230.

43 Uit de Parlementaire Geschiedenis valt overigens af te leiden dat (in verband met art. 6:171 lid 1 BW, waarin ook de term 'uitoefening van een bedrijf' voorkomt) onder bedrijf wel degelijk een overheidsbedrijf kan worden verstaan, maar niet de opdrachten verleend door de overheid ter uitvoering van de overheidstaak in het algemeen. Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 729 e.v. Zie tevens Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 199. Deze redenering kan ook worden gevolgd in verband met art. 6:181 lid 1 BW.

44 Zie Oldenhuis (Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 181 Boek 6 BW), aant. 8.

45 Zie Hof Den Bosch 20 april 1998, NJ 1999, 35.

vindt. Daarvan zou eventueel sprake kunnen zijn met het oog op gevaarlijke situaties in verband met de winning, zuivering of opslag van drinkwater door drinkwaterbedrijven, maar deze zijn met de komst van de Drinkwaterwet inmiddels in hoge mate verzelfstandigd. De uitoefening van feitelijke waterbeheertaken, in verband waarmee een wettelijke publiekrechtelijke zorgplicht op de beheerder rust, dient in mijn ogen niet te worden aangemerkt als bedrijfsmatige eenheid van ondernemen. Het beheeren en onderhouden van waterstaatswerken met een veiligheidsfunctie dient dan ook niet te worden aangemerkt als 'gebruik in de uitoefening van een bedrijf'. Art. 6:181 lid 1 BW blijft daarom in dergelijke gevallen buiten toepassing, zodat het risico van aansprakelijkheid blijft rusten op de bezitter van het waterstaatswerk. Dit verandert dus niets aan de hierboven beschreven onwenselijke situatie waarin het aansprakelijkheidsrisico kan rusten op particuliere bezitters, die niet bevoegd of bij machte zijn om onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan waterstaatswerken uit te voeren. Het aansprakelijkheidsrisico rust slechts op de beheerder, indien deze tevens bezitter is van het waterstaatswerk.

Het komt in mijn ogen overigens nogal gekunsteld over om bij de uitoefening van een beheertaak te spreken van het *gebruik* van een opstal (waterstaatswerk) door de beheerder. Waar het gebouwen of machines betreft, is al gauw duidelijk wat het gebruik daarvan zoal inhoudt. Dit ligt bij een waterkering ingewikkelder: een waterkering *bestaat* namelijk om de waterveiligheid te kunnen garanderen en wordt niet zozeer met dat oogmerk *gebruikt*. Bij het gebruik van een waterkering valt veeleer te denken aan de tenuitvoerlegging van de functies waartoe de kering mede is bestemd. Dat kan bijvoorbeeld een verkeersfunctie zijn, maar ook een agrarische of een recreatiefunctie. In verband met agrarisch gebruik van waterkeringen (bijvoorbeeld door deze te laten begrazen) zou overigens wel kunnen worden gesproken van 'gebruik in de uitoefening van een bedrijf'. Zolang dit gebruik niet van invloed is op de gesteldheid van de kering, dus niet (mogelijkerwijs) leidt het ontstaan van gebreken daaraan, hoeft de gebruiker niet te vrezen voor aansprakelijkheid via de weg van art. 6:181 lid 1 BW. De aansprakelijkheid rust volgens dat artikellid immers niet op hem, indien het ontstaan van de schade niet in verband staat met de uitoefening van het bedrijf. In dat geval blijft het aansprakelijkheidsrisico rusten op de bezitter van de opstal, hetgeen op grond van het huidige systeem, zoals gezegd, tevens een particuliere bezitter kan zijn, en dus ook de betreffende gebruiker. Wat daar ook van moge zijn, de hierboven reeds beschreven problematiek wordt niet weggenomen door de beheerder van waterstaatswerken aan te merken als bedrijfsmatige gebruiker daarvan. Het probleem zit immers eerder in de toepasbaarheid van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid als zodanig, dan in het feit dat de toepassing daarvan leidt tot een onwenselijke verdeling van het aansprakelijkheidsrisico.

7.3.6. De invulling van het gebrekcriterium

7.3.6.1. Het algemene belang van het *Wilnis*-arrest

Zolang de gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast door gebreken aan waterstaatswerken nog onder de werkingssfeer van art. 6:174 BW vallen, is het van belang nader in te gaan op de invulling van het gebrekcriterium als belangrijkste criterium voor de vestiging van de opstallenaansprakelijkheid. Er is volgens dat artikel sprake van een gebrek, indien een opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert. Uiteraard kan van aansprakelijkheid slechts sprake zijn, indien dit gevaar zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Maar voor de beantwoording van de vraag of een opstal onder de gegeven omstandigheden gebrekkig was, is het niet voldoende dat de opstal in kwestie enkel een zich verwezenlijkend gevaar voor personen of zaken met zich droeg. Art. 6:174 BW biedt, met andere woorden, geen absolute waarborg (het is geen 'garantienorm'),⁴⁶ maar omvat wel degelijk een normatief element: men spreekt pas van een 'gebrek' indien de gevaarlijke situatie niet had *mogen* bestaan. Bij de invulling van dit criterium wordt aansluiting gezocht bij de gevaarzettingsleer die is ontwikkeld in het *Kelderluik*-arrest.⁴⁷ Voor de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW gelden dus tot op zekere hoogte dezelfde begrenzingsen als voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad,⁴⁸ hetgeen afdoet aan de bij eerste lezing mogelijk te veronderstellen onbegrensdheid van dit artikel.

In de *Wilnis*-zaak verwoordt de Hoge Raad een en ander als volgt.⁴⁹ In de eerste plaats benadrukt de Hoge Raad dat art. 6:174 lid 1 BW eisen stelt die men vanuit het oogpunt van de *veiligheid* aan opstellen mag stellen.⁵⁰ Daarbij spelen zowel concrete wettelijke veiligheidsvoorschriften, als algemene (ongeschreven) zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol.⁵¹ Het feit dat een opstal in algemene zin voldoet aan de geldende veiligheidsvoorschriften, betekent niet zonder meer dat de opstal niet gebrekkig kan zijn in de zin van art. 6:174 BW.⁵² Daarna overweegt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige toestand afhangt van verschillende omstandigheden, waaronder de aard en functie van de opstal,⁵³ de fysieke toestand daarvan ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar, en het van de opstal te verwachten gebruik door derden.⁵⁴ Voorts dient ook de grootte van de kans op de verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar in aanmerking te worden

46 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 1380.

47 Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. Scholten (*Kelderluik*).

48 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 1378-1379. Zie over de verhouding tussen art. 6:174 en art. 6:162 BW tevens Lindenbergh 2011.

49 Zie HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.4.3.

50 Zie HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336 (*Gemeente Almelo/Wessels*) en HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700 (*Foekens/Naim*).

51 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 1380.

52 Zie HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700 (*Foekens/Naim*). Zie tevens Sterk 1994, p. 112.

53 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 755.

54 Zie HR 17 november 2000, NJ 2001, 10 (*Gemeente Scheemda/Olster*).

genomen,⁵⁵ alsmede de mogelijkheid en de bezwaarlijkheid van eventueel te nemen veiligheidsmaatregelen.⁵⁶ Daarbij kan, ingeval een overheidslichaam bezitter is van de opstal, ten slotte, ook betekenis toekomen aan de aan dat lichaam toekomende beleidsvrijheid en de hem ter beschikking staande financiële middelen.⁵⁷

Na deze algemene overwegingen volgt de uiteenzetting van een algemeen criterium: 'Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het derhalve aan op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken ondeugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.'⁵⁸ De bovenstaande overwegingen en dit criterium zijn algemeen toepasbaar bij de beantwoording van de vraag of een opstal, dus ook een waterstaatswerk dat als zodanig kan worden aangemerkt, gebrekkig is. Zij dienen dus steeds te worden toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij lijkt voorts als algemene regel te kunnen worden aangenomen dat de verwezenlijking van een gevaar reeds voldoende is voor het aannemen van een *vermoeden* dat een waterstaatswerk niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen. Het is aan de bezitter van het waterstaatswerk om het tegendeel daarvan te bewijzen.⁵⁹ Duidelijk is dus dat pas kan worden gesproken van een gebrek in de zin van art. 6:174 BW, indien de bezitter faalt te bewijzen dat een waterstaatswerk met het oog op de door dat artikel gestelde veiligheidseisen niet ondeugdelijk is.

Het bovenstaande algemene criterium is niet alleen van belang voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag in de *Wilnis*-zaak. Het is met nadruk algemeen en in die hoedanigheid ook toepasbaar in andere zaken waarin sprake is van schade door vermeende gebreken aan waterstaatswerken. In zoverre dient het arrest van de Hoge Raad in de *Wilnis*-zaak dus niet alleen als een specifiek aanknopingspunt en toetsingskader voor de beslechting van geschillen omtrent aansprakelijkheid bij dijkdoorbraken. Met het arrest benadrukt de Hoge Raad dat bij de vestiging van opstallenaansprakelijkheid *in algemene zin* belang toekomt en aansluiting dient te worden gezocht bij de gevaarzettingsleer. Voor zover dat nog niet kon worden afgeleid uit de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis, heeft dit arrest dus een algemene meerwaarde. Het lijkt een expliciete rem te zetten op de te ruime risicoaansprakelijkheid voor opstellen.⁶⁰ In dat kader springen vooral de criteria met betrekking tot 'de grootte van de kans op de verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar' en 'de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen' in het oog als welhaast zuivere '*Kelderluik*-factoren'. Daarnaast komt voor overheidsorganen

55 Zie HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336 (*Gemeente Almelo/Wessels*).

56 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 756.

57 Zie Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 1394.

58 Zie HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.4.4.

59 Vgl. in die zin de tweede alinea van r.o. 4.4.5 van het *Wilnis*-arrest.

60 Zie ook Oldenhuis 2011, p. 668-672.

niet het minste belang toe aan de mogelijkheid van een rechtvaardigend beroep op de beleidsvrijheid en de beperkte financiële middelen.

Tot zover roept een en ander bij mij wel de vraag op in hoeverre het systeem van de opstallenaansprakelijkheid nog wezenlijk verschilt van – en dus een meerwaarde heeft boven – het systeem van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁶¹ Heeft de Hoge Raad met de uitspraak in de *Wilnis*-zaak het eerstgenoemde systeem niet zover uitgehold, dat dit zijn zelfstandige betekenis heeft verloren of toch ten minste dreigt te verliezen? Wellicht is dat op dit moment – vooral met het oog op de hierna te bespreken overwegingen van de Hoge Raad – nog een te vergaande conclusie. Maar dat er een spanningsveld bestaat tussen beide systemen en dat het laatstgenoemde systeem aanzienlijke terreinwinst heeft geboekt, staat mijns inziens vast. Ik vind dat overigens geen slechte ontwikkeling, vooral niet wanneer het de publieke taken van waterbeheerders en andere overheidsorganen betreft. Ik vind hierin zelfs – en dan beperk ik me tot het waterbeheer – een volgend zwaarwegend argument om de gevallen van water- en klimaatschade door overstromingen en wateroverlast door vermeende gebreken aan opstallen buiten de werkingssfeer van art. 6:174 BW te brengen.

7.3.6.2. Algemene lessen uit het *Wilnis*-arrest?

Na de uiteenzetting van het hierboven geciteerde algemene criterium snijdt de Hoge Raad een en ander toe op de in de *Wilnis*-zaak onderhavige vraagstelling.⁶² Daarmee worden toepasbare handvatten geboden voor de uiteindelijke beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag in deze zaak, maar hieruit zouden ook algemene conclusies kunnen worden getrokken over de afwikkeling in vergelijkbare gevallen. Dat zou ook een enigszins ander licht kunnen schijnen op bovenstaande voorspelling over de algemene kans op aansprakelijkheid. De Hoge Raad overweegt dat ‘rekening moet worden gehouden met factoren als de aard en bestemming van de kade (een publiek toegankelijke dijk), de waarborgfunctie van de veendijk (bescherming van omwonenden tegen water), de fysieke toestand van de kade ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar, de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar voor kadeverschuiving, de bij de uitvoering van zijn publieke taak aan het Hoogheemraadschap toekomende beleidsvrijheid en de financiële middelen die hem in dat verband ten dienste staan, een en ander mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen’. De Hoge Raad vervolgt: ‘De hierboven genoemde factoren kunnen in voorkomend geval in uiteenlopende richtingen wijzen, maar daarbij verdient het aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kunnen nopen dat aan de onderbouwing van de stelling met

⁶¹ Zie ook Hartlief 1996, p. 224 en Oldenhuis 2011, p. 670-671.

⁶² Zie HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.4.5.

betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld.’

De Hoge Raad geeft dus eerst een opsomming van de factoren waarmee bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag zoal rekening dient te worden gehouden. Het betreft uiteenlopende factoren, die met het oog op die vraag inderdaad in uiteenlopende richtingen kunnen wijzen. Voorts ziet de Hoge Raad kennelijk de noodzaak het veiligheidsbelang (de ‘waarborgfunctie’) expliciet en zonder meer een zwaar gewicht toe te kennen. Zelfs zo zwaar dat dit belang toonaangevend kan zijn bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag, ondanks de eventuele andere omstandigheden die in een andere richting kunnen wijzen. De Hoge Raad lijkt de deur om een in beginsel succesvol verweer te voeren dus open te zetten, maar werpt tegelijkertijd een aanzienlijke (bewijsrechtelijke) drempel op. Onduidelijk is nog of en in hoeverre deze op het onderhavige geval toegesneden passage ook algemeen kan worden uitgelegd. Het is echter niet uitgesloten dat zich in de toekomst min of meer vergelijkbare gevallen van klimaatschade voordoen, waarin het veiligheidsbelang zich positioneert tegenover andere omstandigheden. Men kan op basis van het *Wilnis*-arrest dus beargumenteren dat ook in dergelijke gevallen zonder meer zwaar gewicht behoort toe te komen aan het veiligheidsbelang. Beoogt de Hoge Raad dan toch – zij het veel impliciet en iets terughoudender dan het hof – het risicokarakter van de opstellenaansprakelijkheid te benadrukken? In elk geval biedt de Hoge Raad meer ruimte voor nuance dan het hof. Maar in hoeverre kan die nuance daadwerkelijk verschil maken, wanneer men er zonder meer van dient uit te gaan dat het veiligheidsbelang lange schaduwen om zich heen werpt?

Duidelijk is dat er in elk geval een zware last op waterbeheerders rust om aannemelijk te maken dat bepaalde omstandigheden in voorkomende gevallen aan aansprakelijkheid in de weg dienen te staan, bijvoorbeeld omdat zij zwaarder wegen dan het veiligheidsbelang of omdat het gevaar objectief onkenbaar was. Daarenboven geldt bij de verwezenlijking van een gevaar het vermoeden van een gebrek en dus óók het vermoeden van aansprakelijkheid, zolang het tegendeel niet door de betrokken waterbeheerder is bewezen. Dit werpt een ander licht op de uit het bovenstaande af te leiden verwachting dat de kans op opstellenaansprakelijkheid voor waterbeheerders in algemene zin slechts gering is. Ook het Hof Den Haag wijst in een tussenuitspraak op bovenstaande. Daarbij is voorts de overweging van het verwijzingshof relevant, waarin het stelt dat van een overheidslichaam als het betrokken hoogheerraadschap weliswaar mag worden verwacht ‘dat het zich terdege op de hoogte houdt van de ontwikkeling van de relevante wetenschappelijke inzichten,’ maar dat die eis niet zo ver gaat ‘dat van een overheidslichaam als het hoogheerraadschap wordt verwacht dat het zelfstandig onderzoek verricht of veldexperimenten uitvoert naar mogelijke faalfactoren van waterkeringen of dat het onmiddellijk beleidsmatige consequenties trekt uit nieuwe wetenschappelijke theorieën en modellen die binnen het betreffende vakgebied niet voldoende zijn getoetst en aanvaard, en dat het verplicht zou zijn experimentele technische remedies waarvan de effectiviteit onvoldoende is bewezen, aanstonds in de

praktijk te brengen.⁶³ Met deze opmerkingen lijkt het hof de deur open te zetten voor een geslaagd beroep op de objectieve onkenbaarheid van het gebrek. Dat blijkt eens te meer uit de conclusie 'dat, indien op basis van de stelling van het hoogheemraadschap zou komen vast te staan dat de kade is gaan schuiven als gevolg van – in 2003 nog niet als risico onderkende – langdurige droogte, zij voldoende tegenbewijs heeft geleverd tegen het vermoeden dat de kade niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen.'⁶⁴

7.3.6.3. De (on)kenbaarheid van gebreken en gevaren

Binnen het kader van de genoemde factoren spitste de rechtsvraag zich in de *Wilnis*-zaak toe op het belang van de (on)kenbaarheid van het gebrek en het gevaar in kwestie. Het betrokken hoogheemraadschap voerde in deze zaak namelijk aan dat van een gebrek aan de veenkade niet kon worden gesproken, aangezien de uitdroging van veenkaden ten tijde van de kadeverschuiving volgens de stand der wetenschap en techniek een nog onbekend risico was. Aangezien niemand het gebrek kon kennen (het was *objectief onkenbaar*), kon aldus het hoogheemraadschap, met andere woorden, niet worden volgehouden dat de veenkade niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Zowel de rechtbank, het hof, als de Hoge Raad boog zich over deze stelling. Deze kan overigens van doorslaggevend belang zijn voor de uiteindelijke beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag in de *Wilnis*-zaak, maar ook in andere gevallen waarin een bezitter van een opstal zich beroept op de onkenbaarheid van gebreken en gevaren. Het is namelijk niet uit te sluiten dat dergelijke betogen geregeld zullen worden gevoerd in het kader van de klimaatverandering, die immers is omgeven met onzekerheden, onbekendheden en onkenbaarheden ten aanzien van de daarmee gepaard gaande risico's.

De rechtbank en het hof over de kenbaarheid

De rechtbank oordeelde dat het hoogheemraadschap op grond van het bepaalde in art. 6:174 BW niet aansprakelijk was voor de schade door het bezwijken van de kade, omdat langdurige droogte tot 26 augustus 2003 niet werd beschouwd als bedreiging voor de stabiliteit en veiligheid van waterkeringen, veenkaden in het bijzonder. De stand van de wetenschap en techniek was vóór de kadeverschuiving immers niet zodanig dat de gevolgen van langdurige droogte ten tijde van de kaderverschuiving reeds bekend waren. Ook de programma's van kade-inspectie waren tot die tijd slechts gericht op de faalverschijnselen gerelateerd aan situaties van hoogwater en extreme neerslag.⁶⁵ Van belang is dat de rechtbank bij de beoordeling van de vraag of de kade in kwestie voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, dus belang hecht aan de vraag omtrent de kenbaarheid van het risico en de stand van de wetenschap en techniek ten tijde van de kadeverschuiving.

63 Zie Hof Den Haag 17 april 2012, JM 2012, 120 m.nt. H.J. Bos, r.o. 4.

64 Zie Hof Den Haag 17 april 2012, JM 2012, 120 m.nt. H.J. Bos, r.o. 5.

65 Zie Rechtbank Amsterdam 29 november 2006, zaaknummer 314661/HA, r.o. 4.6 en 4.12.

Het oordeel van het hof staat wat dat betreft haaks op dat van de rechtbank. Het hof oordeelde dat de veenkade in kwestie niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, omdat de elementen gewichtsverlies, deformatie van het dijklichaam en het kapotgaan van de beschoeiing reeds op zichzelf en tezamen een gebrekkige toestand vormden, die bepalend is geweest voor de kadeverschuiving. Het komt, aldus het hof, bij de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen 'niet aan op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingsituaties'. De omstandigheid dat extreme droogte toentertijd niet werd onderkend als gevaar voor de stabiliteit van veendijken doet niet af aan de beantwoording van die vraag, omdat 'onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het hoogheemraadschap komt'.⁶⁶ Zodoende legt het hof bij de interpretatie en toepassing van art. 6:174 BW een sterke nadruk op het *risico*karakter van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid.

De Hoge Raad over de kenbaarheid

De Hoge Raad keert zich tegen de uitspraak van het hof en oordeelt dat bij de beoordeling of de kade gebrekkig was, wel degelijk betekenis kan toekomen aan de toenmalige kennis over faalmechanismen en de toenmalige maatstaven voor belastingsituaties. Het oordeel is, volgens de Hoge Raad, dus onjuist 'dat de toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het hoogheemraadschap zijn beleidsdoelstellingen tracht te realiseren niet in de weg staan aan het aannemen van aansprakelijkheid voor de bezitter van de kade'.⁶⁷ In paragraaf 7.3.6.2 citeerde ik reeds de overweging waarin de Hoge Raad het in de daaraan voorafgaande paragraaf geformuleerde algemene criterium toesnijdt op de onderhavige vraagstelling. Daaruit bleek dat wel degelijk belang kan toekomen aan de 'kenbaarheidsvraag' en in dat licht ook aan de stand van de wetenschap en de techniek ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar. Vervolgens citeerde ik het tweede deel van die overweging, waaruit blijkt dat het veiligheidsbelang zwaarwegend is, en kan 'meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt of ertoe kan nopen dat aan de onderbouwing van de stelling met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld'. De Hoge Raad expliciteert en benadrukt hier dat op beheerders van waterkeringen een bijzondere en zware bewijslast rust, indien deze zich wensen te beroepen op de onkenbaarheid van gebreken en gevaren.

Discussie

Lindenbergh betoogt dat de hier bedoelde overweging van de Hoge Raad impliceert dat 'de aard, bestemming en functie van een dijk zo zwaar kunnen wegen dat de niet-kenbaarheid van het gevaar daar niet tegen opweegt en dit element dus per saldo

⁶⁶ Zie Hof Amsterdam 9 juni 2009, zaaknummer 106.006.685/01, LJN BI7389, r.o. 2.5.2 en 2.5.5.

⁶⁷ Zie HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.4.6.

alsnog voor risico van de bezitter komt.⁶⁸ Zodoende lijkt hij te veronderstellen dat de objectieve onkenbaarheid, óók indien deze overtuigend is komen vast te staan, alsnog kan wijken voor het veiligheidsbelang. Daarmee lijkt hij de 'niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving' in mijn ogen ten onrechte te scharen onder de 'andere omstandigheden' waarop de Hoge Raad wijst. Mijns inziens heeft de Hoge Raad echter bewust getracht het 'kenbaarheidselement' te ontkoppelen van de 'andere omstandigheden', waaraan in voorkomende gevallen minder gewicht kan toekomen dan aan het veiligheidsaspect, zodat zij daarvoor dienen te wijken. Ik begrijp de Hoge Raad aldus, dat deze de objectieve onkenbaarheid van een gebrek wel degelijk aanvaardt als mogelijk zelfstandig en absoluut obstakel voor de vestiging van opstallenaansprakelijkheid, maar dat deze tegelijkertijd meent dat een beroep daarop niet al te vlug moet worden aanvaard. Aan de onderbouwing van dergelijke beroepen mogen namelijk strenge eisen worden gesteld, juist omdat men te maken heeft met zwaarwegende aspecten van maatschappelijke veiligheid. Indien de objectieve onkenbaarheid echter op overtuigende wijze is komen vast te staan, rest de rechter – zo begrijp ik de Hoge Raad althans – geen andere keuze dan de vordering tot schadevergoeding op die grond af te wijzen. In verband met 'andere omstandigheden' rest hem nog wel de mogelijkheid tot het maken van een nadere afweging tussen die omstandigheden en het veiligheidsbelang, waarbij aan dat laatste belang een bijzonder gewicht toekomt. Het is duidelijk – en dat stelt ook Lindenbergh⁶⁹ – dat de Hoge Raad vanuit het oogpunt van de bewijslastverdeling kiest voor de bescherming van het slachtoffer.

Het *Wilnis*-arrest leert wat mij betreft dus de algemene les dat de objectieve onkenbaarheid van gevaren en gebreken aan opstallen met een maatschappelijke veiligheidsfunctie, indien deze eenmaal op overtuigende wijze is komen vast te staan, in de weg staat aan de vestiging van aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW. Het lijkt mij vanzelfsprekend dat op de bezitter van dergelijke opstallen ten aanzien van die onkenbaarheid een zware en bijzondere bewijslast drukt. Kan hij niet overtuigend aantonen dat hij het gebrek op grond van de huidige stand van de wetenschap en techniek niet kende en behoefde te kennen, omdat hij noch iemand anders het gebrek *kon* kennen, dan heeft een beroep op de onkenbaarheid terecht geen kans van slagen. In dat geval wordt het gebrek of gevaar dus geacht niet onkenbaar te zijn geweest. De gelaedeerde doet er goed aan zich in te spannen om aannemelijk te maken dat de bezitter het gebrek of gevaar wel degelijk kende dan wel behoorde te kennen. Zolang de objectieve onkenbaarheid echter niet is komen vast te staan, is het voordeel van de twijfel aan de zijde van de gelaedeerde. In een tussenuitspraak van 17 april 2012 sluit het Hof Den Haag overigens niet uit dat het in de *Wilnis*-zaak tot een oordeel zal komen dat het beroep van de beheerder op de objectieve onkenbaarheid doel zal treffen.⁷⁰ Dat neemt niet weg dat op het hoogheemraadschap in het onderhavige geval nog steeds een zware bewijslast rust de onkenbaarheid van het gebrek aannemelijk te maken. Indien het hoogheemraadschap daarin slaagt, dan komt op grond van de devolutieve

⁶⁸ Zie Lindenbergh 2011, p. 212.

⁶⁹ Zie Lindenbergh 2011, p. 213.

⁷⁰ Zie Hof Den Haag 17 april 2012, JM 2012, 120 m.nt. H.J. Bos, r.o. 4, 5 en 19.

werking van het appel de vraag aan de orde of de betrokken beheerder toerekenbaar is tekortgeschoten in het onderhoud van de betreffende veenkade.

Nu rijst de vraag of en in hoeverre beheerders en gelaedeerden in een andere (bewijsrechtelijke) positie verkeren, indien een vordering niet wordt gebaseerd op art. 6:174 BW, maar op art. 6:162 BW. Ook in verband met dergelijke vorderingen kan de kenbaarheid van een risico een belangrijke rol spelen. In dergelijke gevallen dient de gelaedeerde aannemelijk te maken dat de beheerder het betreffende risico wel degelijk kende of kon kennen, en het dus heeft veronachtzaamd. Dat plaatst hem in een minder gunstige positie: het voordeel van de twijfel is immers niet aan zijn zijde, maar aan die van de beheerder. Deze zal zich vermoedelijk primair op het standpunt stellen dat hij niet is tekortgeschoten in een wettelijke plicht, omdat hem wegens de objectieve onkenbaarheid van het risico geen enkel verwijt valt te maken. Indien de gelaedeerde er toch in slaagt te beargumenteren dat de betreffende waterkering niet het vereiste beschermingsniveau bood, dan rest de beheerder een beroep op overmacht. Ik sluit niet uit dat de rechter in dat geval vergelijkbaar strenge eisen stelt aan de onderbouwing van de objectieve onkenbaarheid, als in verband met een vordering op basis van art. 6:174 BW. Indien het Hof Den Haag in zijn einduitspraak in de *Wilnis*-zaak tot het oordeel komt dat de objectieve onkenbaarheid van het gebrek in de weg staat aan de vestiging van opstalaansprakelijkheid (hetgeen dus nadrukkelijk niet wordt uitgesloten), ligt het in mijn ogen in de rede dat het in verband met de rechtmatigheidsstoetsing tot een zelfde oordeel komt.

7.3.7. De beleidsvrijheid komt in het gedrang bij de toepassing van art. 6:174 BW

De hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad brengt een verontrustende en onaanvaardbare implicatie met zich: 'De hierboven genoemde factoren kunnen in voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar daarbij verdient aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt (...)' Met de 'hierboven genoemde factoren' doelt de Hoge Raad onder meer op de beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen van de waterbeheerder. Beoogt de Hoge Raad hiermee te stellen dat ook *hieraan* minder gewicht kan toekomen bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag? Als ik het goed begrijp, zegt de Hoge Raad immers dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade dermate zwaarwegende factoren zijn, dat daartegenover minder gewicht kan toekomen aan andere omstandigheden, waaronder het bestaan van beleidsvrijheid en de beschikking over beperkte financiële middelen. In voorkomende gevallen kan dat betekenen dat deze factoren wegvallen tegen het zwaarwegende belang van de waterveiligheid. Dat wekt de nodige verbazing, niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad in andere arresten juist een zwaarwegend belang toekent aan de beleidsvrijheid van beheerders van waterkeringen.⁷¹

71 Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 m.nt. C.J.H.B. (*Bargerbeek*); HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB, AB 1999, 206 m.nt. ThGD; HR 19 november 1999, AB 2002, 21 m.nt. ThGD; en HR 9 november

Er wordt met deze overweging op een cruciaal punt afgeweken van de op art. 6:162 BW gebaseerde standaardjurisprudentie op het terrein van de aansprakelijkheid voor waterbeheerders bij de tenuitvoerlegging van hun wettelijke beheeropgave. In het *Bargerbeek*-arrest⁷² uit 1981 wordt immers reeds expliciet gewicht toegekend aan de beleidsvrijheid van waterbeheerders bij de concrete invulling en uitoefening van hun wettelijke beheertaken. In enkele daarop volgende arresten wordt benadrukt dat hieraan echt niet valt te tornen: waterbeheerders hebben beleidsvrijheid ten aanzien van het stellen van prioriteiten en tevens ten aanzien van de besteding van de hun ter beschikking staande financiële en andere middelen.⁷³ De rechter beoordeelt (onder meer) de zorgvuldigheid waarmee dergelijke beslissingen tot stand komen, maar onthoudt zich van een oordeel over de politieke juistheid daarvan. Dat is vanuit rechtsstatelijk oogpunt geen onbegrijpelijke – en in mijn ogen overigens ook de enige juiste – stellingname. Nu wil ik niet betogen dat waterbeheerders zich onder alle omstandigheden moeten kunnen verschuilen achter hun beleidsvrijheid. Deze komt met de geciteerde overweging van de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest echter wel op onaantoonbare wijze in het gedrang. Is het echt de bedoeling van de Hoge Raad om – overigens op veel implicietere wijze dan het hof doet – toch het risicokarakter van de opstallenaansprakelijkheid te benadrukken? In dat geval had een nadere motivering van de Hoge Raad te dien aanzien niet misstaan. Dat brengt mij overigens niet van mijn ingenomen standpunt: de rechter kan de waterbeheerder bij de invulling en uitoefening van zijn publiekrechtelijke taken niet dwingen de veiligheid boven alles te stellen. In dat geval dringt de rechter de waterbeheerder immers een beleidskeuze op, en dat kan en mag niet de bedoeling zijn.

De geciteerde overweging van de Hoge Raad heeft ook vanuit praktisch oogpunt een maatschappelijk onwenselijke implicatie. Deze hangt samen met het gegeven dat waterbeheerders niet altijd tevens bezitter zijn van waterkeringen en andere waterstaatswerken in hun beheer. Indien zij dat wel zijn, dan is op basis van het huidige recht het systeem van de opstallenaansprakelijkheid mede van toepassing, en lijkt de beleidsvrijheid volgens de Hoge Raad in voorkomende gevallen te kunnen wijken voor het veiligheidsbelang. Indien zij dat niet zijn, dan is slechts het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid van toepassing, en komt volgens de Hoge Raad bij de beoordeling van aansprakelijkheidsvragen juist een zwaar gewicht toe aan de beleidsvrijheid. Het is voor waterbeheerders dus uiterst onaantrekkelijk om de waterkeringen en andere opstallen die zij beheren tevens in bezit te hebben. Dit kan ertoe leiden dat zij de waterkeringen in hun bezit zullen willen afstoten. Dat kan hen belemmeren in de uitoefening van hun beheertaak, niet omdat zij dan geen beheeren onderhoudsmaatregelen meer kunnen treffen,⁷⁴ maar het toenemende risico grote sommen nadeelcompensatie te moeten uitkeren, kan hun beslissingen in dat verband

2002, AB 2002, 20 m.nt. ThGD.

72 Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 m.nt. C.J.H.B. (*Bargerbeek*).

73 Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB, AB 1999, 206 m.nt. ThGD; HR 19 november 1999, AB 2002, 21 m.nt. ThGD; en HR 9 november 2002, AB 2002, 20 m.nt. ThGD.

74 Zij kunnen particuliere bezitters op grond van paragraaf 5.4 Waterwet daartoe immers uiteenlopende gedoogplichten opleggen.

negatief beïnvloeden. Daarenboven kan dit ertoe leiden dat waterbeheerders bij de feitelijke invulling en tenuitvoerlegging van hun wettelijke taken meer aandacht zullen hebben voor en prioriteiten zullen leggen bij het beheer van de keringen en andere waterstaatswerken waarvan zij tevens bezitter zijn. Dergelijke overwegingen dienen bij voorkeur geen rol te spelen bij de concrete invulling van beheertaken, in het bijzonder bij het stellen van prioriteiten en het nemen van beslissingen omtrent de besteding van beperkte financiële en andere middelen.

Deze onwenselijke situatie kan in beginsel op twee manieren worden opgelost. In de eerste plaats kan worden benadrukt dat de beleidsvrijheid bij de toepassing van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid hetzelfde belang toekomt, als bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen. Dat zou een aanzienlijke beperking betekenen van het risicokarakter van dat aansprakelijkheidsstelsel. Men dient zich dan wel af te vragen of dat systeem dan nog een toegevoegde waarde heeft boven dat van de onrechtmatige overheidsdaad.⁷⁵ Daarom lijkt het – in de tweede plaats en eens te meer – voor de hand te liggen het systeem van de opstallenaansprakelijkheid niet van toepassing te verklaren op gevallen waarin water- of klimaatschade is ontstaan door vermeende gebreken aan waterstaatswerken. Het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid is beter toegerust op dergelijke situaties. De belangrijkste vraag in dat kader moet immers zijn of een waterbeheerder ontoelaatbaar is tekortgeschoten in een van zijn zorgplichten. Het aanvaarden van een verdergaande vorm van (risico)aansprakelijkheid onteert het karakter van deze voor het Nederlandse waterbeheer kenmerkende zorgplichten, die traditioneel worden beschouwd als inspanningsverplichting en waarbij de waterbeheerder een zekere mate van beleidsvrijheid nu eenmaal niet kan worden ontzegd.⁷⁶ Daarnaast komt de feitelijke uitoefening van zorgplichten in het waterbeheer, óók met het oog op de adaptatie aan klimaatverandering, lang niet alleen neer op het beheer van waterstaatswerken. De opstallenaansprakelijkheid bestrijkt dus slechts een beperkt deel van het wettelijke takenpakket van waterbeheerders.

7.3.8. *De (gebrekkige) toepasbaarheid van de tenzij-clausule*

Bij de beoordeling van de vraag of een opstal gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW, wordt aansluiting gezocht bij de in het *Kelderluik*-arrest ontwikkelde criteria voor onrechtmatige gevaarzetting. Zodoende wordt het systeem van de opstallenaansprakelijkheid gedeeltelijk ingevuld langs de lijnen van het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen, zodat van een scherp onderscheid – of met de woorden van Oldenhuis: een waterscheiding⁷⁷ – tussen beide systemen niet (langer) kan worden gesproken. Indien de gebrekkige gesteldheid van een opstal is komen vast te staan, kan nogmaals belang toekomen aan het systeem van de

⁷⁵ Zie ook paragraaf 7.3.6.1.

⁷⁶ Zie uitgebreid over het juridische karakter van de zorgplichten in het waterbeheer Groothuijse 2009, p. 56-68. Zie tevens paragraaf 4.3.4.

⁷⁷ Zie Oldenhuis 2011, p. 672.

onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen ontbreekt immers, indien bij *veronderstelde* bekendheid met het gevaar ten tijde van het ontstaan daarvan aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW ook *zou hebben* ontbroken. In mijn visie dient aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW (en art. 6:162 BW) reeds te ontbreken, wanneer een succesvol beroep wordt gedaan op de objectieve onkenbaarheid van het gevaar.⁷⁸ In gevallen waarin een beroep daarop slaagt, komt dus in mijn ogen geen belang meer toe aan de genoemde tenzij-clausule. Deze clausule ziet mijns inziens dus slechts op situaties waarin het gebrek niet *gekend* was, maar wel *kenbaar* was en dus gekend had kunnen en moeten zijn. Daaronder vallen ook de gevallen, waarin een falend beroep wordt gedaan op de objectieve onkenbaarheid.

De objectieve onkenbaarheid is in de *Wilnis*-zaak vooralsnog niet definitief komen vast te staan, maar het Hof Den Haag sluit in een tussenuitspraak niet uit dat het tot dat oordeel zal komen.⁷⁹ Ook in andere gevallen van klimaatschade door vermeende gebreken aan waterstaatswerken lijken strenge eisen te kunnen worden gesteld aan de onderbouwing van een beroep op de objectieve onkenbaarheid. In dergelijke gevallen kan dus nog betekenis toekomen aan de tenzij-clausule, zodat bespreking hiervan op haar plaats is, afgezien van mijn eerdere betoog deze gevallen buiten de werkingssfeer van de opstallenaansprakelijkheid te brengen. Het hoogheemraadschap heeft in de *Wilnis*-zaak overigens wel een beroep gedaan op de tenzij-clausule uit art. 6:174 lid 1 BW. Het lijkt er op dat het hoogheemraadschap in zijn betoog afstevende op overmacht als rechtvaardigingsgrond. Het hof heeft echter geoordeeld dat dat in dat kader onvoldoende is gesteld of gebleken. De Hoge Raad is het hof in dit oordeel gevolgd. Volgens het hof heeft het hoogheemraadschap niet (overtuigend) betoogd dat de omstandigheden van het geval meebrengen dat ook bij bekendheid van het gevaar maatregelen aan de kade achterwege zouden zijn gebleven. Uit verschillende bronnen volgt voorts veeleer dat bij bekendheid van het gevaar ten tijde van zijn oorzaak van het hoogheemraadschap verlangd had kunnen worden adequate maatregelen te treffen. Feiten en omstandigheden die de conclusie kunnen dragen dat het door droogte geïnitieerde gewichtsverlies, de deformatie van het dijklichaam en het kapot gaan van de beschoeiing zo plots zijn opgetreden dat, ook bij onderkenning van het gevaar, niet tijdig maatregelen hadden kunnen worden getroffen, zijn – aldus het hof – ten slotte gesteld noch gebleken.⁸⁰

Hoewel uit niets blijkt dat het hoogheemraadschap zich heeft ingespannen het beroep op de tenzij-clausule en de overmacht te voorzien van een nadere onderbouwing, is de vraag interessant – maar evenzeer speculatief – of dat wellicht *had gekund* met een redelijke kans op succes. Het hof lijkt die mogelijkheid namelijk niet expliciet uit te sluiten, want het stelt slechts dat te dien aanzien onvoldoende is gesteld of gebleken. De vraag die dus in concrete zin moet worden beantwoord is: had het

⁷⁸ Zie paragraaf 7.3.6.3.

⁷⁹ Zie Hof Den Haag 17 april 2012, JM 2012, 120 m.nt. H.J. Bos, r.o. 19.

⁸⁰ Zie Hof Amsterdam 9 juni 2009, zaaknummer 106.006.685/01, LJN BI7389, r.o. 2.6 en HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7, r.o. 4.5.2.

hoogheemraadschap bij bekendheid met het gevaar op het tijdstip dat het ontstond adequate maatregelen kunnen en moeten treffen, of ontstond het gevaar zo plotseling dat maatregelen redelijkerwijs niet konden worden gevegd? Die vraag kan uiteraard ook worden veralgemeniseerd. Bij de beantwoording van deze vraag is het van belang nauwkeurig vast te stellen wanneer het gevaar is ontstaan. Daarbij verdient het opmerking dat de tenzij-clausule zich richt op het ontstaansmoment van een gevaarlijke situatie, en dus niet op het moment waarop deze situatie zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Wel kunnen beide momenten samenvallen. Ook kan de lengte van de periode tussen het ontstaan van een gevaar en de verwezenlijking daarvan van belang zijn bij de toepassing van de tenzij-clausule. Bij gebrek aan technische expertise ga ik er met het oog op de *Wilnis*-zaak overigens van uit dat het gevaar (hoofdzakelijk) is ontstaan door droogte.

Men kan bij de bepaling van het ontstaansmoment van het gevaar verschillende kanten op redeneren. Enerzijds kan men stellen dat een veenkade kennelijk een zekere mate van verdroging aankan, voordat deze bezwijkt. In dat licht kan men voorts betogen dat er dus een zeker omslagmoment moet bestaan. Vóór dat moment bestaat er nog geen gevaar, op dat moment opeens wel, en na dat moment is het te laat om nog veiligheidsmaatregelen te treffen. In die lijn van denken is het gevaar dus zo plotseling ontstaan dat het hoogheemraadschap geen tijd meer was geboden enige maatregelen te treffen, ook al was het bekend geweest met het gevaar op het ontstaansmoment. Het ontstaansmoment en het moment van de verwezenlijking van het gevaar worden dan immers feitelijk als ondeelbaar beschouwd. De zwakte van deze redenering is dat men – wanneer men toch aan het veronderstellen is geslagen – kan betogen dat ook het omslagmoment redelijkerwijs kan worden voorzien, indien men veronderstelt dat men bekend was met het risico van verdroging. Wanneer een veenkade verdrogingsverschijnselen begint te vertonen, kan men redelijkerwijs verwachten dat deze bij aanhoudende droogte in ernst zullen toenemen. Maar biedt de tenzij-clausule wel de ruimte om ook het uitzicht op het ontstaan van gevaar te veronderstellen, en dit voor de toepassing daarvan gelijk te stellen met het ontstaan ervan? In dat geval zou een beroep op de tenzij-clausule weinig kans van slagen hebben, maar het betreft volgens mij vanuit juridisch oogpunt wel een ongelukkige constructie.

Anderzijds kan men stellen dat het ontstaansmoment en het moment van de verwezenlijking van het gevaar niet samenvallen, maar dat een bepaalde periode tussen beide momenten ligt. Dit lijkt een realistischere benadering, want een veenkade is immers niet van het ene op het andere moment verdroogd. In die lijn van denken is het gevaar dus niet zo plotseling ontstaan dat het hoogheemraadschap helemaal geen tijd meer was geboden enige maatregelen te treffen. Maar voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag ex art. 6:162 BW is het nog wel relevant nauwkeurig te bepalen op welk moment het gevaar dan wordt geacht te zijn ontstaan.⁸¹ Acht men het gevaar reeds te zijn ontstaan na één droge dag, of een week, of vanaf het moment dat een veenkade daadwerkelijk meetbare verdrogingsverschijnselen begint te vertonen

81 Het gaat immers niet om een blikseminslag of een plotselinge rukwind als ontstaansgrond voor het gevaar, maar om de (langdurige) blootstelling van een veenkade aan droogte.

die aanleiding zouden hebben gegeven tot gegronde vrees voor een kadeverschuiving? Naast de keuze voor een ontstaansmoment is bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag ook het moment van verwezenlijking relevant. De vraag spitst zich er immers op toe of tussen beide momenten redelijkerwijs maatregelen hadden moeten worden getroffen. Hoe eerder in de tijd ten opzichte van het moment van de verwezenlijking van het gevaar men het ontstaan van een gevaar plaatst, hoe eerder men tot de conclusie zal komen dat bij veronderstelde bekendheid daarvan redelijkerwijs maatregelen hadden moeten worden getroffen. Duidelijk is dat de kans van slagen van een beroep op de tenzij-clausule in het kader van deze redenering afhangt van de keuze voor het moment van het ontstaan van het gevaar. Die keuze is echter tamelijk arbitrair en biedt ruimte voor discussie, zowel in de wetenschap als in de rechtszaal.

De vraag of het hoogheemraadschap in de *Wilnis*-zaak bij veronderstelde bekendheid van het gevaar een succesvol beroep zou of had kunnen doen op de tenzij-clausule, is dus niet eenduidig en evenmin eenvoudig te beantwoorden. Het oordeel of aansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten zou hebben ontbroken, is immers in sterke mate afhankelijk van het moment dat men kiest voor het ontstaan van het gevaar. In dit geval werd het gevaar namelijk niet veroorzaakt door één enkele gebeurtenis, maar door een langdurig aanhoudende situatie waarin het gevaar de kans kreeg te groeien. De *Wilnis*-zaak is wat dat betreft niet uniek, want in veel gevallen ontstaat een gevaar sluipenderwijs. Daarvan kan ook sprake zijn met het oog op andere gevaren die door klimaatverandering in het leven worden geroepen. Afgezien van de vraag of dergelijke gevaren überhaupt kenbaar zijn, meen ik dat de tenzij-clausule niet goed is toegesneden op situaties waarin een gevaar geleidelijk ontstaat, of ontstaat door een aaneenschakeling van in de tijd (ver) uit elkaar liggende gebeurtenissen. In dergelijke gevallen kan de bekendheid met het gevaar namelijk wel worden verondersteld, maar kan men bij de beantwoording van de vraag of aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben ontbroken al gauw vastlopen op de vraag wanneer dat gevaar dan zou zijn ontstaan. Bij de toepassing van art. 6:162 BW speelt die vraag geen rol; dan gaat het immers om de vraag of een waterbeheerder al dan niet toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Hierin ligt een laatste argument tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW in gevallen van overstromingen en wateroverlast door vermeende gebreken aan waterstaatswerken.

7.4. Conclusies en aanbevelingen

7.4.1. Algemene conclusies: een aanzienlijke aansprakelijkheidsdreiging

Naar de huidige stand van zaken moet worden geoordeeld dat het systeem van de opstallenaansprakelijkheid ex art. 6:174 BW van toepassing kan zijn op situaties waarin water- en klimaatschade is ontstaan door vermeende gebreken aan waterstaatswerken. De belangrijkste ingangseis voor de toepassing van dit aansprakelijkheidssysteem is immers dat men te maken heeft met een opstal in de zin van het vierde lid van dat artikel. De meeste waterstaatswerken kunnen bezwaarlijk buiten de kaders van deze wettelijke definitie worden geplaatst. Voor zover waterstaatswerken niet kun-

nen worden aangemerkt als opstal, dreigt er voor waterbeheerders begrijpelijkerwijs geen opstallenaansprakelijkheid. Voor de vestiging van aansprakelijkheid moet voorts worden voldaan aan verschillende criteria. Een belangrijk algemeen criterium is dat de aansprakelijkheid rust op de bezitter van een opstal. Zolang een waterbeheerder dus wel beheerder, maar geen bezitter is van een opstal, dreigt voor hem evenmin de opstallenaansprakelijkheid. Dit is een belangrijke praktische beperking voor de toepasbaarheid van deze aansprakelijkheidsvariant in het Nederlandse waterbeheer. Het komt immers betrekkelijk vaak voor dat anderen dan de waterbeheerder bezitter zijn van waterstaatswerken.

Is sprake van een opstal en is de waterbeheerder tevens bezitter daarvan, dan komt belang toe aan de andere vestigingscriteria. Voor de vestiging van aansprakelijkheid is het van belang of het waterstaatswerk al dan niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen. Hoewel men anders zou kunnen vermoeden, kunnen – aldus de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest – uiteenlopende factoren van belang zijn bij de vraag of aan dit zogenoemde ‘gebrekscriterium’ is voldaan. Deze worden in belangrijke mate ontleend aan de in het *Kelderluik*-arrest ontwikkelde en in het *Bargerbeek*-arrest nader op het waterbeheer toegespitste criteria voor onrechtmatige gevaarzetting. Voorbeelden van dergelijke factoren zijn de aard en de bestemming van een waterstaatswerk, de eventuele waarborgfunctie daarvan, de fysieke toestand van het werk, de kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar, de bezwaarlijkheid en mogelijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, en de beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen van de waterbeheerder. Het betreft in dat opzicht dus kennelijk geen zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid. Aangezien de overwegingen van de Hoge Raad in de *Wilnis*-zaak tot zover algemeen van aard zijn, lijkt de conclusie met het oog op de kans op opstallenaansprakelijkheid te wijzen in de richting dat deze in algemene zin *geringer* is dan men in eerste instantie zou verwachten. De belangrijkste beperkende factor voor opstallenaansprakelijkheid lijkt hier – evenals bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen – de beleids- en beoordelingsvrijheid van de waterbeheerder.

In de *Wilnis*-zaak kent de Hoge Raad echter op expliciete wijze dermate veel gewicht toe aan het belang van de waterveiligheid (de waarborgfunctie van een veenkade), dat aan andere omstandigheden daartegenover minder gewicht kan toekomen. Zelfs de beleidsvrijheid lijkt in dat kader terzijde te kunnen worden geschoven, althans een minder gewichtige factor te kunnen zijn. Voorts lijkt de Hoge Raad niet te ontkennen dat de objectieve onkenbaarheid van een gevaar in de weg kan staan aan aansprakelijkheid, maar aan de onderbouwing van betogen daaromtrent kunnen zeer strenge eisen worden gesteld. Daarnaast brengt de verwezenlijking van een gevaar het vermoeden met zich dat er sprake was van een gebrek aan een waterstaatswerk. Het is de waterbeheerder die hiervan het tegendeel moet bewijzen. Ook bij een beroep op de tenzij-clausule dient een waterbeheerder ter onderbouwing overigens zwaarwegende argumenten aan te voeren, hetgeen in de *Wilnis*-zaak niet is gebeurd. Het is de vraag hoe het verwijzingshof in deze zaak – en de burgerlijke rechter in toekomstige vergelijkbare zaken – zal omgaan met deze op de onderhavige vraagstelling toegesneden overwegingen van de Hoge Raad.

Hoe strenger de eisen zijn die in dat kader worden ontwikkeld aan de bewijsvoering van waterbeheerders, hoe kleiner de kans is dat hun verweer in algemene zin kans van slagen zal hebben. In een tussenuitspraak is het Hof Den Haag overigens nog niet verder gekomen dan te oordelen dat voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag nader onderzoek nodig is, althans dat de bestaande gegevens op basis van een laboratoriumonderzoek door onafhankelijke deskundigen nader dienen te worden beoordeeld op hun juistheid. Het arrest van de Hoge Raad biedt in algemene zin veel ruimte voor nuance, maar wanneer deze ruimte beperkt wordt opgevat, wordt tegelijkertijd alsnog het risicokarakter van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid onderstreept. De conclusie die men dan zou moeten trekken is dat de kans op aansprakelijkheid voor klimaatschade door gebreken aan waterstaatswerken aanzienlijk is. De tijd moet het leren.

7.4.2. Argumenten tegen de toepasbaarheid van art. 6:174 BW

De rechtspolitieke argumenten van advocaat-generaal Spier om de opstallenaansprakelijkheid niet van toepassing te achten op zaken zoals de *Wilnis*-zaak, moeten worden gezien in het licht van het bovenstaande. Als de kans op opstallenaansprakelijkheid voor waterbeheerders inderdaad aanzienlijk is – i.e. indien waterbeheerders inderdaad bergen moeten verzetten om aannemelijk te maken dat opstallenaansprakelijkheid in een voorkomend geval niet op haar plaats is –, winnen de argumenten van Spier aan belang. De gevolgen van een te ruime werkingssfeer van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid kunnen inderdaad een ontwrichtende werking hebben. Het is dan de vraag of de toepassing van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid bij waterschade door dijkdoorbraken nog te rechtvaardigen is. Aan deze argumenten kan worden tegemoetgekomen door, bij de vraag of een waterstaatswerk daadwerkelijk gebrekkig was, expliciet belang te doen toekomen aan andere factoren dan enkel het belang van de waterveiligheid. Met het *Wilnis*-arrest lijkt te dien aanzien een belangrijke stap in de goede richting te zijn gezet, maar daaruit blijkt op datzelfde punt tegelijkertijd een sterke mate van terughoudendheid. Men kan zich overigens afvragen wat de meerwaarde van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid nog is, indien het belangrijkste criterium voor de vestiging van opstallenaansprakelijkheid wordt ingevuld aan de hand van in het kader van het onrechtmatigedaadsrecht ontwikkelde criteria. Kan dan niet beter gewoon dat laatste systeem worden toegepast? Ook Spier lijkt zich deze vraag te stellen, maar hij geeft geen juridische argumenten voor het buiten toepassing laten van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid op gevallen van water- en klimaatschade door gebrekkige waterstaatswerken.

Toch zijn er wel juridisch-technische argumenten voorhanden om tot een conclusie te komen, die Spier sterkt in zijn overwegend op rechtspolitieke gronden gebaseerde betoog. Ik concludeer dat het systeem van de opstallenaansprakelijkheid op verschillende punten niet goed is toegesneden op gevallen waarin water- en klimaatschade is ontstaan door gebreken aan waterstaatswerken. In de eerste plaats verdraagt dit systeem zich slecht met de in het waterrecht geldende wettelijke integrale zorgplichten.

Deze zorgplichten worden traditioneel beschouwd als inspanningsverplichtingen, bij de invulling en uitvoering waarvan de betrokken waterbeheerders een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid wordt geboden. Waterbeheerders voeren hun wettelijke taakstelling voorts ook niet alleen uit door het beheren en aanleggen van waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstallen. De (overzichtelijkheid van de) handhaving van dergelijke zorgplichten is gebaat bij de toepasbaarheid van één uniform aansprakelijkheidssysteem. Het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen leent zich daarvoor het best, omdat dit systeem zich wat betreft de toepasbaarheid daarvan uitstrekt over de gehele zorgplicht en niet slechts over het beheer van opstallen. Ook bij vermeend wanbeheer van opstallen is de primaire vraag in mijn optiek dus of de waterbeheerder al dan niet is tekortgeschoten in een wettelijke zorgplicht. De vraag of en in hoeverre deze in de hoedanigheid van bezitter aansprakelijk zou moeten zijn voor de schade als gevolg van eventuele gebreken aan waterstaatswerken, dwaalt te zeer af van deze essentie.

In de tweede plaats bestaat het gevaar dat de toepasbaarheid en toepassing van twee aansprakelijkheidssystemen leidt tot sterk afwijkende jurisprudentie. Dat gevaar bestaat vooral wanneer in de afzonderlijke systemen een afwijkend gewicht wordt toegekend aan de beleids- en beoordelingsvrijheid als beperkende factoren voor overheidsaansprakelijkheid. Op basis van het *Wilnis*-arrest kan immers worden betoogd dat hieraan bij de vestiging van opstallenaansprakelijkheid minder of minder bijzonder belang toekomt, dan bij de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad (*Bargerbeek*-arrest). Uit de in het *Wilnis*-arrest gevolgde lijn van redeneren kan worden afgeleid dat de rechter de beleidsvrijheid van de waterbeheerder kan wegstrepen tegen het maatschappelijk zwaarwegende belang van de waterveiligheid. Dit dient vanuit rechtsstatelijk oogpunt als onaanvaardbaar te worden beschouwd, omdat die beleidsvrijheid juist een wezenlijk element is in het Nederlandse waterbeheer. Dat wordt in diverse arresten ook door de Hoge Raad zelf benadrukt. Door de veiligheid in voorkomende gevallen boven alles te stellen, maakt de rechter immers een beleidskeuze die juist de waterbeheerder dient te maken bij de nadere invulling en uitvoering van zijn takenpakket. Een en ander klemmt temeer nu waterbeheerders niet in alle gevallen tevens bezitter zijn van de waterstaatswerken die zij beheren. Enkel wanneer zij dat wel zijn, is het systeem van de opstallenaansprakelijkheid toepasbaar. Art. 6:162 BW is in alle gevallen toepasbaar. In samenhang met de genoemde onaanvaardbaarheid pleit dit voor de exclusieve toepasbaarheid dáárvan.

Ten slotte is de tenzij-formule ex art. 6:174 lid 1 BW niet goed toegesneden op situaties waarin een gevaar op een sluipende wijze is ontstaan of het gevolg is van een aaneenschakeling van afzonderlijke (ver) in de tijd uiteen liggende gebeurtenissen. Daarvan kan in het kader van klimaatverandering al gauw sprake zijn. In dergelijke gevallen kan geen concreet ontstaansmoment van het gevaar worden aangewezen, althans kan daarover worden gediscussieerd. In dit verband kan ook worden gewezen op het concept van *'tipping points'*, dat een centrale positie heeft verworven in de klimaatwetenschap. Dat kan een belemmering vormen voor de eenduidige beantwoording van de vraag of aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben ontbroken bij veronderstelde bekendheid met het gevaar. Bij directe toepassing van art. 6:162

BW speelt de vaststelling van het ontstaansmoment geen (belangrijke) rol, zodat de conclusie ook hier wijst in de richting van exclusieve toepasbaarheid van dat artikel in het waterbeheer. Dit artikel is immers ook van toepassing in gevallen waarin het gevaar onbekend was, maar wel kenbaar en dus bekend had moeten zijn. Ook dan kan een waterbeheerder immers nalatigheid in de uitoefening van een wettelijke zorgplicht worden verweten. Bij objectieve onkenbare gebreken of gevaren zal aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad overigens niet kunnen worden gevestigd. Er is geen goede reden of rechtvaardiging te bedenken om aan te nemen dat daarvan bij de vestiging van de opstallenaansprakelijkheid zou moeten worden afgeweken.

7.4.3. Aanbeveling tot aanpassing art. 6:174 BW

Op basis van bovenstaande in combinatie met de rechtspolitieke argumenten van Spier concludeer ik dat het systeem van de opstallenaansprakelijkheid niet van toepassing zou moeten zijn op gevallen waarin water- en klimaatschade is ontstaan door vermeende gebreken aan waterstaatswerken. Dit leidt immers tot ingewikkelde, onwenselijke en ontoelaatbare omstandigheden, terwijl het systeem van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad zich uitstekend leent voor dergelijke situaties. Bij een dergelijke conclusie hoort een duidelijke aanbeveling. Het komt mij te zeer gekunsteld over om waterstaatswerken, die wel degelijk vallen aan te merken als opstallen, toch buiten de reikwijdte van die wettelijke definitie te brengen. Daarmee zou de rechter zich ten aanzien van zijn bevoegdheden ook in een schemergebied wagen. Daarom beveel ik aan art. 6:174 BW expliciet niet van toepassing te verklaren op de hierboven genoemde situaties. Ik zie op dat punt primair een taak weggelegd voor de wetgever. Deze kan overwegen aan art. 6:174 BW een zevende lid toe te voegen, dat luidt: 'Dit artikel is niet van toepassing in gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterstaatswerken, zoals bedoeld in artikel 1.1 van de Waterwet, die tevens zijn aan te merken als opstal in de zin van het vierde lid van dit artikel.' Zodoende wordt art. 6:162 BW exclusief van toepassing. Dit betekent wel dat de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid van de schadeoorzaak (een nalaten van waterbeheerders) in alle gevallen op gelaedeerden rust, hetgeen kan betekenen dat water- en klimaatschade eerder voor hun eigen rekening zal blijven. Dat is met het oog op de reikwijdte van de zorgplichten in het waterbeheer en de eigen verantwoordelijkheden van particulieren niet zonder meer onredelijk. Mocht dit onverhoopt toch onredelijke vormen aannemen, dan kan de schade overigens – zoals ook Spier terecht opmerkt – voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen.

≈ 8 Aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens rechtmatige gedragingen

8.1. Inleiding

Het valt redelijkerwijs te verwachten dat waterbeheerders op de korte of langere termijn steeds meer uiteenlopende gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering zullen gaan verrichten.¹ Zolang zij daarbij het geldende recht in acht nemen, zijn dergelijke gedragingen niet onrechtmatig te noemen.² Desalniettemin kunnen ook rechtmatige gedragingen van waterbeheerders schade veroorzaken.³ Het betreft dan in termen van dit proefschrift *gevolgschade* in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.⁴ In dit hoofdstuk staat met het oog daarop de vraag centraal in hoeverre voor waterbeheerders een dreiging bestaat van aansprakelijkheid voor dergelijke schade.⁵ Daarbij is hoofdzakelijk van belang of, in hoeverre en op welke wijze in dat kader naar verwachting een bijzondere invulling zal worden gegeven aan de verschillende toetsingselementen van het leerstuk van de nadeelcompensatie. Aan de basis van dit leerstuk ligt het *égalité*beginsel.⁶ De grondslag voor aansprakelijkheid wordt doorgaans gevonden in een op dit beginsel gebaseerde nadeelcompensatieregeling. Voor dit proefschrift zijn art. 7.14 Waterwet⁷ en de nieuwe regeling in titel 4.5 Awb (vanaf de inwerkingtreding daarvan) van overwegend belang.⁸ Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad gelden twee criteria: het nadeel moet voor de benadeelde onevenredig zijn in vergelijking met anderen en dit moet voorts het normaal maatschappelijk risico overstijgen. Het moet met andere woorden gaan om een *speciale*⁹ en *abnormale*¹⁰ last. Bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding gelden voorts enkele *corrigerende factoren*, zoals de actieve en passieve risicoaanvaarding, de schadebeperkingsplicht, en de voordeelverrekening. Het

1 Sommige in het kader van het waterbeheer getroffen, dan wel in voorbereiding of uitvoering zijnde maatregelen zijn reeds aan te merken als adaptatiemaatregelen in de zin van dit proefschrift.

2 Zie paragraaf 6.3.

3 Zie voor een overzicht van mogelijke soorten schade bijvoorbeeld Van Heesbeen, Van Vessem & Van Ravels 2007, p. 12-13.

4 Zie paragraaf 5.2.3.2.

5 Zie tevens Gilissen & Schueler 2012, p. 167-170 en p. 188-189.

6 Zie uitgebreid over nadeelcompensatie op basis van het *égalité*beginsel Tjepkema 2010. Het *égalité*beginsel kan worden beschouwd als bijzondere verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel (zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. Drupsteen). Dit beginsel wordt voluit aangeduid als het beginsel van de '*égalité devant les charges publiques*'. Dit op het Franse bestuursrecht gebaseerde rechtsbeginsel is in de vroege jaren zeventig geïntroduceerd in de Nederlandse literatuur als een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Zie Konijnenbelt 1971.

7 Zie Groothuijse 2009, p. 387-399 en Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 146-158.

8 Zie Stb. 2013, 50 en bijvoorbeeld Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012; Van den Broek 2011; Etekoven, Van Ravels & Tjepkema 2011; Tjepkema 2010, p. 869-928.

9 Zie Tjepkema 2004, p. 12-22 en Tjepkema 2010, p. 355-408, met vele verwijzingen.

10 Zie Tjepkema 2010, p. 409-532, wederom met vele verwijzingen.

dient te worden benadrukt dat in de praktijk van de nadeelcompensatie niet altijd een even duidelijk onderscheid is te maken tussen de vestigings- en de omvangfase en de werking van de verschillende criteria en factoren.¹¹ De overzichtelijkheid van een theoretische verhandeling als deze is echter wel gebaat bij dergelijk onderscheid. In de literatuur is het daarom gebruikelijk onderscheid te maken tussen twee fasen of stappen.¹² Hieronder sluit ik me daarbij aan.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 8.2 bespreek ik in kort bestek enkele achtergronden van het *égalité*beginsel als algemene grondslag voor nadeelcompensatie. Vervolgens geef ik een kort overzicht van de relevante criteria en factoren binnen het leerstuk van de nadeelcompensatie (paragraaf 8.3). Voor de beantwoording van de centrale vraag, is het primair van belang na te gaan wat de reikwijdte is van de toepasbare nadeelcompensatieregelingen (paragraaf 8.4). Voorts bespreek ik in paragraaf 8.5 het criterium van de speciale last in het licht van de adaptatie aan klimaatverandering. In paragraaf 8.6 ga ik nader in op de vraag in hoeverre het criterium van het normaal maatschappelijk risico zich in dat kader leent voor een bijzondere invulling. In paragraaf 8.7 bespreek ik het leerstuk van de risicoaanvaarding, waarna ik in paragraaf 8.8 en 8.9 inga op de eventuele bijzondere invulling van de leerstukken van de schadevoorkomingsplicht en de voordeelverrekening. Ik sluit af met de nodige conclusies en aanbevelingen in paragraaf 8.10.

8.2. Het *égalité*beginsel als algemene grondslag voor nadeelcompensatie

Het leerstuk van de nadeelcompensatie heeft de laatste decennia een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Deze ontwikkeling kenmerkt zich enerzijds door een *veralgemenisering* van het *égalité*beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie, en anderzijds door een *verzelfstandiging* van de nadeelcompensatieprocedure. Een belangrijk moment in deze ontwikkeling betreft de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State in de zaken *Alpha* (29 november 1996) en *Van Vlodrop* (6 mei 1997).¹³ Sinds deze uitspraken geldt het *égalité*beginsel nadrukkelijk als algemene, ongeschreven grondslag voor nadeelcompensatie, terwijl daarvóór slechts een recht op nadeelcompensatie kon bestaan, indien daarin nadrukkelijk werd voorzien door een bijzondere (buiten)wettelijke regeling. Ook bestaat sindsdien de mogelijkheid de beslissing over nadeelcompensatie in procedureel opzicht te ontkoppelen van de schadeveroorzakende overheidsgedraging zelf.¹⁴ Zodoende kan sindsdien dus ook

¹¹ Zie Tjepkema 2010, p. 293-295 en Scheltema & Scheltema 2008, p. 417-418.

¹² Zie Groothuijse 2009, p. 392 en Schueler 2005, p. 197. Groothuijse vindt overigens ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad steun in deze tweestappenbenadering (HR 17 september 2004, AB 2006, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels).

¹³ Zie ABRvS 29 november 1996, AB 1996, 66 m.nt. PvB (*Alpha*) en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (*Van Vlodrop*). Zie tevens ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB.

¹⁴ Het betreft de ontkoppeling van de *égalité*-evenredigheid van de evenredigheid op basis van de proportionaliteit (art. 3:4 lid 2 Awb). Zie bijvoorbeeld Van den Broek 1999; Hennekens 2000; Polak 2002;

bij afwezigheid van een wettelijke regeling een zelfstandige procedure over nadeelcompensatie worden gevoerd, zonder de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit in twijfel te (hoeven) trekken.¹⁵ Ook wanneer, met andere woorden, een nadeelcompensatieregeling ontbreekt, kan dus een zelfstandig schadebesluit worden uitgelokt op basis van connexiteit.¹⁶ Op 29 januari 2013 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel aangenomen tot (onder meer) de codificatie van het *égalité*beginsel in de Algemene wet bestuursrecht.¹⁷ De nieuwe regeling is inmiddels ook gepubliceerd in het *Staatsblad*.¹⁸ De inwerkingtreding¹⁹ van deze wet brengt de beschreven ontwikkeling tot een (voorlopig) eindpunt en beoogt tevens een harmonisatie van de bestaande (buiten)wettelijke nadeelcompensatieregelingen te bewerkstelligen.²⁰

Tot de bedoelde inwerkingtreding blijven de afzonderlijke regelingen onverkort gelden en blijft het theoretisch relevant om onderscheid te maken tussen zelfstandige schadebesluiten op grond van dergelijke regelingen en die op basis van de connexiteit. Een belangrijk aandachtspunt ligt in het toepassingsbereik en de daarmee samenhangende vraag welke rechter bevoegd is te oordelen in geschillen over nadeelcompensatie. Het is niet ongebruikelijk dat nadeelcompensatieregelingen een ruime reikwijdte hebben. Een voor dit proefschrift belangrijk voorbeeld is art. 7.14 lid 1 Waterwet. Dat artikel biedt een basis voor de compensatie van schade door ‘de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer’.²¹ Deze regeling ziet met nadruk niet alleen op schade door rechtmatige appellabele ‘waterbesluiten’, maar ook op schade door rechtmatige niet-appellabele gedragingen, zoals het vaststellen van plannen, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, of het verrichten van feitelijke handelingen in het kader van het waterbeheer.²² De reactie op een verzoek om de compensatie van schade door dergelijke gedragingen is een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter. De nieuwe nadeelcompensatieregeling in de Awb is wat betreft de reikwijdte te vergelijken met die uit de Waterwet, zij

Schueler 2005a; en Polak e.a. 2008. Zie tevens ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN, JB 2004 m.nt. RJNS.

- 15 Ook indien tegen een besluit geen bezwaar of beroep is ingesteld en dit besluit formele rechtskracht heeft gekregen, kan nog een appellabel zelfstandig schadebesluit worden uitgelokt (zie ABRvS 24 februari 2000, JB 2000, 97 (*Kartonfabriek Britannia*)). Er moet overigens op worden gewezen dat afwijzende *onzuivere schadebesluiten* formele rechtskracht kunnen krijgen. Een later verzoek om nadeelcompensatie op grond van een zuiver schadebesluit zal in dat geval met een beroep op de formele rechtskracht worden afgewezen.
- 16 Zie bijvoorbeeld Schueler 2005, p. 42-48.
- 17 Zie in algemene zin ook paragraaf 5.3.4.2.
- 18 Zie Stb. 2013, 50; Wet van 31 januari 2013 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten).
- 19 Tijdens de afronding van dit proefschrift is bepaald dat de bepalingen die betrekking hebben op de nadeelcompensatie vooralsnog niet in werking zullen treden (zie Stb. 2013, 162). De overige onderdelen van deze wet (schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten) zijn per 1 juli 2013 in werking getreden.
- 20 Zie hierover bijvoorbeeld Van den Broek 2007 en Van den Broek 2011. Zie tevens Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 2.
- 21 Ik ga in paragraaf 8.4 dieper in op de het reikwijdtevraagstuk.
- 22 Zie Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 148-149; Groothuijse 2009, p. 387-390; en Van den Broek 2011, p. 986-987.

het dat de eerste zich uiteraard niet beperkt tot het waterbeheer.²³ Met het oog op de toepassing van het nadeelcompensatierecht in het Nederlandse waterbeheer verandert in dat opzicht dus weinig.²⁴

Bij het ontbreken van een toepasbare nadeelcompensatieregeling hangt de vraag of een appellabel zelfstandig schadebesluit kan worden uitgelokt af van twee connexiteitsvereisten.²⁵ In de eerste plaats dient de schade te zijn ontstaan binnen het kader van de uitoefening door een bestuursorgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid (materiële connexiteit). De term ‘aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid’ dient ruim te worden opgevat.²⁶ Ten tweede moet tegen de uitoefening van die bevoegdheid beroep kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter (procedurele connexiteit).²⁷ Wordt aan deze vereisten niet voldaan, dan is de weg naar de bestuursrechter met het oog op nadeelcompensatie afgesloten en dient een benadeelde zich te wenden tot de burgerlijke rechter. Aan de nadeelcompensatie op basis van het ongeschreven égalitébeginsel komt met het oog op de ruime reikwijdte van art. 7.14 Waterwet in het waterbeheer overigens geen belang toe. Met de codificatie van het égalitébeginsel in de Awb komt dit belang ook in het algemeen te vervallen. Zelfstandige schadebesluiten hebben dan immers steeds een algemene wettelijke grondslag. Ook de connexiteitsvereisten verliezen dan hun belang in het nadeelcompensatierecht. Het verdient daarbij overigens wel opmerking dat het wetsvoorstel – in afwijking van het voorontwerp²⁸ – in het in te voegen art. 8:2a Awb aanvankelijk wel de procedurele connexiteits eis stelde.²⁹ Na kritiek is deze bepaling terecht uit het voorstel geschrapt, aangezien deze bijdraagt aan onnodige juridisering, rechtsongelijkheid en een gebrek aan rechtseenheid, en zonder goede redenen de toegang tot de rechter belemmert.³⁰

23 Zie Van den Broek 2011, p. 986.

24 Niet alle wettelijke nadeelcompensatieregelingen binnen het omgevingsrecht hebben overigens een vergelijkbaar breed toepassingsbereik als de regeling in de Waterwet. Zo is het toepassingsbereik van art. 6.1 Wro wettelijk beperkt tot de in de limitatieve lijst in lid 2 van dat artikel genoemde schadeoorzaken. Ik richt me in dit proefschrift niet op eventuele problemen die de inwerkingtreding van de nieuwe regeling met zich brengt op andere terreinen van het omgevingsrecht. Daarmee is de relevantie van een dergelijke discussie nadrukkelijk niet ontkend.

25 Het kan voorkomen dat een nadeelcompensatieregeling door middel van een limitatieve opsomming van schadeoorzaken een beperkt bereik heeft. In dat geval kan het ongeschreven égalitébeginsel een aanvullende beschermende werking hebben, tenzij die regeling nadrukkelijk uitputtend is bedoeld. Die vraag dient door de bestuursrechter te worden beantwoord. Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 395 m.nt. ARN (art. 49 WRO (oud): exclusief); ABRvS 17 juli 2002, M&R 2002, 125 m.nt. JH (art. 18 Natuurbeschermingswet: niet exclusief); ABRvS 24 maart 2004, JB 2004, 225 m.nt. AMLJ (art. 35 Grondwaterwet: niet exclusief); en ABRvS 28 juni 2006, AB 2007, 20 m.nt. Van Ravels (art. 26 Ontgrondingenwet: niet exclusief). Zie tevens Van den Broek & Hoekveld 2009.

26 Zie Van Buuren in zijn noot bij de uitspraak in de zaak *Van Vlodrop* (AB 1997, 229).

27 Vgl. de standaardoverweging uit ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (*Van Vlodrop*): ‘De schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, die veroorzaakt zou zijn binnen het kader van de uitoefening door dat bestuursorgaan van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, is – ook indien dat verzoek niet op een specifieke wettelijke regeling is gebaseerd – een publiekrechtelijke rechtshandeling en dus een besluit als bedoeld in art. 1:3 van de Awb.’

28 Het voorontwerp werd openbaar gemaakt op 5 juni 2007. Het tijdschrift *Overheid en Aansprakelijkheid* heeft in augustus 2007 een themanummer aan dit voorontwerp gewijd (zie O&A 2007, nr. 4).

29 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 2.

30 Zie Van den Broek 2011, p. 992-993 en Van Ettekovens, Van Ravels & Tjepkema 2011, p. 62-63 en p. 68. Zie tevens Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 4, p. 3, en uiteindelijk Kamerstukken II 2011/12, 32 621, nr. 11 (Gewijzigd amendement Taverne c.s.).

8.3. Bijzonderheden bij de toepassing van de nieuwe regeling in het waterbeheer

De grondslag voor nadeelcompensatie wordt doorgaans dus gevonden in het *égalité*-beginsel.³¹ Zowel de nadeelcompensatieregeling in de Waterwet, als de nieuwe regeling in de Awb is nadrukkelijk op dat beginsel gebaseerd.³² Toch wijken beide regelingen tekstueel sterk van elkaar af, hetgeen de vraag oproept of de algemene regeling zonder problemen voor de bijzondere regeling in de plaats kan treden. De Waterwet kent een recht op schadevergoeding toe, indien de schade redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de benadeelde behoort te blijven.³³ Deze – overigens niet ongebruikelijke – ‘redelijkerwijsformule’ komt men in de nieuwe algemene regeling niet tegen. Er is gekozen voor een redactie die minder ruimte laat voor discussie over de juridische grondslag van het recht op nadeelcompensatie:³⁴ dat recht bestaat in beginsel, indien de schade uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en de benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft.³⁵ Het moet voor de vestiging van aansprakelijkheid, met andere woorden, een speciale last betreffen die het normaal maatschappelijk risico overstijgt.³⁶ Het is echter met nadruk niet de bedoeling (geweest) om met de redelijkerwijsformule in de Waterwet andere criteria ten grondslag te leggen aan de vestiging van aansprakelijkheid voor schade door rechtmatige overheids-gedragingen.³⁷ Ook wat betreft de factoren voor het bepalen van de omvang van de nadeelcompensatie is de nieuwe regeling overigens duidelijker dan die in de Waterwet.

31 Een grondslag voor nadeelcompensatie kan overigens ook worden gevonden in de eigendomsbescherming van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Zie daarover Tjepkema 2010, p. 607-708 en Groothuijse 2009, p. 374-378. Daarnaast zou een vordering tot nadeelcompensatie tevens kunnen worden gebaseerd op het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld Schueler 2002, p. 119-131 en Hoitink & De Looij 2007, p. 15-19. De Afdeling stelt zich in dit kader overigens terughoudend op door vooralsnog uitsluitend het *égalité*-beginsel en de verdragsrechtelijke eigendomsbescherming te aanvaarden als grondslag voor nadeelcompensatie (zie bijvoorbeeld ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243 m.nt. RJNS).

32 Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 131 resp. Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 13. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 390-394 en Van den Broek 2007.

33 Deze nadeelcompensatieregeling is overigens hoofdzakelijk een wettelijke codificatie van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31 818, nr. 3, p. 131.

34 Zie Van den Broek 2011, p. 989.

35 Zie art. 4:126 lid 1 Awb.

36 Voorheen werd nog een derde eis gesteld, namelijk dat de schade moet zijn ontstaan door een gedraging die strekt ter behartiging van enig openbaar belang (zie bijvoorbeeld ABRvS 9 maart 2000, Gst. 2000, 7128, 8 m.nt. JT; ABRvS 18 mei 2000, Gst. 2000, 7128, 3 m.nt. HH; ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243, AB 2001, 222 m.nt. GJ; ABRvS 10 juli 2000, Gst. 2000, 7128, 9; en ABRvS 24 maart 2004, JB 2004, 225 m.nt. ALMJ, Gst. 2004 m.nt. RJNS). De Afdeling heeft dit criterium op 21 december 2005 expliciet verworpen. Zie ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 m.nt. BPMvR: ‘Iedere rechtmatige aanwending door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zoals in dit geval het nemen van een besluit tot vergunningverlening en het verlenen van een ontheffing, strekt tot behartiging van (een aspect van) het algemeen belang, dat de betreffende wet, waarop de aanwending van die bevoegdheid is gebaseerd, beoogt te dienen. Daaraan doet niet af dat een dergelijke aanwending mede of in overwegende mate het individuele belang van de aanvrager(s) kan dienen.’ Zie hierover bijvoorbeeld Van Ravels 2005a, p. 90-96 en Polak e.a. 2008, p. 112.

37 Zie Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 146-158 en Groothuijse 2009, p. 391.

Ook op dit punt zijn echter geen inhoudelijke verschillen beoogd.³⁸ Zodoende hebben de actieve en passieve risicoaanvaarding in het kader van beide regelingen een belangrijke corrigerende functie,³⁹ geldt een schadebeperkingsplicht,⁴⁰ en kan eventueel voordeel worden verrekend bij de vaststelling van de schadevergoeding.⁴¹ Ook in dat opzicht verandert met het oog op de toepassing van het nadeelcompensatierecht in het Nederlandse waterbeheer dus weinig.⁴²

De nieuwe nadeelcompensatieregeling komt wat betreft de toepassing daarvan in het Nederlandse waterbeheer dus betrekkelijk probleemloos in de plaats van de regeling in de Waterwet. Hieronder worden beide regelingen dan ook geregeld ‘in één adem’ genoemd, waarbij de lezer er – wellicht ten overvloede – op is gewezen dat de regeling in de Waterwet vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe algemene regeling in de Awb komt te vervallen. Ik heb er met het oog op overgangssituaties voor gekozen in mijn betoog toch steeds beide regelingen te noemen. Ik wil op deze plaats nog wijzen op twee bijzonderheden. Art. 7.15 Waterwet bepaalt, ten eerste, dat voor de toepassing van art. 7.14 Waterwet onder schade mede wordt verstaan de ‘schade in verband met wateroverlast of overstromingen, voor zover deze het gevolg zijn van de verlegging van een waterkering of van andere maatregelen, gericht op het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van het watersysteem’. Er is geen blijk van dat de wetgever voor ogen heeft dat dergelijke schade vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe regeling niet meer voor vergoeding in aanmerking komt. Het verdient daarom aanbeveling deze belangrijke aanvullende bepaling in de Waterwet te behouden, met dien verstande dat dit artikel wordt afgestemd op de toepassing van de nieuwe titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht. Het volstaat daartoe de aanhef van dit artikel (‘Voor de toepassing van artikel 7.14 (...)’) te wijzigen in ‘Voor de toepassing van titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht (...)’. Het betreft dan een bijzondere verruiming van het toepassingsbereik van de algemene regeling in de Awb, waartoe geen belemmeringen bestaan.

De andere bijzonderheid betreft de voorraangsregeling ex art. 7.16 Waterwet. Deze regeling bepaalt dat afdeling 6.1 Wro buiten toepassing blijft, ‘voor zover een belanghebbende met betrekking tot de schade een beroep doet of kan doen op een schadevergoeding als bedoeld in artikel 7.14, eerste lid’. Deze bepaling strekt ertoe onduidelijkheden in verband met de eventuele samenloop van tegelijkertijd toepasbare nadeelcompensatieregelingen weg te nemen.⁴³ Eventuele schade door bijvoorbeeld de aanwijzing, aanleg, wijziging en ingebruikname van bergingsgebieden kan met deze regeling uitsluitend worden vergoed op basis van de nadeelcompensatieregeling in de Waterwet. Benadeelden dienen zich met hun vorderingen tot de vergoeding van dergelijke schade dus te richten tot de betrokken beheerder. Met de inwerkingtreding

38 Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 133-135.

39 Zie art. 4:126 lid 2 sub a Awb.

40 Zie art. 4:126 lid 2 sub b Awb.

41 Zie art. 4:126 lid 3 Awb.

42 Ik ga ervan uit dat zowel de vestigingscriteria, als de genoemde corrigerende factoren liggen besloten in de redelijkerwijsformule van art. 7.14 lid 1 Waterwet.

43 Zie Groothuijse 2009, p. 420-421 en Van Den Broek & Groothuijse 2008, p. 156.

van de nieuwe algemene nadeelcompensatieregeling kan zich op dit punt wederom onduidelijkheid voordoen. Ik ga ervan uit dat de wetgever niet heeft bedoeld te breken met de ratio die aan deze bepaling ten grondslag ligt. Het verdient daarom aanbeveling art. 7.16 Waterwet te vervangen door een gelijkstreckende, op het nieuwe systeem toegespitste bepaling. Zo kan worden overwogen een bepaling in te voegen die luidt: ‘Zolang de schade uitsluitend of mede het gevolg is van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer, wendt een benadeelde zich voor de toepassing van titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht met een verzoek tot de vergoeding van die schade tot de betrokken beheerder zoals bedoeld in artikel 1.1, eerste lid van deze wet.’

8.4. Het toepassingsbereik van de relevante nadeelcompensatieregelingen

8.4.1. Algemeen

De nadeelcompensatieregeling ex art. 7.14 Waterwet is nadrukkelijk bedoeld als een uniforme en uitputtende regeling, zij het dat daarin bewust geen limitatieve lijst van schadeoorzaken is opgenomen en dat deze regeling mede daardoor een ruim toepassingsbereik wordt toegedicht.⁴⁴ De regeling is van toepassing in gevallen van schade door de ‘rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer’. Tekstueel vertoont deze bepaling wat betreft het toepassingsbereik grote gelijkenis met het bepaalde in art. 4:126 lid 1 Awb. Deze algemene regeling is immers van toepassing in gevallen van schade door de rechtmatige uitoefening van een ‘publiekrechtelijke bevoegdheid of taak’ door bestuursorganen.⁴⁵ Men kan er dus van uitgaan dat de reikwijdte van de nieuwe regeling in de Awb die van de regeling in de Waterwet volledig overlapt: onder publiekrechtelijke bevoegdheden en taken worden onder meer de taken en bevoegdheden in het kader van het waterbeheer verstaan. Zoals gezegd, kan deze nieuwe regeling dus zonder noemenswaardige problemen in de plaats treden van de bijzondere regeling in de Waterwet. Voor het waterbeheer betekent de harmonisatie van bestaande (buiten)wettelijke regelingen dus ook wat dat betreft weinig nieuws. Dat art. 7.14 lid 1 Waterwet en zijn algemenere opvolger een ruime reikwijdte hebben, betekent niet zonder meer dat *alle* in paragraaf 5.2.2 onderscheiden overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering daaronder vallen. Schade door appellabele besluiten, algemeen verbindende voorschriften, water- en beheerplannen, beleidsregels, de toepassing van gedoogplichten, en feitelijke handelingen in het kader van het waterbeheer kan op grond van de regeling in de Waterwet nadrukkelijk voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁶ Uit de toelichting bij de nieuwe regeling kan worden afgeleid dat dergelijke handelingen in

⁴⁴ Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 132-133. Zie tevens Groothuijse 2009, p. 387-390 en Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 146-158.

⁴⁵ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 14-20.

⁴⁶ Zie Groothuijse 2009, p. 399-423 en Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 309-310.

elk geval ook binnen het toepassingsbereik daarvan vallen.⁴⁷ In die toelichting worden slechts de rechtmatige wetgeving in formele zin (paragraaf 8.4.2) en het strafvorderlijk handelen⁴⁸ expliciet buiten het toepassingsbereik gebracht. Die toelichting zwijgt evenals de toelichting bij de nadeelcompensatieregeling in de Waterwet over de vraag in hoeverre ook privaatrechtelijke rechtshandelingen (paragraaf 8.4.3) en vormen van zuiver nalaten (paragraaf 8.4.4) binnen het toepassingsbereik kunnen vallen. Ik ga hieronder nader in op die vraag.

8.4.2. Formele wetgeving

De schade door rechtmatige formele wetgeving valt – anders dan de schade door rechtmatige algemeen verbindende voorschriften – buiten het toepassingsbereik van beide regelingen.⁴⁹ De wetgevende macht wordt op grond van art. 1:1 lid 2 sub a Awb immers niet aangemerkt als een ‘bestuursorgaan’ in de zin van die wet, terwijl het toepassingsbereik van beide regelingen zich expliciet beperkt tot de rechtmatige gedragingen van bestuursorganen. Toch valt moeilijk te ontkennen dat het vaststellen, wijzigen of intrekken van formele wetgeving een publiekrechtelijke bevoegdheid is. Evenmin kan worden ontkend dat aanpassingen van de Waterwet of andere relevante wetgeving in formele zin plaatsvinden in het kader van het waterbeheer. Tjepkema beschouwt het dan ook als een onbevredigende situatie dat het *égalité*beginsel geen bijzondere positie inneemt binnen de algemene rechtsbeginselen waar een formele wet aan kan worden getoetst.⁵⁰ Ik begrijp zijn standpunt, maar deel dat niet. Ik sluit niet uit dat bijvoorbeeld de aanscherping van wettelijke veiligheidsnormen of de herziening van een wettelijk systeem van vergunningverlening vermogensschade kan veroorzaken of daar in elk geval reeds uitzicht op kan bieden. Vaak zal deze schade echter moeilijk bepaalbaar of nog uiterst onzeker zijn. Daarnaast is het voor de vraag of, voor wie en in welke mate zich schade zal voordoen bovendien vaak van belang op welke wijze het bevoegde bestuursorgaan uitvoering geeft aan de betreffende wettelijke regeling. Daarom lijkt het mij voor de toepassing van het leerstuk van de nadeelcompensatie beter de formele wetgeving buiten de werkingssfeer daarvan te houden. Dat betekent overigens niet dat benadeelden, in de uitzonderlijke gevallen waarin een formele wet een onevenredig zware inbreuk maakt op hun belangen, nooit aanspraak kunnen maken op schadevergoeding.

In dit verband dient te worden gewezen op de mogelijkheden die art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP) biedt ten aanzien van de vergoeding van schade wegens de ontneming of regulering van eigendom bij of krachtens wetgeving in formele zin. Het is, kort gezegd, niet uitgesloten dat de formele wetgever met de rechtmatige uitoe-

47 Zie Kamerstukken II 2011/12, 32 621, nr. 3, p. 14-15.

48 De categorie ‘strafvorderlijke handelingen’ valt – op basis van het in paragraaf 5.2.2 gemaakte onderscheid tussen overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering – buiten het bestek van dit proefschrift.

49 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 14.

50 Zie Tjepkema 2010, p. 882-884. De Hoge Raad acht dit beginsel niet van toepassing op formele wetten. Zie HR 20 maart 2009, Gst. 2009, 65 m.nt. Schutgens (*Meststoffenwet*).

fening van zijn bevoegdheden inbreuken maakt op het individuele recht op een ongestoord genot van eigendom. Dat kan leiden tot een ontneming van eigendom, maar in de meeste gevallen zal het een regulering daarvan betreffen. Dergelijke wetgevingsacties vinden daarentegen welhaast in de regel plaats ter behartiging van enig algemeen belang. Er kan dus een disbalans ontstaan tussen enerzijds het algemene belang en anderzijds de individuele vermogensbelangen van derden. Er bestaat in beginsel een verplichting deze disbalans middels een adequate financiële compensatie te herstellen, indien niet afdoende kan worden gemotiveerd dat de inbreuk op het eigendomsrecht noodzakelijk is met het oog op de behartiging van het algemene belang.⁵¹ De wetgever heeft een ruime mate van beoordelingsvrijheid (*'wide margin of appreciation'*) ten aanzien van de vraag wat in het algemeen belang zoal noodzakelijk is en welke middelen ter behartiging daarvan moeten worden ingezet.⁵² Indien de noodzaak wel afdoende kan worden beargumenteerd, kan voorts nog een verplichting tot schadevergoeding bestaan, indien de disbalans als onevenredig dient te worden aangemerkt jegens benadeelden. Daarvan is sprake, indien de overheidshandeling als een individuele en buitensporige last (*'individual and excessive burden'*) op een benadeelde drukt.⁵³ Daarbij dient te worden opgemerkt dat niet is uitgesloten dat een formele wet de noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis in algemene zin kan doorstaan, terwijl de gevolgen hiervan voor individuele benadeelden toch als onevenredig dienen te worden aangemerkt.⁵⁴ In die gevallen bestaat er geen aanleiding de betreffende wet als zodanig onverbindend te verklaren, maar kunnen deze benadeelden wel aanspraak maken op schadevergoeding.

8.4.3. *Privaatrechtelijke rechtshandelingen*

Ook privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen in beginsel schade voor derden met zich brengen, zonder dat deze als onrechtmatig dienen te worden aangemerkt. Het kan daarbij relevant zijn onderscheid te maken tussen situaties waarin overheidsorganen optreden als 'marktpartij', en situaties waarin die organen bij de uitoefening van hun publiekrechtelijke taken en bevoegdheden gebruikmaken van het privaatrecht.⁵⁵ In het eerste geval kan worden gedacht aan de aanschaf van kantoorartikelen, meubilair, computersystemen, communicatie- of vervoermiddelen voor personeel, en andere zaken die weliswaar van groot belang kunnen zijn voor de uitoefening van de op het overheidsorgaan rustende taken en bevoegdheden, maar die daar niet direct mee in verband staan. In het tweede geval is een dergelijk direct verband wel aanwezig. Het kan bijvoorbeeld de aankoop van gronden betreffen ten behoeve van een

51 Zie bijvoorbeeld EHRM 2000, NJ 2000, 571 (*Beyeler/Italië*) en EHRM 19 december 1989, A 160 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*).

52 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 april 1999, NJ 1999, 649 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*).

53 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1986, A 98 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 september 1982, A 52 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*).

54 Zie HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. P.J.J. van Buuren, NJ 2002, 469 m.nt. T. Koopmans en E.A. Alkema, JB 2002, 2 m.nt. A.W. Heringa (*Wet herstructurering varkenshouderij*).

55 Zie bijvoorbeeld Tjepkema 2010, p. 271-273, onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 9 april 2008, LJN BC9791 en Rb. Den Haag 31 oktober 2007, LJN BD1249.

dijkverlegging, de vestiging van erfdienstbaarheden op de percelen van derden ten behoeve van het onderhoud van waterstaatswerken, of het sluiten van contracten voor de uitvoering van bepaalde werkzaamheden. Hoewel sommigen daar enigszins anders over denken,⁵⁶ ligt het niet voor de hand *alle* privaatrechtelijke overheidsgedragingen zonder meer onder het bereik van de betreffende nadeelcompensatieregelingen te scharen. Daartoe bestaat in mijn ogen slechts aanleiding, indien de privaatrechtelijke rechtshandeling in direct verband staat met de uitoefening van een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid. Ook Tjepkema lijkt een dergelijke betoog te voeren.⁵⁷

Tjepkema heeft voorts gelijk dat er te dien aanzien ontegenzeggelijk een groot schemergebied bestaat. Het is dan ook in de eerste plaats aan de bestuursrechter om in de loop der tijd duidelijke criteria te ontwikkelen ter beoordeling van de vraag of en onder welke omstandigheden privaatrechtelijke overheidsgedragingen vallen aan te merken als gedragingen ter uitoefening van een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'.⁵⁸ Daarbij kan bijvoorbeeld de vraag als uitgangspunt worden gehanteerd of de betreffende privaatrechtelijke rechtshandeling expliciet strekt tot de uitoefening van een wettelijk omschreven taak of bevoegdheid en of het betrokken overheidsorgaan ten aanzien daarvan exclusief bevoegd is de betreffende rechtshandeling te verrichten. Het komt dan feitelijk neer op de vraag of de betreffende rechtshandeling bijdraagt aan of noodzakelijk is voor het naar behoren functioneren van het overheidsorgaan in *algemene zin*, dan wel *rechtstreeks* en *expliciet* strekt tot de behartiging van een specifiek wettelijk omschreven algemeen belang. In dat geval staat niet zozeer de reikwijdte van 'de publieke taak' centraal als toetsingscriterium, maar eerder het expliciete *doel* van de gebruikmaking van een privaatrechtelijke bevoegdheid. Juist daarnaar dient de bestuursrechter op zoek te gaan. Daarnaast doet de bestuursrechter er mijns inziens goed aan om, zo gauw als de kans zich voordoet, te expliciteren dat het *égalité*-beginsel er niet toe strekt eerlijke concurrentieverhoudingen te waarborgen.

8.4.4. Nalaten

Een andere vraag is in hoeverre gedragingen in de categorie 'nalaten' kunnen worden aangemerkt als de uitoefening van publiekrechtelijke taken of bevoegdheden. Zolang een nalaten niet onrechtmatig is bevonden, wordt dit geacht rechtmatig te zijn. In zoverre bestaat er dus geen directe belemmering voor de toepassing van het *égalité*-beginsel. In de toelichting bij het voorontwerp van de Wet nadeelcompensatie wordt dan ook niet uitgesloten dat een rechtmatig nalaten kan worden aangemerkt als een uitoefening van een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid. Tjepkema lijkt zich aan te sluiten bij deze stelling en leest hierin een welkome uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter onder het nieuwe regime.⁵⁹ Groothuijse lijkt in het kader van

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Van Ommeren 2003, p. 153-154. Van Ommeren beschouwt feitelijk elke privaatrechtelijke overheidsgedraging als een gedraging ter uitvoering van een publieke taak, aangezien daarbij steeds een algemeen belang zal zijn betrokken.

⁵⁷ Zie Tjepkema 2010, p. 271-273 en 881-882.

⁵⁸ Zie Tjepkema 2010, p. 882.

⁵⁹ Zie Tjepkema 2010, p. 884. Tjepkema vindt wat dat betreft steun bij Hoitink & Koetser 2007, p. 339.

het waterbeheer een tegenovergestelde mening te zijn toegedaan.⁶⁰ De wetgever zwijgt op dit punt echter in alle talen.⁶¹ Dat is onwenselijk, temeer nu juist hieromtrent in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering behoefte bestaat aan duidelijkheid en zekerheid, zowel bij potentiële benadeelden, als bij waterbeheerders. Het belang van deze vraag moet namelijk niet worden onderschat. Wie meent dat ook vormen van nalaten als schadeoorzaak onder het bereik van de regelingen behoren te vallen, meent immers ook dat *klimaatshade* op grond daarvan voor vergoeding in aanmerking moet kunnen komen. Ik vraag me af of dat wenselijk is, en tevens of de voorstanders van een regeling met een dergelijke ruime reikwijdte hun gedachten hebben laten gaan over de mogelijk verstrekkende praktische gevolgen daarvan.

Het is dus de vraag in hoeverre klimaatshade die in verband is te brengen met een nalaten (of beter: een niet-handelen)⁶² van een waterbeheerder op basis van een wettelijke nadeelcompensatieregeling voor vergoeding in aanmerking komt of zou moeten komen. Het is met het oog op die vraag van belang onderscheid te maken tussen verschillende situaties waarin klimaatshade kan ontstaan. Klimaatshade kan zich in de eerste plaats voordoen in verband met enig tekortschieten van waterbeheerders in een wettelijke zorgplicht. In dat geval ligt het voor de hand te spreken van onrechtmatig nalaten, maar het is niet uitgesloten dat benadeelden schadevergoeding proberen te krijgen via de weg van de nadeelcompensatie (dus zonder de rechtmatigheid van het nalaten in twijfel te willen trekken). Ook wanneer een waterbeheerder niet tekortschiet in een van zijn zorgplichten, kan zich echter nog klimaatshade voordoen. In dat geval kan de betrokken waterbeheerder geen onrechtmatig nalaten worden verweten; zijn niet-handelen dient als rechtmatig te worden beschouwd. Het kan in dat geval nog relevant zijn of de betrokken waterbeheerder bewust en op basis van een zorgvuldige belangenafweging heeft besloten geen verderstrekkende adaptatiemaatregelen te treffen (hij is daartoe immers wel bevoegd), of dat deze dat gewoonweg zonder nadere overwegingen heeft gedaan, in de stilzwijgende veronderstelling dat hij 'zijn zaakjes op orde heeft'. Ook in dergelijke soorten gevallen kan niet worden uitgesloten dat benadeelden nadeelcompensatie zullen vorderen.

In de eerste plaats dient met het oog op bovenstaande te worden opgemerkt dat de toepasbaarheid van een nadeelcompensatieregeling kan betekenen dat de nadruk steeds minder komt te liggen op de vraag of de verantwoordelijke waterbeheerder al dan niet is tekortgeschoten in zijn wettelijke zorgplicht. Of sprake is van enig onrechtmatig tekortschieten, doet er dan immers niet meer toe. Het betreft nog slechts de vraag of een benadeelde door het nalaten – dat wordt verondersteld rechtmatig te zijn – onevenredig wordt getroffen in vergelijking tot anderen, terwijl in die onevenredigheid geen element van verwijtbaarheid besloten ligt. Daarnaast komt de nadruk

60 Zie Groothuijse 2009, p. 390. Groothuijse stelt: 'Voor zover de inundatieschade niet rechtstreeks kan worden gerelateerd aan een overheids*handeling*, valt de schade op grond van de bewoording van art. 7.11 [thans art. 7.14] Waterwet echter buiten de reikwijdte van de schadevergoedingsregeling [cursivering en toevoeging HKG].'

61 Noch in de toelichting bij de Waterwet, noch in die bij de Wet nadeelcompensatie is hier iets over te vinden.

62 De term 'niet-handelen' is neutraler dan de term 'nalaten', aangezien men daaruit reeds enige vorm van verwijtbaarheid zou kunnen aflezen.

te liggen op de vraag of en in hoeverre klimaatschade onder het normaal maatschappelijk risico valt en voorzienbaar is. Nu dient men zich af te vragen of het nadeelcompensatierecht in beginsel een geschikt instrument is voor de handhaving van wettelijke zorgplichten. Juist door het ontbreken van een element van verwijtbaarheid en onrechtmatigheid betoog ik hiervan het tegendeel. Vooral in gevallen van klimaatschade is het met het oog op de aansprakelijkheidsvraag van principieel belang na te gaan of de betrokken waterbeheerder de schade had kunnen en vooral had *moeten* voorkomen, en dus of er ontoelaatbare fouten zijn gemaakt. Daartoe is bij uitstek en enkel het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsgedragingen geschikt. Reeds daarom meen ik dat het nadeelcompensatierecht zonder meer buiten toepassing dient te blijven in de gevallen waarin mogelijke twijfel bestaat over de vraag of een waterbeheerder al dan niet is tekortgeschoten in een wettelijke zorgplicht.

Wat mij betreft kan dus slechts discussie plaatsvinden over de toepasbaarheid van het nadeelcompensatierecht in gevallen waarin waterbeheerders evident *niet* zijn tekortgeschoten in hun wettelijke zorgplichten. In dat verband dringt zich de vraag op of er situaties bestaan waarin het als onwenselijk dient te worden beschouwd dat benadeelden, ondanks de rechtmatigheid van het niet-handelen van waterbeheerders, hun eigen klimaatschade moeten dragen.⁶³ Uiteraard speelt ook de vraag welke situaties dat dan zijn. Het gaat in mijn ogen te ver om te stellen dat de klimaatschade die niet via de weg van art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking komt – omdat niet is voldaan aan het onrechtmatigheidscriterium –, steeds kan worden vergoed op grond van een nadeelcompensatieregeling. Die regelingen zijn immers niet bedoeld als vangnet onder het systeem van de onrechtmatige overheidsdaad. Het doel is om eventuele onevenredigheden in verband met de uitoefening van publiekrechtelijke taken en bevoegdheden te compenseren door middel van een schadevergoeding. Dat impliceert in mijn ogen dat er wel sprake moet zijn geweest van een zekere mate van ‘activiteit’ aan de zijde van de overheid: er moet een welbewuste en weloverwogen beslissing zijn genomen om niet handelend op te treden. Pas indien de klimaatschade dus in verband kan worden gebracht met een weloverwogen overheidsbeslissing tot het niet treffen van adaptatiemaatregelen, kan in mijn ogen ruimte bestaan voor nadeelcompensatie. Daarmee zijn wat mij betreft de uiterste grenzen van de toepasbaarheid van het nadeelcompensatierecht in beeld gekomen. Ik ben benieuwd hoe ver de rechter in dat opzicht bereid is te gaan.

Het verdient, ten slotte, opmerking dat uit het systeem van de Waterwet overigens kan worden afgeleid dat de daarin opgenomen nadeelcompensatieregeling niet is bedoeld voor de vergoeding van klimaatschade door zuivere vormen van nalaten. Een duidelijke – zij het impliciete – aanwijzing hiervoor is te vinden in art. 7.15 Waterwet. Ik bepleitte in paragraaf 8.3 de vanzelfsprekendheid van het behoud van dit artikel onder het nieuwe regime. Dit artikel verklaart de nadeelcompensatieregeling ex art. 7.14 lid 1 Waterwet ook van toepassing op de schade in verband met wateroverlast en

63 In feite is deze vraag tegenovergesteld aan de vraag die in paragraaf 6.6.4 aan de orde kwam in verband met de toerekenbaarheid, namelijk of er situaties bestaan waarin het onwenselijk is dat waterbeheerders hun onrechtmatige nalatigheden zonder meer (dus naar verkeersopvatting) krijgen toegerekend.

overstromingen, doch alleen ‘voor zover deze het gevolg zijn van de verlegging van een waterkering of van andere maatregelen, gericht op het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van watersystemen.’⁶⁴ Door de opname van dit ‘herleidbaarheids-criterium’ wordt expliciet en op limitatieve wijze aangegeven in welke gevallen schade in verband met wateroverlast of overstromingen op grond van de schadevergoedings-regeling voor vergoeding in aanmerking kan komen. Op het punt van de reikwijdte is de impliciete betekenis van dit artikel echter ook van belang. Schade in verband met wateroverlast en overstromingen die niet herleidbaar is tot enige maatregel ter vergroting van de afvoer- of bergingscapaciteit van een watersysteem (dus een *handeling*), komt op grond van die regeling niet voor vergoeding in aanmerking. Het is overigens boeiend om waar te nemen dat een expliciete wettelijke verruiming van de reikwijdte van een compensatieregeling tegelijkertijd óók een impliciete beperking daarvan kan inhouden. Het verdient aanbeveling art. 7.15 Waterwet dusdanig uit te leggen.

8.4.5. *Tussenconclusies*

Uit bovenstaande volgt op welke van de in paragraaf 5.2.2 onderscheiden categorieën overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering het nadeelcompensatierecht kan worden toegepast. Dat is in de eerste plaats het geval bij feitelijke handelingen ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak of bevoegdheid. Ook uiteenlopende publiekrechtelijke rechtshandelingen vallen binnen het bereik van de genoemde regelingen, mits deze worden verricht door bestuursorganen. Dat is de belangrijkste reden waarom de formele wetgeving buiten het toepassingsbereik van deze regelingen valt. Schade door rechtmatige formele wetgeving kan op basis van art. 1 EP voor vergoeding in aanmerking komen. Privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen in mijn ogen ook binnen het toepassingsbereik van de regelingen vallen, mits deze rechtstreeks en expliciet strekken tot de behartiging van een wettelijk omschreven algemeen belang. De bestuursrechter dient wat dat betreft nadere criteria te ontwikkelen. Ten slotte strekt de toepassing van het nadeelcompensatierecht zich in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in mijn ogen slechts uit over de *handelingen* van waterbeheerders. Klimaat schade door het tekortschieten in wettelijke zorgplichten kan dus niet op basis van het geschreven *égalité* beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Ik onderbouwde die stelling hierboven aan de hand van een drietal argumenten.

8.5. De speciale last

8.5.1. *Algemeen over de speciale last*

Voor de vestiging van aansprakelijkheid is het in de eerste plaats van belang dat een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar wordt getroffen. De ratio achter dit criterium is te voorkomen dat al te grote groepen benadeelden het bestuur

⁶⁴ Zie daarover Groothuijse 2009, p. 390 en p. 416-423.

steeds aansprakelijk kunnen stellen voor schade door gedragingen die noodzakelijk zijn ter behartiging van het algemeen belang. De vrees bestaat dat de staatskas hierdoor onder te grote druk komt te staan, hetgeen een verlamdend effect kan hebben en een belemmering kan vormen voor de effectiviteit van de uitoefening van overheidstaken.⁶⁵ Dus enkel de individuen die door een bepaalde overheidsgedraging ten opzichte van anderen onevenredig zwaar worden benadeeld, kunnen in beginsel aanspraak maken op de compensatie van hun nadeel. Maar met welke anderen moet een benadeelde worden vergeleken; uit welke ‘anderen’ bestaat, met andere woorden, de *referentiegroep*? Men kan bij de beantwoording van deze vraag een ruime, dan wel een beperkte interpretatie aanhangen.⁶⁶ Zo kan men menen dat de referentiegroep wordt gevormd door alle andere niet-benadeelden, of juist door degenen die ook, maar in mindere mate worden getroffen door de overheidsgedraging.⁶⁷ Duidelijk is dat de benadering die men kiest uiteindelijk bepalend is voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde last een individuele benadeelde in vergelijking met anderen ook daadwerkelijk onevenredig zwaar treft.

Bij de afbakening van de referentiegroep is het van belang na te gaan met welk soort overheidsgedraging men in een concreet geval te maken heeft. Men kan in dat kader stellen dat minder belang toekomt aan het specialiteitsvereiste als zelfstandig vestigingscriterium, naarmate het lastiger is een concrete en nauwkeurig afgebakende referentiegroep aan te wijzen.⁶⁸ In gevallen waarin een bepaalde overheidsgedraging zich richt tot een nauwkeurig te bepalen groep, is de referentiegroep betrekkelijk eenvoudig af te bakenen.⁶⁹ Dat is namelijk eenvoudigweg de groep tot wie een belastende maatregel zich richt.⁷⁰ In gevallen waarin bijvoorbeeld bij algemeen verbindend voorschrift beperkingen of verboden worden opgelegd aan een bepaalde groep of bedrijfstak,⁷¹ dienen individuele benadeelden te worden vergeleken met alle andere benadeelden binnen die groep. In beginsel dienen alle leden van die groep de belastende maatregel te aanvaarden. Lijdt een individuele benadeelde echter aanmerkelijk meer schade door de maatregel dan anderen, dan kan de conclusie luiden dat deze ten opzichte van hen onevenredig zwaar wordt getroffen,⁷² tenzij een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden aangevoerd voor de ongelijke behandeling.⁷³ In dergelijke gevallen komt dus wel degelijk belang toe aan het specialiteitsvereiste als

65 Zie Tjepkema 2010, p. 359-360 en Van Ravels 2002, p. 276.

66 Vgl. Tjepkema 2004, p. 12-22. Tjepkema maakt onderscheid tussen de ruime en de beperkte *spécialité*.

67 Voor een overzicht van standpunten, zie Tjepkema 2010, p. 357-359.

68 Vgl. Van den Broek 2011, p. 990-991.

69 Zie Tjepkema 2010, p. 362-374.

70 Zie Schueler 2002, p. 134. Zie tevens HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg (*Leffers*) en HR 20 juni 2003, AB 2004, 84 m.nt. PvB (*Harrida*).

71 Een wellicht wat extreem voorbeeld is de invoering en handhaving van een permanent verbod om grondwater te onttrekken voor de beregening van grasland binnen een bepaald gebied.

72 In het bovenstaande voorbeeld kan degene die zich voor de beregening van zijn grasland volledig heeft toegelegd op de onttrekking van grondwater (en daartoe diverse investeringen heeft gedaan) in een dergelijke positie verkeren ten opzichte van degenen die zich in mindere mate afhankelijk hebben gesteld van grondwateronttrekkingen.

73 Zie Schueler 2005, p. 199.

zelfstandig vestigingscriterium voor aansprakelijkheid, waarbij nadrukkelijk dient te worden bedacht dat dit niet het enige vestigingscriterium is.

Een en ander kan anders liggen, indien een maatregel van algemene strekking zich richt tot een onbepaalde groep. In dat kader worden vaak verkeersmaatregelen als voorbeeld genoemd.⁷⁴ Het kan ook andere maatregelen betreffen die strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Dergelijke maatregelen brengen maatschappelijke voordelen met zich, hetgeen echter niet uitsluit dat individuen hiervan ook onbedoelde nadelen kunnen ondervinden. In het Nederlandse waterbeheer – en dus ook bij de adaptatie aan klimaatverandering – vormt deze soort maatregelen een belangrijke categorie. Denk bijvoorbeeld aan het aanleggen van waterkeringen of de aanleg van andere waterstaatswerken ten behoeve van de waterveiligheid of de zoetwatervoorziening. Weinigen zullen de noodzaak van dergelijke maatregelen betwisten, maar niemand wil dat deze ‘in zijn achtertuin’ plaatsvinden.⁷⁵ Dienen de door dergelijke maatregelen benadeelde individuen nu te worden vergeleken met eenieder die daarvan enig voordeel ondervindt? Dat zou leiden tot de eenvoudige conclusie dat hun kwaliteit van benadeelde hen reeds in een onevenredig nadelige positie plaatst ten opzichte van degenen die van de maatregel slechts profijt trekken.⁷⁶ Wellicht kan nog een nader onderscheid worden aangebracht binnen de categorie benadeelden.⁷⁷ Dat zal echter tegelijkertijd leiden tot onvermijdelijke meningsverschillen over de te trekken grens. Daarom lijkt het verstandiger in dergelijke gevallen de specialiteit van de last aan te nemen. Voor de beantwoording van de vraag of het nadeel in een concreet geval moet worden gecompenseerd, kan dan beter heil worden gezocht in de overige relevante factoren.⁷⁸

Hierboven betrof het steeds overheidsgedragingen met een algemeen karakter. Ook rechtmatige gedragingen die, zoals beschikkingen, zijn gericht tot individuen kunnen echter schade veroorzaken.⁷⁹ Hier kan bij wijze van voorbeeld in de eerste plaats worden gewezen op schade door de intrekking van vergunningen voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater. Ook kan juist worden gedacht aan schade door de feitelijke verdeling van dergelijke schaarse rechten.⁸⁰ In beide gevallen kan de vraag worden gesteld in hoeverre een nauwkeurig omlijnde referentiegroep kan worden aangewezen. De (grootschalige) intrekking van vergunningen vertoont grote gelijkenis met de hierboven besproken categorie, waarin een overheidsgedraging zich richt tot een nauwkeurig omlijnde groep, te weten alle vergunninghouders. Men kan zich zelfs afvagen of er wel sprake is van enig verschil, omdat de feitelijke intrekking van vergunningen plaatsvindt ter uitvoering van eerder vastgesteld beleid of tot stand

74 Zie Tjepkema 2010, p. 374-376.

75 Dergelijke maatregelen worden ook wel aangeduid als NIMBY-maatregelen, waarbij NIMBY staat voor ‘not in my backyard’.

76 Zie Schueler 2005, p. 200 en Van den Broek 2011, p. 991.

77 Vgl. Tjepkema 2010, p. 375.

78 Tjepkema wijst erop dat in dergelijke gevallen beter kan worden nagegaan of de last het normale maatschappelijke risico overstijgt. Zie Tjepkema 2010, p. 376.

79 Zie Tjepkema 2010, p. 383-391.

80 Zie wat dat betreft (mijn aanbevelingen in) paragraaf 4.5.7.

gebrachte wet- of regelgeving. Dat zijn belastende maatregelen van algemene strekking.⁸¹ Hier kan het specialiteitsvereiste dus eenzelfde rol van betekenis spelen.⁸²

Bij de feitelijke (her)verdeling van schaarse watergebruiksrechten is het echter de vraag of dit vereiste enige rol van betekenis kan of dient te spelen. Dient er in dit kader überhaupt wel ruimte te bestaan voor een vergelijking met anderen met het oog op de toekenning van een recht op nadeelcompensatie? En met wie dient degene wiens vergunningaanvraag op rechtmatige wijze wordt afgewezen dan te worden vergeleken? In mijn ogen behoort men de eerste principiële vraag reeds ontkennend te beantwoorden.⁸³ Het voorgestelde systeem van de verdeling van schaarse waterrechten beoogt immers juist gerechtvaardigde ongelijkheid in het leven te roepen op basis van een op bepaalde kenmerken gebaseerde onderlinge vergelijking. Er bestaat op dat terrein dus competitie tussen aanvragers, waarin verlies als *'part of the game'* dient te worden aanvaard.⁸⁴ Wie toch wil overgaan tot een vergelijking, zal in mijn ogen overigens niet gauw tot de conclusie komen dat met een afwijzing sprake is van een onevenredig zware last. Een vergelijking met alle vergunningaanvragers druist in tegen de ratio van het specialiteitsvereiste, dat immers nadrukkelijk niet is bedoeld om de verliezers van een bepaald spel te voorzien van een hoogwaardige troostprijs. De vergelijking zou dus moeten plaatsvinden met degenen wier vergunning is geweigerd. In een spel van winnaars en verliezers bevinden zij zich echter allemaal in een gelijkwaardige benadeelde positie: zij zijn niet in staat gebleken de vergunningverlener ervan te overtuigen dat juist aan hen schaarse waterrechten moeten worden toebedeeld.

8.5.2. De speciale last in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

Welke (bijzondere) rol speelt het vereiste van de speciale last nu in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? Dit vereiste beoogt de kans op aansprakelijkheid in algemene zin te beperken door een drempel op te werpen, voordat wordt overgegaan tot een nadere inhoudelijke toetsing aan het *égalité*beginsel. Van een bijzondere toepassing (of bijzonderheden bij de toepassing) van dit vestigingscriterium lijkt in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering dus geen sprake. Het criterium is succesvol in de bedoelde beperking, indien de overheidsgedraging in kwestie ten doel heeft een bepaalde belasting op te leggen aan een nauwkeurig af te bakenen groep belanghebbenden. Enkel degenen die daardoor in vergelijking met alle andere benadeelden een onevenredig zware last komen te dragen, kunnen in beginsel met succes aanspraak maken op nadeelcompensatie. Het uitgangspunt is echter dat het nadeel door allen wordt aanvaard. Het specialiteitsvereiste slaagt er echter niet goed in zijn beperkende doelstelling te bereiken, indien een bepaalde overheidsgedraging zich

81 Bedenk hierbij wel dat schade door belastende wetgeving in formele zin niet op basis van een nadeelcompensatieregeling voor vergoeding in aanmerking kan komen. Zie tevens paragraaf 8.4.2.

82 Zie Tjepkema 2010, p. 384.

83 Vgl. Tjepkema 2010, p. 385-386.

84 Uiteraard kan degene wiens vergunningaanvraag is afgewezen, beargumenteren dat dit op onrechtmatige wijze is gebeurd. Hij kan dan stellen gevolgschade te hebben geleden, die op grond van art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking kan komen. Zie daarover hoofdstuk 6.

richt tot een onbepaalde groep, of juist beoogt een algemeen belang te dienen, maar daarbij onbedoeld ook individuele belangen schaadt. De beperkende werking is dan namelijk gering, omdat juist de kwalificatie van ‘benadeelde’ een benadeelde reeds in een onevenredig nadelige positie plaatst ten opzichte van degenen die van de maatregelen geen nadeel ondervinden. Dit betekent uiteraard niet dat zij in dergelijke gevallen zonder meer recht hebben op nadeelcompensatie: dat een last ‘speciaal’ is, betekent nog niet dat deze als ‘abnormaal’ dient te worden aangemerkt. Voor de toepassing van het specialiteitsvereiste als zelfstandig criterium in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering is de aard van de overheidsgedraging in dat kader dus doorslaggevend. Dat is echter geen bijzonderheid die zich slechts in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering voordoet, maar eerder een bijzonderheid van dit criterium als zodanig.

8.6. Het normaal maatschappelijk risico

8.6.1. Algemeen over het normaal maatschappelijk risico

Voor de vestiging van aansprakelijkheid voor schade door rechtmatige overheidsgedragingen dient de schade het *normaal maatschappelijk risico* te overstijgen. In de literatuur en de jurisprudentie wordt het ‘normaal maatschappelijk risico’ gewoonlijk – al dan niet expliciet – vereenzelvigd met de ‘abnormale last’ als vestigingscriterium voor aansprakelijkheid.⁸⁵ Daarnaast worden dan vaak corrigerende factoren genoemd, aan de hand waarvan na de vestiging van aansprakelijkheid de uiteindelijke omvang van de nadeelcompensatie wordt bepaald. Tjepkema beschouwt het criterium van de abnormale last echter als overkoepelend criterium, waarbinnen het normaal maatschappelijk risico en het normaal ondernemersrisico naast de eigen schuld en de risicoaanvaarding gelden als belangrijke subcriteria.⁸⁶ Hij beoogt daarmee ‘scherper in beeld te brengen wat de onderlinge verhouding is tussen de verschillende maatstaven op grond waarvan kan worden beoordeeld of een nadeel onevenredig is.’⁸⁷ Deze opvatting bepaalt voor een belangrijk deel de structuur van zijn dissertatie, maar hij beoogt hiermee geen afwijkende inhoudelijke invulling te geven aan de afzonderlijke criteria. Ik geef in dit proefschrift de voorkeur aan een duidelijk theoretisch onderscheid tussen vestigingscriteria en corrigerende factoren. Daarmee is overigens hoofdzakelijk de overzichtelijkheid van dit hoofdstuk gediend. Ik onderken nadrukkelijk dat alle criteria en factoren met elkaar in verband staan en dat een scherp onderscheid niet altijd strookt met de praktische toepassing daarvan. Om misverstanden te voorkomen, vermijd ik hieronder de term ‘abnormale last’.

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Schueler 2005, p. 197. Ook de wetgever lijkt hiervan uit te gaan. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 12-13 en p. 23-24.

⁸⁶ Zie Tjepkema 2010, p. 420-423.

⁸⁷ Zie Tjepkema 2010, p. 421.

8.6.1.1. De abstracte en concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico

Aan het normaal maatschappelijk risico wordt niet louter een zuiver abstracte invulling gegeven, maar abstractie vormt wel het uitgangspunt van de gangbare benadering. Indien een bepaald type overheidsgedraging vanuit maatschappelijk oogpunt valt aan te merken als een 'normale ontwikkeling', dan valt de schade die zich in verband daarmee voordoet in beginsel binnen het normaal maatschappelijk risico. Daaruit blijkt ook de ratio van dit criterium: het samenleven in een geordende maatschappij brengt met zich dat de participanten daarbinnen in beginsel de lasten behoren te dulden die met de noodzakelijke ordening daarvan samenhangen, evengoed als dat zij van de voordelen daarvan kunnen profiteren.⁸⁸ Hierin valt ook een notie te ontdekken van het vaker gehoorde adagium dat eenieder in beginsel zijn eigen schade draagt.⁸⁹ Het is uiteraard de vraag wanneer een type overheidsgedraging als 'normaal' dient te worden beschouwd. Daarbij dient men er in mijn ogen van uit te gaan dat, wanneer een overheidsorgaan beschikt over een bepaalde bevoegdheid, de uitoefening daarvan in abstracto te verwachten en dus normaal is. Via die redenering is welhaast elke bevoegdheidsuitoefening normaal. In zoverre lijkt de zuiver abstracte invulling van het normaal maatschappelijk risico weinig ruimte te bieden voor enig onderscheid. Het is mijns inziens ook niet de bedoeling om via deze invulling *in concrete gevallen* een antwoord te geven op de aansprakelijkheidsvraag. Het belangrijkste doel hiervan is het bepalen van de uitgangspunt van waaruit moet worden geredeneerd bij de beantwoording van dergelijke op concrete gevallen toegespitste vragen. Dat uitgangspunt luidt kort en duidelijk: 'in beginsel bestaat geen recht op schadevergoeding'.

Bij de abstracte invulling staat slechts de beoordeling van het type overheidsgedraging centraal. Voor enige casuïstiek is bij die invulling geen plaats. Wel spelen de concrete omstandigheden een belangrijke rol bij de nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico. Dergelijke omstandigheden kunnen – indien een benadeelde dat aannemelijk kan maken – met zich brengen dat een gegronde reden bestaat af te wijken van het bovengenoemde uitgangspunt. Bij de vraag of het nadeel in een concreet geval uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico, dienen alle relevante omstandigheden van dat geval te worden meegewogen.⁹⁰ Daarbij kan niet alleen de aard van de schadeveroorzakende overheidsgedraging van betekenis zijn,⁹¹ maar kan ook belang toekomen aan de aard en de omvang van het nadeel,⁹² en tevens aan de

88 Vgl. bijvoorbeeld ook Tjepkema 2010, p. 410-415; Schueler 2005, p. 201; Schueler 2002, p. 100; en Van Ravels 2002, p. 278-279.

89 Zie Hartlief 1997.

90 Zie Van Ravels 2005b, p. 25-32.

91 In de eerste plaats kan onderscheid worden gemaakt tussen typen overheidsgedragingen. Gaat het bijvoorbeeld om de vaststelling van regelgeving of beleid, om de uitvoering van projecten die dienstbaar zijn aan het algemeen belang, of om de intrekking van begunstigende beschikkingen? Daarnaast kan ook de duur van de gedraging van belang zijn, of het tijdstip en de wijze waarop deze plaatsvindt. Loopt de uitvoering van een overlast veroorzakend project bijvoorbeeld aanmerkelijke vertraging op, of vindt de gedraging zeer plotseling of in een ongebruikelijke periode plaats?

92 Betreft het enkel zuivere vermogensschade, of heeft de gedraging ook schade aan zaken of personen tot gevolg? Welke omvang heeft het nadeel en in welke verhouding staat deze tot de andere omstandigheden van het geval?

vraag in hoeverre de gedraging en het daarmee veroorzaakte nadeel voorzienbaar waren.⁹³ De nadruk ligt bij de nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico dus in belangrijke mate op de gevolgen van een concrete overheidsgedraging voor individuele benadeelden. Aan de hand van onder meer de genoemde factoren⁹⁴ kan worden beoordeeld of het nadeel in een concreet geval al dan niet een ongebruikelijk of uitzonderlijk karakter heeft. Komt men tot het oordeel dat het nadeel op een of andere manier bijzonder is ten opzichte van het nadeel dat onder ‘normale omstandigheden’ zou zijn geleden, dan ligt het in de rede te concluderen dat dit nadeel het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Het zal niet verbazen dat de jurisprudentie over de invulling van het normaal maatschappelijk risico een sterk casuïstisch karakter heeft.

8.6.1.2. Voorzienbaarheid ‘*in abstracto*’ en ‘*in concreto*’

Een belangrijke vraag voor de vestiging van aansprakelijkheid is in hoeverre de overheidsgedraging en de daarmee gepaard gaande schade voorzienbaar waren. Voorzienbaarheid is een belangrijke factor bij de toetsing aan het normaal maatschappelijk risico.⁹⁵ Het vormt echter geen geheel op zichzelf staand criterium. Bij de beantwoording van de vraag of bepaald nadeel in een concreet geval voorzienbaar was, kan ook belang toekomen aan de andere omstandigheden die dat geval karakteriseren.⁹⁶ Zo kan het voorkomen dat een bepaald type overheidsgedraging binnen een bepaalde sector zeer gebruikelijk en dus in algemene zin voorzienbaar is, maar dat de uitoefening van deze gedraging in een concreet geval dermate veel bijzonderheden vertoont dat deze toch als onvoorzienbaar dient te worden aangemerkt. Tjepkema hanteert in dit kader de termen ‘voorzienbaarheid *in abstracto*’ en ‘voorzienbaarheid *in concreto*’.⁹⁷ De eerste variant is gebaseerd op de objectieve overweging dat een bepaald soort nadeel in het algemeen steeds redelijkerwijs is te verwachten door (rechts)personen in een bepaalde hoedanigheid. Het gaat, met andere woorden, om de toepassing van algemeen binnen bepaalde segmenten van de maatschappij geldende ‘ervaringsregels’.⁹⁸ Bij de voorzienbaarheid *in concreto* is het veeleer de vraag of een benadeelde de schadeveroorzakende overheidsgedraging onder de gegeven omstandigheden naar subjectieve inzichten voorzag of had behoren te voorzien.

De voorzienbaarheid *in concreto* kan verschillende uitwerkingen hebben. Zo kan deze als corrigerende factor in de weg staan aan een (volledige) schadevergoeding, indien een benadeelde schade lijdt doordat hij bepaalde investeringen heeft gedaan, terwijl hij wist of behoorde te weten dat een voor hem ongunstig regime ophanden was. Het betreft dan een vorm van *risicoaanvaarding*, waarop ik in paragraaf 8.7 nader inga.

93 Zie Tjepkema 2010, p. 416-420 en uitgebreid p. 429-461.

94 Relevante factoren zijn, kort gezegd, tijd, plaats, ontstaanswijze, begeleidende omstandigheden, ernst, duur, en omvang. Uiteraard staan deze factoren niet steeds los van elkaar, maar geven zij het nadeel in onderlinge samenhang zijn bijzondere karakter. Zie Van Ravels 2005, p. 30.

95 Zie Van Ravels 2005b.

96 Zie Tjepkema 2010, p. 433.

97 Zie Tjepkema 2010, p. 431-435.

98 Zie Tjepkema 2010, p. 332.

Daarnaast kan deze op de omstandigheden van het geval gebaseerde voorzienbaarheidstoets een praktische nuanciering vormen op de voorzienbaarheid in abstracto, en in die hoedanigheid dus een rol spelen bij de vestiging van aansprakelijkheid. Het gaat dan niet om een correctie of matiging, maar het betreft een ‘alles of niets’-vraag. Aan de hand van die toetsing kan de voorzienbaarheid van schade enerzijds worden bevestigd. Het oordeel dat een overheidsgedraging in abstracto voorzienbaar was, kan hiermee immers door middel van concretere argumenten kracht worden bijgezet. Zo hoeft niet te worden volstaan met het argument dat een benadeelde er nu eenmaal rekening mee diende te houden dat voor hem van tijd tot tijd nadelige overheidsgedragingen kunnen plaatsvinden. Anderzijds kunnen hieruit aanwijzingen voortvloeien dat een in abstracte zin voorzienbare gedraging onder de concrete omstandigheden van het geval voor een specifieke benadeelde toch niet als voorzienbaar dient te worden aangemerkt. Zodoende heeft de *on*voorzienbaarheid in concreto een corrigerende werking op de voorzienbaarheid in abstracto.⁹⁹ Hoewel aan de abstracte voorzienbaarheid met het oog op de ratio van het criterium van het normaal maatschappelijk risico in beginsel een zwaar belang kan worden gehecht als uitgangspunt in schadezaken, is het praktische belang van de concrete voorzienbaarheid in voorkomende gevallen dus wellicht het grootst. Aan de hand daarvan vindt immers de ‘*fine tuning*’ plaats.

8.6.1.3. Het normaal maatschappelijk risico uitgedrukt in kortingspercentages

Indien schade op een onrechtmatige wijze wordt toegebracht, geldt als uitgangspunt dat deze volledig dient te worden vergoed.¹⁰⁰ Een volledige vergoeding van de schade is in het nadeelcompensatierecht minder gebruikelijk, hoewel niet uitgesloten.¹⁰¹ Vaak wordt immers gewerkt met zogenoemde ‘(standaard)kortingspercentages’, waarmee er uitdrukking aan wordt gegeven dat in elk geval steeds een deel van de schade wegens een rechtmatige overheidsgedraging onder het normaal maatschappelijk risico valt.¹⁰² De mate van (concrete) voorzienbaarheid kan in dergelijke gevallen fungeren als een rechtvaardiging en voorts als een graadmeter voor een korting.¹⁰³ Toch lijkt een standaardkortingspercentage van tussen de 15 en 25 procent van de schade niet ongebruikelijk, ook niet wanneer in een concreet geval sprake is van verminderde voorzienbaarheid.¹⁰⁴ In een recente uitspraak is bevestigd dat een standaardkortingspercentage van 15 procent niet zonder meer onredelijk is, maar dat de redelijkheid daarvan wel

99 Zie Tjepkema 2010, p. 434-435 en Hoitink 1998, p. 189. Ook Schueler lijkt dit te bedoelen waar hij stelt dat het nadeel geheel of ten dele voor rekening van de benadeelde blijft, ‘tenzij hij aantoont dat er bijzondere omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat de schade in zijn geval niet meer als een normaal risico kan worden gezien’. Zie ter illustratie tevens ABRvS 23 september 1996, AB 1996, 494 m.nt. AvH; ABRvS 15 oktober 1998, JB 1999, 278 m.nt. RJNS; ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM; ABRvS 14 april 2004, JB 2004, 207; en ABRvS 29 september 2004, Gst. 2005, 36 m.nt. Slier.

100 Zie bijvoorbeeld Jansen 2009 en Lindenberg 2008.

101 Van den Broek stelt terecht dat volledige nadeelcompensatie op basis van de voorgestelde regeling in de Awb niet bij voorbaat is uitgesloten. Zie Van den Broek 2011, p. 989.

102 Zie Tjepkema 2010, p. 439-443.

103 Zie bijvoorbeeld Van Ravels 2002, p. 280-283 en p. 416-417.

104 Zie Tjepkema 2010, p. 440, met verwijzingen naar jurisprudentie. Zie tevens Van Ravels 2002, p. 417.

op deugdelijke wijze door het betrokken bestuursorgaan moet worden gemotiveerd.¹⁰⁵ Bestuursorganen kunnen in hun nadeelcompensatiebesluiten in beginsel zelf de exacte hoogte van een in een concreet geval toe te passen korting vaststellen. Daarbij kunnen zij een beleidsregel als uitgangspunt nemen, maar zij dienen van geval tot geval te beslissen welke korting zal worden toegepast. Dergelijke besluiten dienen uiteraard wel op een zorgvuldige wijze tot stand te komen, zodat duidelijk moet worden gemotiveerd welke bijzondere omstandigheden aanleiding geven tot het toepassen van een bepaalde korting. Het is overigens de rechter die op dit punt het laatste woord heeft, of althans behoort te hebben. De vraag in hoeverre het bestuur aansprakelijk is wegens schending van het *égalité*beginsel, is immers een rechtsvraag, waarover de bestuursrechter zich een oordeel kan vormen, ongeacht of een bestuursorgaan al dan geen toepassing geeft aan een zelf in het leven geroepen beleidsregel.¹⁰⁶ De bestuursrechter kan zich wat dat betreft (in een concreet geval) uitlaten over de aanvaardbaarheid van het gehanteerde kortingspercentage. Daarmee staat vast dat de concrete omstandigheden van het geval ook bij de toepassing van kortingen een aanzienlijke rol van betekenis kunnen spelen.

8.6.2. *Adaptatie als normale maatschappelijke ontwikkeling?*

Wat betekent een en ander nu in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer? Welke bijzondere invulling zal in verband met de gedragingen van waterbeheerders in dat kader naar verwachting worden gegeven aan het normaal maatschappelijk risico? In concretere zin betreft het de vraag in hoeverre adaptatiemaatregelen redelijkerwijs te verwachten zijn en in hoeverre de schade ten gevolge daarvan binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Daarbij is in het bijzonder de vraag van belang in hoeverre de onzekerheid omtrent klimaatrisico's van invloed kan zijn op de voorzienbaarheid van overheidsgedragingen en het bijkomende nadeel. Bij de beantwoording van dergelijke vragen kan het relevant zijn onderscheid te maken tussen enerzijds maatregelen in het kader van de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast, en anderzijds maatregelen ter verbetering van het systeem van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten.¹⁰⁷ Voorts kan het van belang zijn na te gaan hoe ver de blik van de waterbeheerder bij het treffen van concrete adaptatiemaatregelen in de toekomst is gericht. Op voorhand is duidelijk dat ook bij de toepassing van het *égalité*beginsel in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering – en in het bijzonder bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico – gewicht behoort toe te komen aan alle omstandigheden van het concrete geval. Deze omstandigheden zullen onder meer gestalte krijgen langs de lijnen van de hierboven gestelde vragen. Dat betekent dat de resultaten van de toetsing aan het normaal

¹⁰⁵ Zie ABRvS 5 december 2012, zaaknummer 201112232/1/T1/A2, r.o. 7.4.

¹⁰⁶ Zie Van den Broek 2011, p. 989 en Van Ravels 2002, p. 280-281.

¹⁰⁷ Dat onderscheid is van belang voor de vraag of eigendomsontneming dan wel eigendomsregulering plaatsvindt. Dit kan voorts van belang zijn voor de vraag of volledige of partiële schadevergoeding op haar plaats is. Ik ga hieronder nader in op die vraag.

maatschappelijk risico ook in verband met overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering van geval tot geval sterk uiteen kunnen lopen.

8.6.2.1. De *abstracte* voorzienbaarheid van adaptatiemaatregelen

Zijn proactieve adaptatiemaatregelen in abstracto minder goed voorzienbaar dan ‘gewone’ maatregelen in het kader van het waterbeheer? Bestaat er, met andere woorden, een aanleiding om te oordelen dat bij het treffen van adaptatiemaatregelen geen sprake is van ‘normale maatschappelijke ontwikkelingen’? Het is duidelijk dat met adaptatiemaatregelen in algemene zin een maatschappelijk belang wordt gediend. Daarnaast is het lastig – en soms zelfs zinloos – een scherp onderscheid te maken tussen adaptatiemaatregelen en gewone maatregelen in het kader van het waterbeheer. Vooral wanneer de maatregelen strekken tot de bescherming tegen de reeds merkbare gevolgen van klimaatverandering, is het maken van enig onderscheid overbodig. Dergelijke maatregelen vallen dan in mijn ogen eerder aan te merken als normale maatschappelijke ontwikkelingen, waarmee eenieder in beginsel rekening heeft te houden. De mate van overtuiging waarmee kan worden gesteld dat men van doen heeft met normale maatschappelijke ontwikkelingen groeit dus, naarmate het (belang van) onderscheid tussen adaptatiemaatregelen en ‘gewone’ maatregelen in het waterbeheer vervaagt. Dergelijke maatregelen kunnen dus in beginsel worden geacht in abstracto voorzienbaar te zijn.

Wanneer adaptatiemaatregelen daarentegen strekken tot de bescherming tegen toekomstige en nog uiterst onzekere gevolgen van klimaatverandering, kan men geneigd zijn te stellen dat het juist een ‘abnormale maatschappelijke ontwikkeling’ betreft. Ik ben echter niet geneigd die stelling zonder meer te onderschrijven. Klimaatverandering is al lang geen nieuw maatschappelijk probleem meer. Het is in diverse opzichten reeds een volwassen thema en heeft in de loop der decennia een vaste plaats verworven in het wetenschappelijke en politieke debat.¹⁰⁸ Binnen die kaders bestaat inmiddels consensus dat op adequate wijze moet worden gereageerd op toekomstige en onzekere klimaatrisico’s. Over de manier waarop, de mate waarin en wanneer dat moet gebeuren, bestaat evenwel nog (wetenschappelijke en politieke) discussie. Waterbeheerders hebben bij de beantwoording van dergelijke vragen overigens een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid. Maar dat (op termijn) toekomstgerichte maatregelen zullen worden getroffen met het oog op vooralsnog onzekere risico’s, valt in de hedendaagse samenleving niet langer zonder meer als abnormaal te beschouwen. De stelling dat schade door proactieve maatregelen per definitie buiten het normaal maatschappelijk risico valt, is dus in mijn beleving niet goed te verdedigen. Ook proactieve overheidsgedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen dus in beginsel worden geacht in abstracto voorzienbaar te zijn.¹⁰⁹

108 Een en ander blijkt in dit proefschrift ook duidelijk uit de paragrafen waarin ik inga op de ontwikkelingen van het adaptatiebeleid op verschillende (beleids)niveaus. Zie bijvoorbeeld paragraaf 2.2, 3.3 en 4.2.

109 Ook de Afdeling lijkt, overigens zonder expliciet te stellen dat het een adaptatiemaatregel betreft, tot die conclusie te komen in de recente zaak ABRvS 22 mei 2013, zaaknummer 201203750/1/A2 (r.o. 6.2).

8.6.2.2. De concrete voorzienbaarheid van adaptatiemaatregelen

Uit bovenstaande volgt dat adaptatie in abstracte zin een redelijkerwijs te verwachten reactie van waterbeheerders is op de gevolgen van klimaatverandering, ongeacht of deze gevolgen reeds merkbaar zijn of nog zijn omgeven met een bepaalde mate van onzekerheid. De ‘adaptatie als beleidsrespons’ kan als zodanig dus worden beschouwd als normale maatschappelijke ontwikkeling. Daarmee is nog weinig gezegd over de concrete voorzienbaarheid van afzonderlijke gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het betekent slechts dat in dat kader hetzelfde uitgangspunt geldt als in ‘gewone gevallen’: ‘in beginsel bestaat geen recht op schadevergoeding.’ Zoals bleek, kunnen bijzondere omstandigheden er in concrete gevallen toe nopen een uitzondering op dat uitgangspunt te aanvaarden. Tot zover lijkt er weinig bijzonders aan de hand. Op dit punt rijst echter wel de vraag in hoeverre de onzekerheid waarmee klimaatrisico’s kunnen zijn omgeven in concrete gevallen dergelijke bijzondere omstandigheden in het leven kunnen roepen. Met het oog op die vraag is het relevant onderscheid te maken tussen de aard, ernst en omvang van het *nadeel*, en de aard van de *schadeoorzaak*. Beide soorten factoren geven immers gestalte aan de concrete omstandigheden van het geval, waaraan in de vestigingsfase belang kan toekomen.

Aan de factoren in verband met de aard, ernst en omvang van het nadeel komt naar verwachting geen bijzonder belang toe bij gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in vergelijking tot andere, ‘normale’ gedragingen van waterbeheerders. Bij de invulling van deze factoren is immers de bijzondere aard van de gedraging niet van belang. Indien de aard, ernst of omvang van het nadeel onevenredige proporties aanneemt, kan reeds aanleiding bestaan het nadeel te compenseren, ongeacht of het adaptatiemaatregelen of gewone maatregelen in het waterbeheer betreft. De aard van de schadeoorzaak kan daarentegen wel van bijzonder belang zijn bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico. In hoeverre kan het feit dat de gedragingen van waterbeheerders zich in een voorkomend geval richten op uiterst onzekere klimaatrisico’s van invloed zijn op de mate van voorzienbaarheid daarvan in concrete zin? In mijn ogen dient bij de beantwoording van die vraag als uitgangspunt te worden genomen dat de mate van concrete voorzienbaarheid afhangt van de mate van onzekerheid omtrent het klimaatrisico waartegen wordt opgetreden. Hoe verder een klimaatrisico in de toekomst is gelegen en hoe meer dit is omgeven met onzekerheden, hoe minder goed de op dergelijke risico’s gerichte maatregelen als concreet voorzienbaar kunnen worden aangemerkt. Dit kan op zichzelf een aanleiding zijn om in een concreet geval te spreken van bijzondere omstandigheden die in beginsel nopen tot de compensatie van enig nadeel.

8.6.2.3. Het principe van ‘aan onzekerheid evenredige matiging van voorzienbaarheid’

Bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico kan dus een zelfstandig belang toekomen aan de omstandigheid dat de getroffen maatregelen zich

richtten tot een voor eenieder nog onzeker klimaatrisico. Waterbeheerders dienen met deze bijzondere omstandigheid op zorgvuldige wijze rekening te houden bij de totstandkoming van hun concrete besluiten omtrent de compensatie van nadeel. Bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico dient daarom in mijn ogen een principe te worden geïntroduceerd en nader te worden ontwikkeld aan de hand waarvan de concrete mate van voorzienbaarheid in evenredig verband wordt geplaatst met de mate van onzekerheid. Men kan dit aanduiden als het principe van ‘aan onzekerheid evenredige matiging van voorzienbaarheid’. Het verdient aanbeveling dat waterbeheerders – en wellicht ook andere overheidsorganen die buiten de kaders van het waterbeheer zijn belast met taken en bevoegdheden inzake de adaptatie aan klimaatverandering – dit principe toepassen bij de totstandkoming van hun besluiten over schadevergoeding. Zij doen er in dat geval goed aan hieromtrent expliciet beleid te ontwikkelen. Daarnaast verdient het aanbeveling dat ook de bestuursrechter dit principe als bijzondere verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel toepast bij de beoordeling van besluiten over de compensatie van nadeel wegens proactieve adaptatiemaatregelen. De concrete mate van onzekerheid dient te worden afgeleid uit gezaghebbende wetenschappelijke bronnen. Het ligt daarbij voor de hand in elk geval de meest recente klimaatscenario's van het KNMI en de daarop gebaseerde verwachtingen omtrent de regionale gevolgen van klimaatverandering als zodanig te aanvaarden.

De toepassing van dit principe kan er onder concrete omstandigheden dus toe leiden dat waterbeheerders in verband met hun gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een coulantere houding dienen aan te nemen, naarmate deze maatregelen een proactiever karakter hebben. Zij dienen hiervan blijk te geven door in dergelijke gevallen eerder aan te nemen dat de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Zij kunnen daar overigens ook blijk van geven door in dergelijke gevallen geen of een lager kortingspercentage te hanteren. Het dient wel te worden benadrukt dat dit principe er niet toe strekt alle gevolgschade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering zonder meer buiten het normaal maatschappelijk risico te brengen. De mate van voorzienbaarheid wordt immers ook bepaald door alle andere relevante factoren en omstandigheden. Een voornemen tot het treffen van concrete proactieve adaptatiemaatregelen kan bijvoorbeeld reeds blijken uit beleidsdocumenten of andere openbare bronnen. In dergelijke gevallen komt wellicht minder (doorslaggevend) belang toe aan de mate van onzekerheid als matigingsfactor van de voorzienbaarheid, omdat juist kan worden geoordeeld dat de maatregelen ondanks die onzekerheid reeds langdurig in het vooruitzicht lagen. De onzekerheid is dus nadrukkelijk één van de concrete omstandigheden van het geval, waar een betrokken waterbeheerder niet omheen kan bij de totstandkoming van zijn compensatiebesluiten. Deze factor brengt extra gelaagdheid en complexiteit in het geheel van concrete relevante omstandigheden, aan de hand waarvan de onzekerheid omtrent klimaatrisico's tot bijzondere (maar niet in onredelijke mate overheersende) uitdrukking kan komen binnen het nadeelcompensatierecht.

8.6.3. Enkele nuanceringsen in het licht van verschillende typen adaptatiemaatregelen

8.6.3.1. Het belang van onderscheid

Hierboven betrof het steeds adaptatiemaatregelen in algemene zin. Naast de vraag of dergelijke maatregelen al dan geen proactief karakter hebben, kan het van belang zijn onderscheid te maken tussen verschillende typen adaptatiemaatregelen. Daarbij denk ik in de eerste plaats aan het basale onderscheid tussen maatregelen in het kader van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast, en maatregelen in het kader van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten en het voorkomen van waterschaarste. Binnen die categorieën kan het voorts van belang zijn of met de betreffende maatregelen het eigendomsrecht dat particulieren hebben op bepaalde zaken geheel of gedeeltelijk wordt ontnomen, of dat dit recht daardoor ‘slechts’ wordt gereguleerd. In de literatuur wordt immers betoogd dat bij de (gedeeltelijke) ontneming van eigendomsrechten door middel van het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.24 lid 1 Waterwet een volledige schadevergoeding op haar plaats is.¹¹⁰ Daarbij dient te worden opgemerkt dat noch art. 14 lid 3 Grondwet, noch art. 1 EP bij beperking van het eigendomsrecht verplicht tot een volledige schadevergoeding.¹¹¹ Daartegenover staat dat art. 7.14 lid 1 Waterwet en de nadeelcompensatieregeling in de Awb een volledige schadeloosstelling niet zonder meer uitsluiten. Groothuijse pleitte er voor het recht op volledige schadevergoeding bij het opleggen van gedoogplichten nadrukkelijk in de Waterwet te verankeren. Volgens hem zouden de criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid in dergelijke gevallen niet van belang moeten zijn.¹¹² Zolang de wetgever hiertoe niet overgaat, is het aan de bestuursrechter om in dat verband de redelijkheid van nadeelcompensatiebesluiten te beoordelen. Het is niet uitgesloten dat deze oordeelt dat bij het opleggen van een gedoogplicht inderdaad een volledige schadevergoeding op haar plaats is. Waterbeheerders dienen daarmee bij de totstandkoming van hun nadeelcompensatiebesluiten in elk geval rekening te houden.¹¹³

8.6.3.2. Maatregelen in het kader van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast

Binnen de categorie ‘maatregelen in het kader van de bescherming tegen overstromingen en wateroverlast’ kan de aanleg en wijziging van waterstaatswerken worden onderscheiden van het opleggen van gebruiksbepalingen, bijvoorbeeld door het aanwijzen van beschermings- en reserveringszones.¹¹⁴ Beide soorten maatregelen zijn in

110 Zie Groothuijse 2009, p. 400-409 en p. 422; Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 152-157; en Van Ravels 2006, p. 233.

111 Art. 14 lid 1 Grondwet stelt slechts bij onteigening een voorafgaande *schadeloosstelling* verplicht.

112 Zie Groothuijse 2009, p. 406.

113 Uit praktijkonderzoek blijkt overigens dat het opleggen van gedoogplichten slechts in uitzonderlijke gevallen plaatsvindt. Indien daar enige aanleiding toe bestaat, wordt gebruikgemaakt van het onteigeninginstrumentarium. In de uitzonderlijke gevallen waarin toch een gedoogplicht wordt opgelegd, is volledige schadeloosstelling het uitgangspunt. Dat is in lijn met het betoog van Groothuijse.

114 Zie ook paragraaf 4.5 over toepasbare instrumenten en bevoegdheden.

het kader van de adaptatie aan klimaatverandering redelijkerwijs te verwachten en zijn in de huidige praktijk van het waterbeheer ook niet ongebruikelijk.¹¹⁵ Bij een grote mate van onzekerheid ten aanzien van de concrete gevolgen van klimaatverandering lijkt het in beginsel verstandig te kiezen voor het opleggen van gebruiksbepalingen, in plaats van reeds in een vroeg stadium over te gaan tot het treffen van fysieke, onomkeerbare maatregelen. In het eerste geval is sprake van regulering van het eigendomsrecht van rechthebbenden; er vindt geen aantasting plaats van het exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar. Volledige schadevergoeding ligt hier dus niet zonder meer in de rede.¹¹⁶ Wel worden dergelijke bepalingen vaak opgelegd met het oog op het behoud van de mogelijkheid om in de toekomst – wanneer dat noodzakelijk blijkt – nadere fysieke maatregelen te kunnen treffen.¹¹⁷ Aangezien met de beperkende maatregelen wordt geanticipeerd op onzekerheden in de toekomst, brengt de aard hiervan in lijn met het bovenstaande betoog met zich dat waterbeheerders bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico met het oog daarop een coulante houding aannemen.¹¹⁸ Daarbij kan als uitgangspunt gelden dat gebruiksbepalingen langs reeds bestaande waterstaatswerken over het algemeen beter voorzienbaar worden geacht, dan ruimtelijke reserveringen voor de eventuele aanleg van nieuwe waterstaatswerken.

Bij de aanleg of wijziging van waterstaatswerken kan het voorkomen dat het exclusieve gebruiksrecht van een rechthebbende van een (onroerende) zaak geheel of gedeeltelijk wordt aangetast. Indien de belangen van een rechthebbende onteigening niet vorderen, kan de waterbeheerder de rechthebbende op grond van art. 5.24 lid 1 Waterwet verplichten de maatregelen op zijn grondgebied te gedogen.¹¹⁹ Naar de letter van de wet is in dergelijke gevallen art. 7.14 Waterwet onverkort van toepassing, maar ik wijs ook met nadruk op hetgeen Groothuijse en ook anderen hiertegen hebben ingebracht. Dat betoog kan zo worden geïnterpreteerd dat niet zozeer de aard van de schadeoorzaak, maar veeleer de aard en de ernst van het nadeel¹²⁰ eraan in de weg staan dat dit nog binnen de kaders van het normaal maatschappelijk risico behoort te vallen.¹²¹ Dat is inderdaad een zwaarwegend argument, dat met zich kan brengen dat volledige schadeloosstelling in dergelijke gevallen als uitgangspunt dient te worden genomen. Dat geldt mijns inziens vooral wanneer de maatregelen ook nog eens worden getroffen met het oog op de bescherming tegen nog tamelijk onzekere risico's. Toch wil ik niet op voorhand uitsluiten dat bijzondere omstandigheden van het geval een matiging van de schadevergoeding kunnen rechtvaardigen, ook wanneer deze buiten de

115 Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 29 januari 2008, Awb 07/3891.

116 Zie Groothuijse 2009, p. 409-415 en Van Ravels 2005, p. 77-80. Zie tevens HR 20 februari 2004, NJ 2004, 409 m.nt. J.F. de Groot.

117 Een ruimtelijke reservering maakt het treffen van maatregelen op langere termijn ook beter voorzienbaar. Met een ruimtelijke reservering wordt immers ook het signaal afgegeven dat de betrokken waterbeheerder verdergaande (fysieke) maatregelen zal treffen, indien dat noodzakelijk blijkt te zijn.

118 Zie paragraaf 8.6.2.3.

119 De waterbeheerder heeft een ruime mate van beoordelingsvrijheid ten aanzien van de vraag of in een concreet geval onteigend dient te worden dan wel een gedoogplicht moet worden opgelegd. Zie ook Bolkestein 2012, p. 28.

120 Het betreft schade door het geheel of gedeeltelijk vervallen van een exclusief gebruiksrecht.

121 Groothuijse stelt overigens dat het normaal maatschappelijk risico en de speciale last in dergelijke gevallen in hun geheel niet van belang zouden moeten zijn. Zie Groothuijse 2009, p. 406.

eigen beïnvloedingssfeer van de benadeelde liggen.¹²² Dergelijke omstandigheden dienen dan wel zwaarwegend te zijn en de waterbeheerder dient deugdelijk te motiveren waarom in het concrete geval geen recht behoort te bestaan op volledige schadevergoeding. De bestuursrechter bewaakt de zorgvuldigheid waarmee dergelijke besluiten tot stand zijn gekomen.

Ook door rechtmatige feitelijke handelingen in het kader van het waterbeheer kan schade ontstaan. Een bijzondere categorie is de inundatieschade. Deze soort schade kan zich bijvoorbeeld voordoen, indien een bergingsgebied feitelijk in gebruik wordt genomen, maar ook wanneer een waterbeheerder een dijk doorsteekt om schade elders in zijn beheergebied te voorkomen. Bergingsgebieden kunnen overigens ook dusdanig zijn ingericht dat deze vanzelf inunderen bij het bereiken van een bepaald waterpeil. Dat geldt tevens voor gebieden die voorheen binnendijks lagen, maar na de verlegging van een waterkering onderdeel zijn gaan uitmaken van een oppervlaktewaterlichaam. Aan dergelijke inundaties gaan geen directe feitelijke handelingen vooraf. Toch kan de schade die zich hierdoor voordoet volgens art. 7.15 Waterwet op grond van art. 7.14 Waterwet voor vergoeding in aanmerking komen.¹²³ Bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico speelt de voorzienbaarheid van een inundatie een belangrijke rol. Het feit dat op een bepaalde locatie een waterkering is verlegd of een bergingsgebied is ingericht om de afvoer- of bergingscapaciteit van het watersysteem te vergroten, brengt met zich dat het in beginsel voorzienbaar is dat dergelijke locaties van tijd tot tijd inunderen. Schade door een feitelijke inundatie zal dus al gauw geheel of in elk geval voor een aanzienlijk deel binnen het normaal maatschappelijk risico vallen. Dat is in mijn ogen anders, wanneer in een noodsituatie een dijk wordt doorgestoken, of wanneer gronden die daar in beginsel niet voor zijn bestemd, worden benut voor de tijdelijke berging van overtollig water. Een groter deel van de inundatieschade behoort dan buiten het normaal maatschappelijk risico te vallen, mede met het oog op de bijzondere aard van dergelijke gedragingen en het gegeven dat zij zo plotseling kunnen plaatsvinden dat van enige voorzienbaarheid bezwaarlijk kan worden gesproken.

8.6.3.3. Maatregelen in het kader van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten en het voorkomen van waterschaarste

Bij de categorie 'maatregelen in het kader van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten en het voorkomen van waterschaarste' dient niet alleen te worden gedacht aan de aanleg van waterstaatswerken,¹²⁴ maar ook aan wijzigingen van regelgeving en beleid, en voorts aan het intrekken van vergunningen. In die laatste soorten gevallen betreft het de regulering van eigendom, waarop art. 7.14 lid 1 Waterwet van toepassing

¹²² Dat actieve of passieve risicoaanvaarding kan leiden tot matiging van de schadevergoeding, staat ook volgens Groothuijse niet ter discussie. Zie Groothuijse 2009, p. 407.

¹²³ Zie Groothuijse 2009, p. 422. Ik pleitte er in paragraaf 8.3 overigens voor art. 7.15 Waterwet onder het nieuwe regime te behouden.

¹²⁴ In dergelijke gevallen is bovenstaande mutatis mutandis van toepassing.

is.¹²⁵ Volledige schadeloosstelling ligt bij dergelijke maatregelen niet zonder meer in de rede.¹²⁶ Een vergunninghouder dient er rekening mee te houden dat zich voor hem nadelige omstandigheden of ontwikkelingen kunnen voordoen, die er aanleiding toe kunnen zijn dat zijn vergunning wordt ingetrokken. Toch is de intrekking van een vergunning een dermate ingrijpende maatregel, dat deze abstracte vorm van voorzienbaarheid over het algemeen geen toereikend argument zal bieden voor de afwijzing van een verzoek om schadevergoeding.¹²⁷ Het op grote schaal intrekken van vergunningen, teneinde een reorganisatie door te voeren in het systeem van de verdeling van schaarse watergebruiksrechten, kan het hanteren van een zekere algemene drempel of korting in mijn ogen wel rechtvaardigen. Toch kunnen tussen individuele vergunninghouders grote verschillen bestaan. Aan de overige omstandigheden moet in een concreet geval dus wel dusdanig veel gewicht toekomen, wil een waterbeheerder met recht kunnen oordelen dat de schade (grotendeels) binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Ik wees er al eerder op dat het bij grootschalige reorganisaties van verdelingsystemen wellicht verstandig is vergunningen gefaseerd in te trekken of vergunninghouders anderszins tegemoet te komen in de tijd. Het lijkt mij ten slotte niet onredelijk dat de schade wegens de wijziging van regelgeving of beleid geheel onder het normaal maatschappelijk risico valt, indien de benadeelde voorafgaand aan of ten tijde van de wijziging reeds heeft geïnvesteerd in de oprichting van een bepaald bedrijf, maar nog geen concrete aanvragen heeft gedaan voor de verlening van een vergunning voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater.

8.6.4. Tussenconclusies

In deze paragraaf stond de vraag centraal welke rol het 'normaal maatschappelijk risico' speelt in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en in hoeverre dit criterium in dat kader naar verwachting een bijzondere invulling krijgt. Adaptatie is in abstracto een redelijkerwijs te verwachten reactie van waterbeheerders op klimaatverandering. Er bestaat dan ook geen aanleiding voor een ander oordeel, dan dat het normale maatschappelijke ontwikkelingen betreft. Er bestaat dus in beginsel geen recht op de compensatie van het nadeel dat gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering met zich brengen. De omstandigheden van het concrete geval kunnen tot een ander oordeel nopen. Daarbij kan als bijzondere omstandigheid belang toekomen aan de vraag in hoeverre de maatregel zich richt op een toekomstig en nog voor eenieder onzeker klimaatrisico. Het is gepast om in dat geval als uitgangspunt te nemen dat de mate van voorzienbaarheid afneemt, naarmate de onzekerheid omtrent het klimaatrisico waarop de maatregel zich richt groter is. Ik deed in dat licht de aanbeveling dat waterbeheerders dit zogenoemde principe van 'aan onzekerheid evenredige matiging van voorzienbaarheid' een plaats geven in hun compensatiebeleid en hun

¹²⁵ Eventuele schade door aanpassing van de Waterwet of andere relevante wetten in formele zin komt niet op basis van art. 7.14 Waterwet of de nieuwe regeling in de Awb voor vergoeding in aanmerking. Dergelijke schade kan wel worden vergoed op grond van art. 1 EP. Zie daarover paragraaf 8.4.2.

¹²⁶ Zie Groothuijse 2009, p. 415-416, en Hoitink 1998, p. 192-193.

¹²⁷ Zie Tjepkema 2010, p. 434-435.

compensatiebesluiten, en dat ook de bestuursrechter een dergelijk principe aanvaardt als bijzondere verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel. De klimaatrisico's die voor waterbeheerders nog onzeker zijn, hoeven immers ook niet door burgers te worden gekend. Indien een waterbeheerder ondanks die onzekerheid toch meent dat maatregelen op hun plaats zijn, kan het vanuit de aard van de schadeoorzaak onredelijk zijn een benadeelde volledige voorzienbaarheid daarvan voor te houden. Op deze wijze kan het normaal maatschappelijk risico dus een bijzondere invulling krijgen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

Het kan, ten slotte, wel relevant zijn onderscheid te maken tussen verschillende soorten adaptatiemaatregelen. Wanneer adaptatie plaatsvindt in de vorm van het aanleggen of wijzigen van waterstaatswerken, kunnen de belangen van rechthebbenden op wier grondgebied dat gebeurt onteigening vorderen. Indien dat (volgens de betrokken waterbeheerder) niet het geval is, kan worden volstaan met het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.24 lid 1 Waterwet. In het eerste geval dient de rechthebbende schadeloos te worden gesteld. In de literatuur wordt betoogd dat dat ook het geval behoort te zijn bij het opleggen van een gedoogplicht. Daar valt met het oog op de zeer ingrijpende aard van dergelijke maatregelen en het daaruit voortvloeiende nadeel veel voor te zeggen. Dat volledige schadeloosstelling als uitgangspunt geldt, betekent echter niet zonder meer dat helemaal geen belang meer kan toekomen aan andere zwaarwegende omstandigheden van het geval. Bij het maken van ruimtelijke reserveringen, het anderszins opleggen van gebruiksbeperkingen of het intrekken van vergunningen is geen sprake van eigendomsontneming, maar van de regulering van eigendom. In dergelijke gevallen ligt volledige schadeloosstelling niet zonder meer in de rede, omdat dan geen sprake is van de aantasting van het exclusieve gebruiksrecht, maar van een gerechtvaardigde beperking daarop. Dit brengt met zich dat hier bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico meer belang toekomt aan de concrete omstandigheden van het geval.

8.7. De risicoaanvaarding

8.7.1. Algemeen over het leerstuk van de risicoaanvaarding

Hierboven is beschreven welke factoren van belang kunnen zijn bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico. Daar bleek, kort gezegd, dat rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. Vooral het bijzondere karakter van de overheidsgedraging of de schade is, naast de voorzienbaarheid daarvan, een belangrijke factor voor de beantwoording van de vraag of en hoeveel nadeelcompensatie in een concreet geval moet worden uitgekeerd. Het betreft dan hoofdzakelijk omstandigheden in het kader waarvan niet in de eerste plaats de benadeelde bij machte is er invloed op uit te oefenen. De nadruk ligt op de omstandigheden die verband houden met de schade of de schadeveroorzakende gedraging. Toch kunnen ook bepaalde omstandigheden door de benadeelde in het leven worden geroepen, die ertoe kunnen leiden dat het nadeel geheel of gedeeltelijk voor zijn eigen rekening behoort te blijven. De nadruk ligt in dat geval op de aan de benadeelde zelf

toe te rekenen omstandigheden.¹²⁸ Men bevindt zich daarmee op het terrein van de risicoaanvaarding. In de literatuur wordt de risicoaanvaarding wel beschouwd als de *bestuursrechtelijke* variant van de privaatrechtelijke ‘eigen schuld’ (art. 6:101 BW) als corrigerende factor.¹²⁹ Men onderscheidt binnen het leerstuk van de risicoaanvaarding een actieve en een passieve variant. Hieronder komen beide varianten kort aan de orde.

8.7.1.1. Verschillen tussen het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding als toetsingscriteria

Hoewel er in de praktijk geen duidelijke scheidslijn bestaat tussen het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding, wijst Tjepkema op een aantal belangrijke samenhangende verschillen tussen beide leerstukken.¹³⁰ Zo is het eerste – en in mijn ogen belangrijkste, althans meest kenmerkende – verschil hierboven reeds besproken: het betreft de vraag of en in hoeverre bepaalde omstandigheden aan de benadeelde zelf kunnen worden toegerekend. Voorts speelt de voorzienbaarheid in beide leerstukken een belangrijke rol. Bij de risicoaanvaarding ligt de nadruk echter steeds op de voorzienbaarheid *in concreto*, terwijl bij het normaal maatschappelijk risico de nadruk in belangrijke mate ook ligt op de voorzienbaarheid *in abstracto*. Daarnaast komt met het oog op de voorzienbaarheid bij de (actieve) risicoaanvaarding steeds belang toe aan een zeker peilmoment: kon de schadeveroorzakende gedraging redelijkerwijs door de benadeelde worden voorzien *op het moment* dat hij een bepaalde handeling verrichtte? Bij het normaal maatschappelijk risico is een dergelijk peilmoment per definitie niet van belang. Ten slotte lijkt bij de feitelijke aanvaarding van een zeker risico als uitgangspunt te gelden dat de schade geheel voor rekening van de benadeelde behoort te blijven. Bij het normaal maatschappelijk risico bestaat daarentegen meer ruimte voor een redelijke verdeling van de schadelast op grond van een weging van de concrete omstandigheden van het geval. Op basis van bovenstaande is duidelijk dat zich situaties kunnen voordoen waarin het nadeel weliswaar niet onder het normaal maatschappelijk risico valt, maar evenmin voor vergoeding in aanmerking komt, omdat de benadeelde het risico al dan niet actief heeft aanvaard.

8.7.1.2. Actieve en passieve risicoaanvaarding

Zoals gezegd, worden binnen het leerstuk van de risicoaanvaarding een actieve en een passieve variant onderscheiden. Beide varianten zijn hoofdzakelijk tot ontwikkeling gekomen in de planschadejurisprudentie op basis van het oude art. 49 WRO,¹³¹ maar zij vinden ook daarbuiten hun toepassing.¹³² Zo wordt het leerstuk van de risicoaan-

128 Zie bijvoorbeeld Tjepkema 2010, p. 481-482; Groothuijse 2009, p. 392-393; Van Ravels 2008, p. 140; en Schueler 2005, p. 205.

129 Zie Schueler 2005, p. 205 en Van den Berk 1997, p. 70-71.

130 Zie Tjepkema 2010, p. 481-485.

131 Zie Van den Broek 2002.

132 Zie Tjepkema 2010, p. 481.

vaarding geacht te zijn omvat in de redelijkerwijsformule van art. 7.14 lid 1 Waterwet¹³³ en heeft het een expliciete en algemene wettelijke basis in art. 4:126 lid 2 sub a Awb.¹³⁴ Van actieve risicoaanvaarding is, kort gezegd, sprake wanneer een benadeelde een bepaalde investering heeft gedaan of een andere handeling heeft verricht, terwijl hij op het moment van de beslissing tot die investering of handeling wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat een voor hem ongunstige overheidsgedraging ophanden was.¹³⁵ Bij passieve risicoaanvaarding is eerder sprake van toerekenbare nalatigheid aan de zijde van de benadeelde. Het gaat dus om gevallen waarin een benadeelde ervan heeft afgezien gebruik te maken van de mogelijkheden die een gunstig regime van voorschriften of beleid hem bood, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat dit regime ten nadele van hem zou worden gewijzigd.¹³⁶ Wat betreft de voorzienbaarheid van het nadeel wordt bij beide varianten steeds geobjectiveerd naar een ‘redelijk denkende en handelende’ actor. Voor hem dient voorts aanleiding te hebben bestaan ‘rekening te houden met de kans’ dat een voor hem ongunstige situatie zou ontstaan.¹³⁷ Een risico wordt dus met nadruk niet pas geacht te zijn aanvaard, wanneer een concrete benadeelde volledige zekerheid had over het intreden van een toekomstige nadelige situatie.¹³⁸ Op potentiële benadeelden rust een tamelijk strenge verplichting om, vooraleer hun investeringen te doen, informatie in te winnen over de eventueel ophanden zijnde ontwikkelingen die hun belangen zouden kunnen schaden.¹³⁹

Wanneer een bepaalde overheidsgedraging voor een benadeelde dus in voldoende mate voorzienbaar was, kan hem met succes de aanvaarding van het daarmee gepaard gaande risico worden tegengeworpen, indien hij schade lijdt dankzij aan hem zelf toerekenbare omstandigheden. Dat hiertoe geen volledige zekerheid hoeft te bestaan dat de overheidsgedraging ook daadwerkelijk zal plaatsvinden, moge duidelijk zijn.¹⁴⁰ Maar wanneer is een concrete overheidsgedraging in voldoende mate voorzienbaar

133 Zie Groothuijse 2009, p. 392.

134 Dit artikellid luidt: ‘Schade blijft in elk geval voor rekening van de aanvrager voor zover: a. hij het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard; (...). Hier wordt geen onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve risicoaanvaarding. Beide varianten vallen onder de reikwijdte van de voorgestelde bepaling. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 24-25.

135 Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 augustus 1997, AB 1998, 37 en 38 m.nt. PvB; ABRvS 7 april 2004, JB 2004, 206; ABRvS 6 mei 2004, Gst. 2005, 12 m.nt. JT; en ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 414 m.nt. AvH.

136 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 141 m.nt. Van Wijmen; ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. GMvdB; ABRvS 5 februari 2003, JB 2003, 98 m.nt. RJNS; ABRvS 6 oktober 2004, BR 2005, p. 237 m.nt. JWvZ; ABRvS 22 augustus 1994, BR 1995, p. 515; ABRvS 29 juni 2005, BR 2005, p. 1091 m.nt. JWvZ; en ABRvS 28 september 2005, JB 2005, 30.

137 De figuur van de ‘redelijk denkende en handelende actor voor wie aanleiding bestaat rekening te houden met de kans op een voor hem nadelige situatie’ is een bekende in de jurisprudentie van de Afdeling. Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 augustus 1997, AB 1997, 37 en 38 m.nt. PvB; ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236 m.nt. JSt; ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. GMvdB; ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 379 m.nt. GMvdB; ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 414 m.nt. AvH; ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 167 m.nt. Lam; en ABRvS 27 juni 2007, AB 2007, 348 m.nt. Lam.

138 Zie Tjepkema 2010, p. 486-489.

139 Zie Tjepkema 2010, p. 489-490.

140 De Afdeling overwoog dat het te strikt en derhalve onjuist is, dat ‘eerst van risico-aanvaarding sprake is wanneer de uit te voeren werkzaamheden en de gevolgen daarvan zodanig concreet voorzienbaar zijn dat [appellant] hiermee volledig rekening kon en moest houden’. Zie ABRvS 1 augustus 1997, AB 1998, 37 en 38 m.nt. PvB.

en welke bronnen van voorzienbaarheid kunnen worden onderscheiden? In de oude planschadejurisprudentie kon van voorzienbaarheid slechts sprake zijn, indien dit kon worden gebaseerd op een 'concreet beleidsvoornemen'. Er moest een ruimtelijk relevant document in de openbaarheid zijn gebracht, waaruit kon worden afgeleid dat het geldende bestemmingsplanregime ten aanzien van bepaalde gronden op enig moment in de toekomst zou worden gewijzigd.¹⁴¹ Buiten de planschadejurisprudentie geldt over het algemeen een minder terughoudende opvatting over relevante bronnen van voorzienbaarheid. Zo kunnen niet alleen allerhande beleids- of bestuursdocumenten voorzienbaarheid met zich brengen, maar ook mondelinge informatieverstrekking, persberichten en andersoortige mededelingen. Wel moeten ook dergelijke bronnen volgens Tjepkema 'een in enige mate concreet karakter hebben' ten aanzien van de aard en strekking van de te verwachten overheidsmaatregel. Al te vage aanwijzingen dat in de toekomst een mogelijke wijziging van beleid, regelgeving of een ruimtelijke situatie zal plaatsvinden, kunnen redelijkerwijs geen bron van voorzienbaarheid vormen.¹⁴² Het hangt overigens steeds in belangrijke mate af van de omstandigheden van het geval of bepaalde ontwikkelingen, feiten of omstandigheden concreet genoeg zijn om met succes te kunnen worden ingeroepen als bron van voorzienbaarheid.

8.7.2. Risicoaanvaarding in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

Men kan zich afvragen of aan het leerstuk van de risicoaanvaarding een bijzonder belang toekomt of een bijzondere invulling moet worden gegeven in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Hierboven stelde ik dat adaptatie tegenwoordig een redelijkerwijs te verwachten reactie is op klimaatverandering, ongeacht of de gevolgen hiervan reeds merkbaar of nog onzeker zijn. Adaptatie als beleidsrespons is in abstracte zin voorzienbaar. Adaptatiemaatregelen vallen dus in beginsel aan te merken als normale maatschappelijke ontwikkelingen, hetgeen niet betekent dat de schade die zich in dat verband voordoet ook altijd binnen het normaal maatschappelijk risico behoort te vallen. Ik betoogde in paragraaf 8.6.2 dat de onzekerheid waarmee klimaatrisico's zijn omgeven een bijzondere omstandigheid in het leven kan roepen, waarmee rekening dient te worden gehouden bij de vraag of een maatregel die zich richt op dergelijke risico's in concrete zin voorzienbaar is.¹⁴³ Nu rijst de vraag of die onzekerheid ook een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag omtrent de voorzienbaarheid in het kader van de risicoaanvaarding. Bij de vraag of sprake is van risicoaanvaarding, staat de mate van voorzienbaarheid van het treffen van een concrete maatregel centraal. Het gaat dus om voorzienbaarheid in haar meest concrete gedaante, waarbij de aard van de maatregel en de schade er niet zozeer toe doen. Het gaat erom of de overheidsgedraging op basis van de op een bepaald moment beschikbare informatie daaromtrent in voldoende mate voorzienbaar was voor een benadeelde, zodat deze

141 Vgl. ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. GMvdB; ABRvS 28 november 2001, AB 2002, 99 m.nt. AvH; en ABRvS 2 januari 2002, AB 2002, 377 m.nt. ARN.

142 Zie Tjepkema 2010, p. 490-492 en voorts p. 499-508.

143 Uiteraard kunnen ook andere omstandigheden van het geval ertoe aanleiding geven dat het nadeel het normaal maatschappelijk risico al dan niet (gedeeltelijk) overstijgt.

hiermee rekening had kunnen en moeten houden bij zijn gedragingen. Dit leidt tot interessante vragen, waarop ik hieronder nader inga. Het lijkt er echter niet op dat hieraan een bijzondere invulling dient te worden gegeven in verband met de adaptatie aan klimaatverandering.

8.7.2.1. Enkele voorbeelden

Wanneer is een aanwijzing dat adaptatiemaatregelen zullen worden getroffen nu concreet genoeg om met succes de aanvaarding van het risico op gevolgschade te kunnen tegenwerpen? Bestaat er bijvoorbeeld voldoende concreet uitzicht op bepaalde maatregelen wanneer een bestuurder in een persbericht de uitspraak doet dat het ter bescherming tegen de nadelige gevolgen van klimaatverandering noodzakelijk is dat hier en daar binnen het beheergebied waterkeringen worden verhoogd dan wel verlegd? En hoe luidt het antwoord op die vraag, indien op een officiële website van de overheid te kennen wordt gegeven dat er wordt gewerkt aan ingrijpende wijzigingen op het terrein van de zoetwatervoorziening, waarbij de grootschalige intrekking van vergunningen expliciet niet kan worden uitgesloten? Zo zijn er talloze voorbeelden te bedenken van situaties die zich in dit kader kunnen voordoen, waarbij de omstandigheden steeds net iets anders zijn. Het is ondoenlijk om op elke mogelijk situatie in te gaan en het is zinloos dat te willen. Het leerstuk van de risicoaanvaarding biedt immers geen standaardoplossingen, maar stelt zich in belangrijke mate afhankelijk op ten aanzien van de concrete omstandigheden van het geval. Daarom beperk ik me hieronder tot drie soorten maatregelen, te weten de aanleg of wijziging van waterstaatswerken, het opleggen van gebruiksbeperkingen binnen reserverings- en beschermingszones, en het intrekken van vergunningen voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater. Daarbij ga ik er gemakshalve steeds van uit dat de schade die daardoor ontstaat het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Daarnaast is er steeds sprake van een bepaalde gedraging aan de zijde van de benadeelde die met de schade in verband kan worden gebracht.

De aanleg of wijziging van waterstaatswerken

De aanleg of wijziging van waterstaatswerken vindt in de regel niet plotsklaps plaats. In de eerste plaats dient daartoe een projectplan te worden vastgesteld, al dan niet overeenkomstig de daartoe in het leven geroepen projectprocedure.¹⁴⁴ Wie bijvoorbeeld na de terinzagelegging van een ontwerpprojectplan een investering doet – zeg: een bedrijf opricht of een huis koopt – in het gebied waarin het plan zal worden uitgevoerd, wordt uiteraard geacht hiermee rekening te (kunnen) hebben gehouden. Maar ook vóór die terinzagelegging zou hem zeer goed de voorzienbaarheid van de maatregel kunnen worden voorgehouden. Zo kan het voorkomen dat reeds voordat de formele voorbereidingsprocedure in gang wordt gezet, uitgebreid door bestuurders in de media is ingegaan op het voornemen. Ook kunnen er daarvoor reeds diverse informatie- en inspraakbijeenkomsten hebben plaatsgevonden en kunnen mededelingen zijn geplaatst in diverse huis-aan-huisbladen. Daarnaast kan voorzienbaarheid via

¹⁴⁴ Zie art. 5.4 lid 1 en paragraaf 5.2 Waterwet. Zie daarover ook paragraaf 4.5.4.

formelere weg tot stand komen. Het is immers niet uitgesloten dat reeds in een beheerplan of waterplan op de voorgenomen maatregelen wordt geanticipeerd. Daarbij is het in mijn ogen overigens niet voldoende dat bijvoorbeeld wordt gesteld dat 'tijdens de planperiode dijkversterkingen zullen worden uitgevoerd op de locaties waar dat noodzakelijk is'. Wel kunnen dergelijke maatregelen voldoende concreet voorzienbaar zijn, wanneer in het plan staat dat op een bepaald traject, indien dat nodig blijkt, versterkingswerkzaamheden zullen worden uitgevoerd. Ten slotte zou ook de aanwijzing van zogenoemde 'zwakke schakels' of 'klimaathotspots' een zekere mate van voorzienbaarheid van maatregelen in het leven kunnen roepen. Op dat punt benadert men mijns inziens overigens wel de grenzen van de voorzienbaarheid. Op een gegeven moment kan men immers met recht betwijfelen of een bepaald voorteken concreet genoeg is om te kunnen worden ingeroepen als zelfstandige bron van voorzienbaarheid.

Het opleggen van gebruiksbeperkingen binnen reserverings- en beschermingszones

Ook gebruiksbeperkingen of bouwverboden zullen over het algemeen niet uit de lucht komen vallen. Wel zal in veel gevallen het voortraject minder tijd in beslag nemen, dan dat van grootschalige fysieke ruimtelijke projecten. In paragraaf 4.5.2 betoogde ik dat waterbeheerders op hun leggers de aan waterstaatswerken grenzende beschermingszones dienen aan te geven, en dat zij in beginsel ook ruimtelijke reserveringen kunnen maken voor de toekomstige aanleg van waterstaatswerken. Wie na het doen van een investering zoals de aankoop van een huis wordt geconfronteerd met een bouwverbod, kan onder omstandigheden actieve risicoaanvaarding worden tegengeworpen.¹⁴⁵ Degene die ten behoeve van een bedrijfsuitbreiding bijvoorbeeld een extra opslagloods wil bouwen, kan na het van kracht worden van een bouwverbod onder omstandigheden passieve risicoaanvaarding worden tegengeworpen. Uiteraard dient de voorzienbaarheid in beide gevallen wel concreet genoeg te zijn. Daarvan is welhaast zeker sprake wanneer bijvoorbeeld in een beheerplan te kennen wordt gegeven dat binnen nauwkeurig aangewezen gebieden een gebruiksbeperking zal komen te gelden. Dat is wellicht anders, indien in een waterplan wordt bepaald dat waterbeheerders, in gevallen waarin dat volgens hen noodzakelijk is, binnen bepaalde aan te wijzen gebieden gebruiksbeperkingen kunnen opleggen. Ook de opmerking dat in het plangebied ruimte zal worden gereserveerd voor de toekomstige aanleg van bergingsgebieden, zal niet gauw leiden tot voorzienbaarheid, uiteraard tenzij in het betreffende plan nauwkeurig wordt aangegeven welk gebied het zal betreffen. Het is ten slotte een interessante vraag of de aanwijzing van een reserverings- of beschermingszone zelf na lange tijd nog als bron van voorzienbaarheid kan worden ingeroepen op het moment dat de beheerder het nodig acht de gereserveerde ruimte te gaan benutten voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk. In dat verband dient te worden opgemerkt dat de gelding van een bouwverbod of gebruiksbeperking op zichzelf wordt geacht te allen tijde kenbaar te zijn. Dat betekent niet zonder meer dat derden er vanaf het moment van de aanwijzing tot ver in de toekomst rekening mee moeten dat de

¹⁴⁵ Indien hij daarvan tijdens de aankoop op de hoogte had kunnen zijn, had hij immers een lagere koopprijs kunnen bedingen.

gereserveerde ruimte op elk moment kan worden benut. Naarmate de tijd vordert, zal de aanwijzing in mijn ogen aan belang verliezen als zelfstandige bron van voorzienbaarheid. Hoe langer de aanwijzing dus in het verleden ligt, hoe meer bijkomend of zelfstandig belang zal toekomen aan andere concretere en recentere bronnen van voorzienbaarheid, zoals beheerplannen of concrete projectvoornemens.

Het intrekken van vergunningen voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater

De intrekking van een vergunning voor een wateronttrekking is geen maatregel met een ruimtelijk karakter. Wel is de systematiek van de vergunningverlening en de daarbij toegepaste strategie neergelegd in regelgeving en verschillende beleidsdocumenten. Wijzigingen daarvan zullen over het algemeen niet van het ene op het andere moment plaatsvinden en zullen vaak geruime tijd van tevoren bekend zijn. Zo kan via verschillende wegen te kennen worden gegeven dat voor bepaalde ontwikkelingen vanaf een bepaald moment geen watervergunningen meer zullen worden afgegeven. Degene die na die kennisgeving alsnog bepaalde investeringen doet ter intensivering van zijn bedrijfsvoering, kan worden tegengeworpen dat hij rekening had moeten houden met de kans dat die investeringen niet volledig zouden kunnen worden terugverdiend. Men kan zich afvragen of de opmerking in een waterplan concreet genoeg is, dat men ter voorkoming van waterschaarste op termijn niet kan ontkomen aan het intrekken van watervergunningen binnen bepaalde sectoren. Dergelijke opmerkingen zijn in elk geval wel voldoende concreet, indien daaruit duidelijk kan worden afgeleid binnen welke sector en op welke termijn men zal aanvangen met het intrekken van vergunningen. Eenieder die na dat moment nog investeringen doet, kan actieve risicoaanvaarding worden tegengeworpen. Van passieve risicoaanvaarding kan sprake zijn, indien een vergunninghouder stelt onevenredig te zijn benadeeld, doordat hem zijn doorgroei-mogelijkheden zijn ontnomen door een beleidswijziging ten aanzien van het systeem van de vergunningverlening. Wie een gunstig regime niet ten volle benut, kan na een nadelige wijziging daarvan niet terugvallen op de overheid wegens verloren kansen en niet meer te behalen winsten.

8.7.3. Tussenconclusies

Hoewel de leerstukken van het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding in elkaars verlengde liggen, dienen zij duidelijk van elkaar te worden onderscheiden. In beide leerstukken speelt de voorzienbaarheid van overheidsgedragingen een aanzienlijke rol. Binnen het leerstuk van de risicoaanvaarding ligt de nadruk te dien aanzien echter volkomen op de voorzienbaarheid in concreto. Bovendien staan binnen dat leerstuk vooral de concrete gedragingen van de benadeelde centraal. In hoeverre zijn de omstandigheden toe te rekenen aan de benadeelde; heeft hij op basis van de beschikbare gegevens de schade kunnen voorkomen door zich anders te gedragen dan hij heeft gedaan? Voorzienbaarheid kan voortvloeien uit verschillende bronnen, die in zekere mate een concreet karakter dienen te dragen ten aanzien van de aard en strekking van de te verwachten overheidsgedraging. Bij de risicoaanvaarding geldt dus niet

als uitgangspunt dat een overheidsgedraging en de gevolgen daarvan zodanig concreet voorzienbaar waren dat een benadeelde daarmee volledig rekening kon en derhalve had moeten houden. Het betreft steeds de geobjectiveerde vraag of voor een redelijk denkende en handelende actor onder de concrete omstandigheden aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de voor hem nadelige overheidsgedraging zou plaatsvinden. Daaruit vloeit een belangrijke conclusie voor dit proefschrift voort. De risicoaanvaarding kan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een aanzienlijke rol spelen, waar het de vraag betreft of een benadeelde met succes aanspraak kan maken op de compensatie van zijn nadeel. Aan dit leerstuk zal in dat kader echter *géén bijzondere invulling* worden gegeven. Dit komt hoofdzakelijk door het vereiste dat de bronnen van voorzienbaarheid in elk geval een zekere mate van concreetheid moeten hebben. Het feit dat klimaatverandering wordt erkend als bedreiging en dat er consensus over bestaat dat tegen de (onzekere) nadelige gevolgen daarvan maatregelen dienen te worden getroffen, is op zichzelf geen voldoende concrete bron van voorzienbaarheid. Er zal immers ten minste enig uitzicht dienen te bestaan op concrete adaptatiemaatregelen. Zoals betoogd, leidt dit er wel toe dat het treffen van adaptatiemaatregelen in beginsel als normale maatschappelijke ontwikkeling dient te worden beschouwd. Bijzonderheden zullen zich dus, zoals ook blijkt uit paragraaf 8.6.2, hoofdzakelijk voordoen in het kader van het leerstuk van het normaal maatschappelijk risico.

8.8. De schadebeperkingsplicht

8.8.1. Algemeen over de schadebeperkingsplicht

Een andere corrigerende factor vindt men in de verplichting voor benadeelden om hun schade te beperken. Art. 4:126 lid 2 sub b Awb bepaalt dat de schade voor rekening van de benadeelde blijft, voor zover hij deze 'had kunnen beperken door binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen, die tot voorkoming of vermindering van de schade hadden kunnen leiden'.¹⁴⁶ De schadebeperkingsplicht wordt in de literatuur beschouwd als een bijzondere verschijningsvorm van het van origine privaatrechtelijke leerstuk van de eigen schuld.¹⁴⁷ In die hoedanigheid vertoont de schadebeperkingsplicht dus een nauwe verwantschap met het leerstuk van de risicoaanvaarding.¹⁴⁸ De ratio van de schadebeperkingsplicht ligt mijns inziens in de maatschappelijke onwenselijkheid van de welhaast fatalistische berusting in de wetenschap dat men schade zal lijden, om nadien genoegdoening te zoeken in vorderingen tot schadevergoeding. Aangezien een diepgravende inhoudelijke bespreking van dit leerstuk het bestek van dit proefschrift te buiten gaat, bespreek ik hieronder de belangrijkste elementen van de schadebeperkingsplicht op hoofdlijnen.¹⁴⁹ Ik bespreek in het vervolg van

¹⁴⁶ Ik ga ervan uit dat de schadebeperkingsplicht ook onderdeel uitmaakt van de redelijkerwijsformule in art. 7:14 lid 1 Waterwet.

¹⁴⁷ Zie Tjepkema 2010, p. 346.

¹⁴⁸ Zo meent ook de wetgever: zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 25.

¹⁴⁹ De aandacht voor de schadebeperkingsplicht in de literatuur op het terrein van de nadeelcompensatie is beperkt, vooral in vergelijking met de aandacht die daarnaar uitgaat in de 'zuiver' privaatrechtelijke literatuur. Zie over de schadebeperkingsplicht in het nadeelcompensatierecht: Schueler 2005, p. 207-208 en

deze paragraaf eerst de redelijkheid als maatstaf voor de invulling en toepassing van de schadebeperkingsplicht. In dat verband komt ook de mogelijkheid tot terugvordering van redelijkerwijs gemaakte kosten aan de orde. In paragraaf 8.8.2 onderscheid ik voorts drie vormen van schadebeperking, die eveneens van belang kunnen zijn in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik illustreer een en ander steeds aan de hand van voorbeelden. In paragraaf 8.8.3 licht ik toe dat het niet valt te verwachten dat het leerstuk van de schadebeperking binnen het thematische kader van dit proefschrift een bijzondere invulling of toepassing zal krijgen.

8.8.1.1. De redelijkheid als maatstaf

De schadebeperkingsplicht is, zoals bovenstaande reeds doet vermoeden, niet absoluut, maar krijgt concrete invulling langs de lijnen van de redelijkheid. Wie in de mogelijkheid verkeert zijn schade te voorkomen of te beperken, dient daarvan in beginsel wel gebruik te maken,¹⁵⁰ maar de redelijkheid kan grenzen stellen aan die verplichting. Diezelfde redelijkheid vergt overigens ook dat de kosten die een benadeelde redelijkerwijs moet maken om zijn schade te beperken, als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen, althans voor zover deze het normaal maatschappelijk risico overstijgen.¹⁵¹ Het is primair het bestuur dat bepaalt waar de grenzen van de redelijkheid liggen. De bestuursrechter heeft in dezen echter het laatste woord. Bij het bepalen van de grenzen van de schadebeperkingsplicht zal overigens – net als in het ‘zuivere’ privaatrecht – groot belang toekomen aan de concrete omstandigheden van het geval.¹⁵² Zo kan bijvoorbeeld van belang zijn in welke mate in verband met een bepaalde overheidsmaatregel concreet uitzicht op schade bestaat. Indien de schade duidelijk voorzienbaar is en slechts de potentiële benadeelde bij machte is deze te beperken, dan kan de redelijkheid met zich brengen dat de schade grotendeels of zelfs geheel voor eigen rekening komt, wanneer de benadeelde nalaat beperkende maatregelen te treffen. Het ligt daarentegen niet zonder meer voor de hand benadeelden de schadebeperkingsplicht tegen te werpen, indien de schade het gevolg is van een gedraging van een bestuursorgaan waarmee een benadeelde, bijvoorbeeld wegens het plotselinge karakter daarvan, redelijkerwijs niet vroegtijdig rekening konden houden. Zij kunnen dan echter nog wel redelijkerwijs verplicht zijn om verergering van de schade te voorkomen. Er bestaat voorts geen ruimte voor toepassing van de schadebeperkingsplicht, indien de benadeelde de schade gewoonweg niet had kunnen voorkomen of beperken; denk bijvoorbeeld aan de waardedaling van een woning na de verbreding van een weg of de aanleg van een waterkering. Dat betekent natuurlijk niet dat de redelijkheid van de overheid vergt dan maar af te zien van dergelijke maatregelen. Ook andere

Tjepkema 2010, p. 346-348. Zie voor een uitvoerige bespreking van de schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 BW: Keirse 2003.

150 Zie Schueler 2005, p. 207.

151 Zie art. 4:129 sub a Awb. Ook hier ga ik ervan uit dat de redelijkerwijsformule uit art. 7:14 lid 1 Waterwet voorziet in de mogelijkheid tot terugvordering van de kosten van schadebeperking. Zie hierover paragraaf 8.8.1.2.

152 Vgl. Keirse 2003, p. 117.

omstandigheden kunnen in concrete gevallen de redelijkheid aan tegenwerping van de schadebeperkingsplicht ontnemen of matigen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn, indien geringe schade slechts door disproportioneel kostbare maatregelen kan worden voorkomen of beperkt. Duidelijk moge in elk geval zijn dat de mate waarin de benadeelde zijn schade redelijkerwijs had moeten beperken van geval tot geval dient te worden bepaald, en niet – zoals wel vaker gebeurt in het nadeelcompensatierecht – kan worden gevat in bijvoorbeeld een standaard kortingspercentage.

8.8.1.2. De vergoeding van redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade

De verplichting tot schadebeperking legt enerzijds een belangrijke verantwoordelijkheid bij potentiële benadeelden. Anderzijds komen de redelijke kosten die zij hebben gemaakt ter voorkoming of beperking van de schade op grond van art. 4:129 sub a Awb als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking.¹⁵³ Het is daarbij wel van belang dat het bestuursorgaan een vergoeding als bedoeld in artikel 4:126 Awb toekent. Uit art. 4:129 Awb volgt namelijk dat de redelijke kosten voor schadebeperking niet voor vergoeding in aanmerking komen, indien de gevolgschade binnen het normaal maatschappelijk risico valt en de benadeelde in vergelijking met anderen niet onevenredig zwaar treft.¹⁵⁴ Deze koppeling tussen de verplichting tot de vergoeding van de kosten van de schadebeperking en de aansprakelijkheid van het betrokken bestuursorgaan is op zichzelf logisch: indien vaststaat dat de schadelast door een benadeelde zelf behoort te worden gedragen, valt het lastig te verklaren waarom de kosten voor de beperking daarvan wel voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. De verplichting om ook de kosten van beperkingsmaatregelen te vergoeden is dus gegeven met de vestiging van de aansprakelijkheid. Bij de vraag of dergelijke kosten geheel of slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komen, spelen de vestigingscriteria ex art. 4:126 lid 1 Awb geen rol. Als enige toetsingsmaatstaf geldt dat de kosten *redelijk* moeten zijn. De redelijkheid van de gemaakte kosten staat – net als de in de vorige paragraaf besproken redelijkheidsmaatstaf – in concrete gevallen ter beoordeling aan het betrokken bestuursorgaan, en uiteindelijk aan de bestuursrechter.

Het is niet uitgesloten dat schade in een voorkomend geval tegen zeer geringe kosten kan worden beperkt of zelfs voorkomen. Indien die mogelijkheid bestaat, is het in beginsel onredelijk zeer kostbare schadebeperkende maatregelen te treffen. Dergelijke onevenredig hoge kosten behoren in mijn ogen dan ook niet of slechts voor een beperkt deel voor vergoeding in aanmerking te komen. Benadeelden doen er daarom goed aan om aannemelijk te maken dat zij vanuit kosteneffectief oogpunt passende maatregelen hebben getroffen. Het betrokken bestuursorgaan dient te beoordelen of de gemaakte kosten voor schadebeperking de redelijkheidstoets kunnen doorstaan. Ik meen dat daarbij als uitgangspunt behoort te gelden dat de kosten worden geacht niet onredelijk te zijn, tenzij er duidelijke aanwijzingen bestaan die op het tegendeel duiden.

¹⁵³ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 25 en p. 27-28. Zie tevens art. 6:96 lid 2 sub a BW.

¹⁵⁴ De aanhef van art. 4:129 Awb luidt immers: 'Indien het bestuursorgaan een vergoeding als bedoeld in artikel 4:126 toekent, vergoedt het tevens (...)'.

Daarvan kan sprake zijn, indien bijvoorbeeld kennelijk disproportionele maatregelen zijn getroffen, of indien andersoortige en veel goedkopere maatregelen kennelijk tot een zelfde mate van schadebeperking hadden kunnen leiden. In dergelijke gevallen dient het betrokken bestuursorgaan duidelijk te beargumenteren waarom de kosten voor schadebeperking in het concrete geval als onredelijk worden aangemerkt en dus niet of niet volledig voor vergoeding in aanmerking komen. De bestuursrechter heeft te dien aanzien uiteraard, zoals al eerder en vaker gezegd, het laatste woord.

Het kan ook voorkomen dat geringe schade slechts tegen extreem hoge kosten kan worden beperkt. In gevallen waarin de kosten voor schadebeperking de schadelast overstijgen, kan het onwenselijk zijn van benadeelden te verwachten dat zij de schade koste wat kost trachten te beperken. Het kan in dergelijke gevallen ook onredelijk zijn om te stellen dat een benadeelde geen recht heeft op compensatie, omdat deze geen gehoor heeft gegeven aan zijn schadebeperkingsplicht. Daartegenover staat dat het voor benadeelden vaak lastig is de omvang van hun schadelast op voorhand te bepalen. Het kan niet worden uitgesloten dat zij in dergelijke gevallen het zekere voor het onzekere nemen en dus hoge kosten maken om de schade te beperken. Het is in dat geval in beginsel onredelijk te stellen dat de gemaakte kosten de redelijkheidstoets niet kunnen doorstaan. Het betrokken bestuursorgaan dient hier in dergelijke situaties in elk geval rekening mee te houden. In de gevallen waarin benadeelden bewust hebben afgezien van het treffen van schadebeperkingsmaatregelen, omdat de kosten daarvan volgens hen niet opwogen tegen de verwachte schadelast, kan hun in mijn ogen de schadebeperkingsplicht niet zonder meer worden tegengeworpen. Het is dan wel aan hen om aannemelijk te maken dat de schade inderdaad niet tegen geringere en evenredige kosten had kunnen worden voorkomen. Indien zij daarin slagen, dient het betrokken bestuursorgaan de schade in mijn ogen te vergoeden. Bij een falend betoog komt het risico in beginsel redelijkerwijs voor rekening van de benadeelde.

8.8.2. Drie vormen van schadebeperking

De wijze waarop benadeelden hun schade kunnen beperken, is afhankelijk van de aard van de overheidsgedraging en de schade waarmee zij worden geconfronteerd. Er zijn in mijn ogen grofweg drie vormen van schadebeperking te onderscheiden, die alle drie van belang kunnen zijn in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.¹⁵⁵ Schadebeperking kan in de eerste plaats gestalte krijgen door het doen (of juist het afzien) van investeringen of het treffen van maatregelen ter verkleining van de kwetsbaarheid tegen bepaalde in het vooruitzicht gestelde en mogelijk schadeveroorzakende overheidsmaatregelen. Zo mag bijvoorbeeld van bedrijven worden verwacht dat zij, ter anticipatie op de in het vooruitzicht gestelde voor hen nadelige ontwikkelingen in regelgeving of beleid, reeds de nodige aanpassingen doorvoeren in hun bedrijfsvoering.¹⁵⁶ Zo kan het bijvoorbeeld in verband met de huidige beleidsontwikkelingen op

¹⁵⁵ Zie tevens paragraaf 8.8.3.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3801; ABRvS 21 mei 2003, LJN AF8955; ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204; Rb. Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790; Rb. Den Haag 2 juni 2004,

het terrein van de zoetwatervoorziening raadzaam zijn om reeds nu of op korte termijn te investeren in zelfvoorzienendheid of in innovatieve methoden voor zuiniger of duurzamer watergebruik. Los van de vraag of de kosten voor dergelijke maatregelen op termijn kunnen worden teruggevorderd, kunnen potentiële benadeelden wiens bedrijfsvoering afhankelijk is van een bepaalde hoeveelheid zoetwater voorkomen dat zij schade lijden, zodra het nieuwe beleid ten uitvoer wordt gelegd, en bovendien dat zij voorts als reactie op hun verzoek om nadeelcompensatie met succes de schadebeperkingsplicht krijgen tegengeworpen. De Afdeling en lagere bestuursrechters lijken in hun jurisprudentie immers als algemeen uitgangspunt te hanteren dat de schade geheel voor eigen rekening van de benadeelde blijft, indien deze – in de gevallen waarin juist hij daartoe bij machte was – ten onrechte heeft nagelaten schadebeperkende maatregelen te treffen.¹⁵⁷ Voor een verdeling van de schadelast tussen de betrokken overheid en de benadeelde lijkt dus weinig ruimte te bestaan in de gevallen waarin de schade slechts *eenzijdig* (lees: door de benadeelde) kan worden beperkt. Er bestaat in mijn ogen geen aanleiding dit algemene uitgangspunt als onredelijk te beschouwen.

Schueler wijst voorts op een andere vorm van schadebeperking. Hij stelt dat tot de schadebeperkingsplicht zelfs de gehoudenheid kan behoren om in de bestuurlijke fase schade te beperken door het indienen van bezwaar of bedenkingen. Wanneer de schade had kunnen worden voorkomen of beperkt, indien de burger tijdig bezwaar had gemaakt of het betrokken bestuursorgaan langs andere weg had geattendeerd op de dreigende schade, kan volgens hem aanleiding bestaan de benadeelde de schadebeperkingsplicht tegen te werpen.¹⁵⁸ Hierbij dient nadrukkelijk te worden opgemerkt dat de schadebeperkingsplicht niet zo ver strekt, dat benadeelden ook daadwerkelijk bestuursrechtelijke rechtsmiddelen moeten aanwenden, teneinde hun schade te beperken.¹⁵⁹ Bovendien dient men geen al te hooggespannen verwachtingen te hebben van deze grondslag voor toepassing van de schadebeperkingsplicht. Op bestuursorganen rust ingevolge art. 3:2 Awb in samenhang met art. 3:4 Awb immers primair de verantwoordelijkheid om zelf onderzoek te verrichten naar de in verband met hun gedragingen relevante feiten en omstandigheden en de daarbij betrokken belangen. Zolang het betrokken bestuursorgaan dus redelijkerwijs zelfstandig op de hoogte had kunnen komen en dus had behoren te zijn van de dreigende schade, bestaat geen aanleiding de benadeelde de schadebeperkingsplicht tegen te werpen.¹⁶⁰ Dit vindt aansluiting bij een vaste lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad in gevallen waarin

LJN AP0470; Rb. Rotterdam 13 mei 2003, LJN AF8574; en Rb. Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271.

¹⁵⁷ Zie Tjepkema 2010, p. 346-347. Zie ter illustratie ook de hierboven genoemde uitspraken.

¹⁵⁸ Zie Schueler 2005, p. 207-208. Zie in dit verband ook AGRvS 23 maart 1989, AB 1989, 428 m.nt. Van Wijmen. In deze zaak leed de eigenaar van een woning schade wegens de vermindering van de waarde daarvan als gevolg van de verhoging van nabij gelegen waterkering. De Afdeling geschillen van de Raad van State overwoog dat de schade voor rekening van de benadeelde diende te blijven, aangezien door hem ten onrechte geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om tijdens een door het waterschap belegde hoorzitting tegen de voorgenomen dijkverbetering bezwaren in te dienen, althans te wijzen op de schade die als gevolg van deze maatregel zou ontstaan.

¹⁵⁹ Zie ABRvS 15 augustus 1996, AB 1996, 435 m.nt. AvH. Zie tevens Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 25.

¹⁶⁰ Zie Schueler 2005, p. 208 en Tjepkema 2010, p. 347. Tjepkema ziet ruimte voor toepassing van de schadebeperkingsplicht in gevallen waarin het bestuursorgaan bij het nemen van het schadeveroorzakende

(overigens in verband met onrechtmatige overheidsgedragingen) een wederzijdse mogelijkheid bestaat om schade te beperken. In dergelijke gevallen rust de verplichting schade te beperken namelijk in beginsel op de schadeveroorzakende partij, althans kan deze doorgaans geen succesvol beroep doen op de verplichtingen daartoe van de benadeelde.¹⁶¹ Men kan, met andere woorden, stellen dat in beginsel een groter gewicht wordt toegekend aan de onderzoeksplicht van het betrokken bestuursorgaan, dan aan de ‘attenderingsplicht’ van de potentiële benadeelde, indien de naleving van dergelijke verplichtingen met het oog op de schadebeperking tot een vergelijkbaar resultaat kunnen leiden. Aan deze vorm van schadebeperking kan eveneens belang toekomen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, maar men zij ook in dat verband gewezen op de beperkte toepasbaarheid daarvan.

Beide hierboven beschreven vormen van schadebeperking zijn proactief van aard: de verplichting de schade te beperken ontstaat op het moment waarop redelijkerwijs uitzicht op de schade bestaat, maar dient reeds te worden nagekomen voordat de schade zich feitelijk heeft voorgedaan. Ook in gevallen waarin zich daadwerkelijk schade heeft voorgedaan, kan de schadebeperkingsplicht echter nog van belang zijn, vooral met het oog op het voorkomen van de verergering van de schade. Dit valt aan te merken als een *reactieve* vorm van schadebeperking. Aan deze vorm van schadebeperking zal hoofdzakelijk belang toekomen in gevallen waarin met spoed wordt opgetreden tegen bepaalde risico's en de schade zich dus tamelijk plotseling voordoet. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij noodmaatregelen in het waterbeheer. Indien een beheerder bijvoorbeeld als reactie op een acute dreiging een dijk doorsteekt, teneinde overstroming van een dichtbevolkt gebied te voorkomen, kan zich in het bewust en overigens rechtmatig geïnundeerde gebied waterschade voordoen. Uiteraard voor zover daartoe voor hen redelijkerwijs de mogelijkheid bestaat, kan van de benadeelden binnen dat gebied worden verwacht dat zij maatregelen treffen om hun schade alsnog zo beperkt mogelijk te houden. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat zij waardevolle bezittingen veiligstellen door deze te verplaatsen naar beter beschermde plaatsen, of dat zij op hun beurt waterkerende noodmaatregelen treffen. Wanneer zij nalaten dergelijke maatregelen te treffen, kan er aanleiding bestaan de schade die daarmee had kunnen worden voorkomen of beperkt voor hun eigen rekening te brengen. Anders dan in verband met duidelijk in het vooruitzicht gestelde maatregelen of ontwikkelingen, ligt het in de hier bedoelde gevallen mijns inziens minder voor de hand als uitgangspunt te

besluit ‘niet wist of kon weten dat er schade zou ontstaan, en een ander besluit zou hebben genomen als het dat wel had geweten.’

161 Zie hierover uitgebreid Keirse 2003, p. 121-125 en p. 154-156. Zie tevens HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (*Gielen/Grathem*) en HR 24 januari 1997, NJ 1999, 56 m.nt. CJHB (*Staat/De Ridder*). In dat laatste arrest werd vanwege de Staat een partij vis in beslag genomen, omdat de herkomst daarvan onduidelijk was, en men ten onrechte vermoedde dat deze illegaal gevangen was. Hoewel ook De Ridder in de mogelijkheid verkeerde duidelijkheid te verschaffen over de herkomst van de vis, rustte in dit geval juist op de Staat de verplichting zich onverwijld te vergewissen van die herkomst. Aangezien de Staat met de beslaglegging onrechtmatig handelde en tevens ten onrechte had nagelaten zich te vergewissen van de herkomst van de vis, kon De Ridder niet met succes de schadebeperkingsplicht worden tegengeworpen.

hanteren dat de schade volledig voor rekening van de benadeelde komt. De uitkomst dient eerder te worden gezocht in een redelijke verdeling van de schadelast.

8.8.3. De schadebeperkingsplicht in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

Alle drie de in vorige paragraaf genoemde vormen van schadebeperking kunnen een rol spelen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik gaf reeds enkele voorbeelden van de wijze waarop dat het geval kan zijn. Het ligt echter niet voor de hand dat het leerstuk van de verplichte schadebeperking in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een bijzondere invulling of toepassing zal krijgen. De keuze om al dan geen schadebeperkende maatregelen te treffen, ligt immers bij de (potentiële) benadeelde. Hij draagt zelf het risico dat de gevolgschade uiteindelijk voor zijn eigen rekening blijft. Alleen hij had bij toepasbaarheid van de schadebeperkingsplicht invloed op het schaderisico kunnen uitoefenen door het treffen van schadebeperkende maatregelen. Het is niet van belang of het gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering betreft, of overheidsgedragingen in een ander kader. Het feit dat de overheidsgedragingen zich, met andere woorden, richten op onzekere klimatarisico's, roept met het oog op de toepassing van corrigerende factoren zoals de schadebeperkingsplicht geen bijzondere omstandigheid in het leven. Al het bovenstaande geldt dus onverkort, indien zich gevolgschade voordoet of dreigt voor te doen in verband met maatregelen of (beleids)ontwikkelingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.

8.8.4. Tussenconclusies

Het leerstuk van de verplichte beperking van gevolgschade speelt ook bij de adaptatie aan klimaatverandering een rol, zij het dat er geen aanleiding bestaat te verwachten dat hieraan een bijzondere invulling of toepassing zal worden gegeven. Wie nalaat te handelen conform zijn schadebeperkingsplicht, draagt in beginsel de volledige schadelast zelf. Wie gehoor geeft aan deze verplichting, heeft recht op de vergoeding van de redelijke kosten die hij in dat verband heeft gemaakt. Deze kosten worden immers aangemerkt als vermogensschade die voor vergoeding in aanmerking komt. Er bestaat echter geen aanleiding de kosten van schadebeperkende maatregelen te vergoeden, indien de gevolgschade binnen het normaal maatschappelijk risico valt en een benadeelde niet onevenredig zwaar treft. In sommige gevallen is tamelijk eenvoudig te voldoen aan de schadebeperkingsplicht, namelijk door de betrokken waterbeheerder vroegtijdig in de (voor)procedure op de hoogte te brengen van de dreiging van bepaalde schade. Ik betoogde echter dat aan deze vorm van schadebeperking in de vorm van een 'attenderingsplicht' niet te veel belang moet worden gehecht, omdat op bestuursorganen een vaak zwaarder wegende onderzoeksverplichting rust. In andere gevallen dienen benadeelden meer inspanningen te verrichten of meer te investeren om aan hun schadebeperkingsplicht te voldoen. Zo kan van ondernemers in beginsel worden

verwacht dat zij hun bedrijfsvoering aanpassen ter anticipatie op de voor hen nadelige mogelijkerwijs door te voeren ontwikkelingen in regelgeving of beleid, bijvoorbeeld binnen het systeem van de zoetwatervoorziening. Er zijn echter ook situaties denkbaar, waarin het onredelijk is benadeelden de schadebeperkingsplicht tegen te werpen. Het beperken van schade is immers gewoonweg niet of niet altijd even goed mogelijk, bijvoorbeeld wanneer de overheidsgedraging een reactie is op een acute noodsituatie. Ook in gevallen waarin de kosten van de schadebeperking niet in een evenredige verhouding staan tot de schadelast, kan het onredelijk zijn een benadeelde zonder meer de schadebeperkingsplicht tegen te werpen.

8.9. De verrekening van voordeel

8.9.1. Algemeen over het leerstuk van de voordeelverrekening

Het valt niet uit te sluiten dat schadeveroorzakende overheidsgedragingen voor benadeelden tevens voordeel opleveren. Indien dat het geval is, behoort dit voordeel met het nadeel te worden verrekend. Het leerstuk van de voordeelverrekening heeft een privaatrechtelijke wettelijke basis in art. 6:100 BW. Ook in het kader van de nadeelcompensatie bestaat een gewortelde traditie van voordeelverrekening. Bij de toepassing van art. 7:14 Waterwet dienen de eventuele voordelen, die de gedragingen in het kader van het waterbeheer met zich brengen, in aanmerking te worden genomen bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding.¹⁶² Het leerstuk van de voordeelverrekening heeft in de nieuwe regeling een expliciete algemene wettelijke basis in art. 4:126 lid 3 Awb.¹⁶³ Verrekening van het voordeel kan plaatsvinden nadat de aansprakelijkheid is gevestigd, bijvoorbeeld door een bepaald bedrag of een bepaald percentage in mindering te brengen op de uit te keren schadevergoeding. Ook kunnen, volgens Tjepkema, de voordelen van een gedraging de nadelen daarvan op voorhand in zulke vergaande mate overschaduwen, dat deze in de weg staan aan de vestiging van aansprakelijkheid.¹⁶⁴ Ik begrijp hem zo, dat in dergelijke gevallen kan worden beargumenteerd dat geen sprake is van enig onevenredig nadeel. Net als bij de andere relevante factoren in het nadeelcompensatierecht is het in eerste instantie het betrokken bestuursorgaan dat in zijn schadebesluit beslist over de mate waarin enig voordeel voor verrekening in aanmerking komt. De bestuursrechter bewaakt de zorgvuldigheid van dergelijke beslissingen en kan ook zelf inhoudelijk beslissen over de mate waarin de verrekening van enig voordeel in een concreet geval op haar plaats is.¹⁶⁵

Het moment waarop het voordeel ontstaat, is niet van overwegend belang voor de vraag of redelijkerwijs aanleiding bestaat dit te verrekenen.¹⁶⁶ Zo kunnen ook toekomstige voordelen voor verrekening in aanmerking komen. Naar mijn mening dienen dergelijke toekomstige voordelen wel concreet genoeg te zijn en rust op het betrok-

¹⁶² Zie Groothuijse 2009, p. 394.

¹⁶³ Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 26.

¹⁶⁴ Zie Tjepkema 2010, p. 342.

¹⁶⁵ Vgl. in algemene zin Van den Broek 2011, p. 989.

¹⁶⁶ Zie Tjepkema 2010, p. 341-342.

ken bestuursorgaan in elk geval de verantwoordelijkheid aannemelijk te maken dat zijn gedragingen voor de benadeelde daadwerkelijk het te verrekenen voordeel zullen opleveren. Ook de aard van het voordeel lijkt er weinig toe te doen, zolang het maar op geld kan worden gewaardeerd en van invloed is op de vermogenspositie van de benadeelde. Het maakt daarbij niet uit of ook anderen van hetzelfde voordeel profiteren. Ook maatschappelijke voordelen kunnen, met andere woorden, een positieve invloed hebben op de vermogenspositie van individuen. Individueel nadeel kan – zo kan worden afgeleid uit de schaarse Afdelingsjurisprudentie – zelfs geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd door op de individuele vermogenspositie van de benadeelde doorwerkend maatschappelijk voordeel, zoals een verbeterde verkeers- of waterveiligheid.¹⁶⁷ Ik stel me hieronder op het standpunt dat het niet zonder meer aanvaardbaar is om ‘individueel merkbaar maatschappelijk voordeel’ in te zetten als standaard kortingsfactor binnen het nadeelcompensatierecht. In mijn ogen dient een bevoordeelde ten opzichte van anderen in een bijzondere bevoordeelde positie te verkeren, wil de verrekening van voordeel kunnen worden gerechtvaardigd.

8.9.2. Voordeelverrekening in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

8.9.2.1. De (on)aanvaardbaarheid van de verrekening van individueel merkbaar maatschappelijk voordeel

Adaptatiemaatregelen door of vanwege een waterbeheerder worden in de regel getroffen ter behartiging van een algemeen belang, zoals dat van de waterveiligheid of de zoetwatervoorziening, op de korte of de lange(re) termijn. Duidelijk is dat hieruit in elk geval maatschappelijke voordelen voortvloeien die merkbaar zullen zijn voor de maatschappij als zodanig. Ook individuen of individuele bedrijven genieten dergelijke voordelen, waarbij niet is uitgesloten dat deze zich ook zullen doen gevoelen in hun vermogenspositie. Zodoende valt te stellen dat in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering wellicht een groot belang kan toekomen aan de toepassing van het instrument van de voordeelverrekening. Aan individuen of individuele bedrijven die enig nadeel van adaptatiemaatregelen ondervinden, kan in die gedachte worden tegengeworpen dat zij hiervan ook de vruchten plukken, omdat zij met dergelijke maatregelen bijvoorbeeld beter zijn beschermd tegen overstromingen of wateroverlast. De Afdeling lijkt geneigd mee te gaan in dergelijke betogen,¹⁶⁸ en ook in de literatuur wordt de redelijkheid hiervan niet weersproken.¹⁶⁹ Toch betwijfel ik of het in alle gevallen zonder meer aanvaardbaar is te stellen dat geen of minder recht op nadeelcompensatie bestaat, omdat de schadeveroorzakende overheidsgedraging ook maatschappelijk voordeel oplevert, waarvan de benadeelde mede profiteert. Dan krijgt

¹⁶⁷ Zie ABRvS 4 december 2002, AB 2003, 91 m.nt. AvH.

¹⁶⁸ Dat kan worden afgeleid uit de eerder genoemde uitspraak van 4 december 2002, waarin onder meer de verbeterde veiligheid met succes als argument werd aangevoerd bij de verrekening van het voordeel. De Afdeling lijkt echter een andere mening toegedaan in ABRvS 28 november 2001, AB 2002, 99 m.nt. AvH.

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Tjepkema 2010, p. 340-341 en Groothuijse 2009, p. 394.

het maatschappelijk voordeel het karakter van een standaardkorting op het recht op nadeelcompensatie. Er bestaat in mijn ogen geen twijfel over de aanvaardbaarheid van de verrekening van voordeel, indien een overheidsgedraging in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering overigens duidelijk individueel voordeel met zich brengt – bijvoorbeeld doordat een huis aanzienlijk in waarde stijgt, omdat het binnendijks is komen te liggen.

Men kan, zoals gezegd, voornamelijk twijfels hebben bij de aanvaardbaarheid van de verrekening van het individuele voordeel van de ‘verbeterde veiligheid’ met de individuele nadelen van veiligheidsmaatregelen, vooral indien dergelijk voordeel niet duidelijk en rechtstreeks merkbaar is in individuele vermogensposities (bijvoorbeeld door waardevermeerdering of nieuwe uitbreidingsmogelijkheden). Dat een verbeterde veiligheid ook individuele voordelen met zich brengt, valt moeilijk te ontkennen. Men kan zich echter afvragen of deze voordelen ook zonder meer en in alle gevallen voor verrekening in aanmerking moeten komen. Het genot van het voordeel is immers al in zekere mate verrekend, aangezien adaptatie- en andere veiligheidsmaatregelen hoofdzakelijk worden bekostigd uit de algemene middelen. Door het betalen van belasting wordt het voordeel in financiële zin als het ware geneutraliseerd. Indien het voordeel voorts ook wordt ingehouden op de schadevergoeding waarop een benadeelde aanspraak kan maken, dan komt hij in een ongelijke positie te verkeren ten opzichte van degenen die wel in gelijke mate de voordelen, maar niet de nadelen van een maatregel ondervinden. Hij lijdt niet alleen schade door de maatregel, maar wordt tevens ten tweeden male afgerekend op het voordeel dat hij daarvan ondervindt, en wel bij wijze van een korting op zijn recht op schadevergoeding. In financieel opzicht komt het erop neer dat hem het voordeel van de maatregel feitelijk wordt tenietgedaan. Degenen die geen nadelen van de maatregel ondervinden, blijven echter permanent in een bevoordeelde positie verkeren. Ik kan geen goede argumenten aanvoeren om deze vorm van ongelijkheid te verklaren of te rechtvaardigen.

8.9.2.2. Het ‘speciale lust’-criterium

Verrekening van de individuele voordelen van een verbeterde veiligheid is mijns inziens slechts aanvaardbaar, indien en voor zover een benadeelde op de schaal van de evenredigheid in vergelijking met anderen in een bijzondere bevoordeelde positie verkeert. Ik zie binnen het leerstuk van de voordeelverrekening, met andere woorden, ook ruimte voor een evenredigheidstoets in gevallen waarin sprake is van op een individuele vermogenspositie doorwerkende maatschappelijke voordelen. Bij een dergelijke toets is het van belang of de schadeveroorzakende maatregel de ‘benadeelde bevoordeelde’ in vergelijking met andere bevoordeelden in onevenredige mate bevoordeelt, of hem dus een ‘speciale lust’ ten deel valt. Bij een bevestigende beantwoording van deze vraag bestaat dan in beginsel aanleiding dit voordeel te verrekenen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn in een geval waarin bij de verlegging van een waterkering een buitendijks gelegen woning binnendijks komt te liggen. Deze maatregel levert de eigenaar van de woning in vergelijking met de eigenaren van de woningen die reeds

vóór de maatregel binnendijs lagen in termen van verbeterde veiligheid dermate meer voordeel op, dat verrekening daarvan met zijn nadeel in beginsel op haar plaats is. Indien de verbetering van de waterveiligheid een benadeelde in vergelijking met anderen een vergelijkbaar voordeel oplevert, dan leidt de verrekening van het voordeel tot de hierboven beschreven ongelijkheid. Voordeelverrekening vertoont in dergelijke gevallen onredelijke trekken, zodat daar dan in mijn ogen beter van kan worden afgezien. Het verdient in elk geval aanbeveling dat waterbeheerders en tevens de bestuursrechter bovenstaande overwegingen in aanmerking nemen bij de totstandkoming van hun beslissingen omtrent de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding.

Adaptatiemaatregelen kunnen ook 'zuiver individuele voordelen' opleveren. Daarmee bedoel ik de voordelen die niet zozeer samenhangen met of zijn te herleiden tot enig maatschappelijk voordeel, zoals dat van de verbeterde veiligheid. Het betreft individuele voordelige bijkomstigheden van adaptatiemaatregelen, die daarvan een onbedoeld of juist een bedoeld effect kunnen zijn. Dergelijke voordelen komen in mijn ogen redelijkerwijs voor verrekening in aanmerking. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin enkele strandtenthouders omzetschade lijden door maatregelen ter versterking van het kustfundament ter plaatse. Indien dergelijke maatregelen na de afronding daarvan tevens tot gevolg hebben dat deze benadeelden in het vervolg een langere periode van het jaar hun activiteiten kunnen ontplooien, dan ligt het in de rede dit toekomstige permanente economische voordeel te verrekenen met hun incidentele nadeel. Datzelfde geldt voor een ondernemer die tijdens de werkzaamheden ter verbreding en verhoging van een waterkering schade lijdt door een bemoeilijkte af- en aanvoer van producten, maar na de afronding van het project dankbaar gebruik kan maken van de sterk verbeterde bereikbaarheid van zijn bedrijf door de aanleg van een brede toegangsweg op de waterkering. In dergelijke gevallen is naast het nadeel ook duidelijk sprake van een bijzondere bevoordeelde positie, waarin een benadeelde ten opzichte van anderen terechtkomt. Dergelijke soorten zuiver individueel voordeel onderscheiden zich van de voordelen die eenieder in gelijke mate van een bepaalde adaptatiemaatregel ondervindt. Dit onderscheid kan als basis dienen voor de hierboven reeds aanbevolen genuanceerdere invulling van het leerstuk van de voordeelverrekening.

8.9.3. Tussenconclusies

Het leerstuk van de voordeelverrekening kan een belangrijke rol (gaan) spelen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het kan namelijk niet worden uitgesloten dat adaptatiemaatregelen naast nadelen ook op uiteenlopende wijzen individuele voordelen voor benadeelden met zich brengen. Het valt goed te begrijpen dat zuiver individuele voordelen, zoals een waardevermeerdering, voor verrekening in aanmerking komen, vooral wanneer dergelijke voordelen rechtstreeks van invloed zijn op individuele vermogensposities. Het dient daarentegen te worden betwijfeld of ook 'individueel merkbaar maatschappelijk voordeel', zoals een verbeterde veiligheid tegen overstromingen, zonder meer in aanmerking kan komen voor verrekening met

individuele nadelen. Op basis van de huidige – schaarse – Afdelingsjurisprudentie lijkt dat wel gebruikelijk. Ik heb zo mijn twijfels bij de toepassing van het instrument van de voordeelverrekening als standaard kortingsfactor wegens enig individueel merkbaar maatschappelijk voordeel. Daardoor kan immers een niet te rechtvaardigen of te verklaren mate van ongelijkheid ontstaan tussen benadeelden en niet-benadeelden. Dit lijkt strijdig met de ratio van het leerstuk van de nadeelcompensatie, aangezien dit leerstuk juist ten doel heeft dergelijke vormen van onevenredige ongelijkheid weg te nemen. In mijn ogen kan individueel merkbaar maatschappelijk voordeel dus slechts voor verrekening in aanmerking komen, indien een benadeelde daardoor in vergelijking met anderen in een bijzondere bevoordeelde positie is komen te verkeren. Hem valt dan, met andere woorden, een *'speciale lust'* ten deel. Er dient nadrukkelijk ruimte te bestaan voor vergelijking met anderen. Het verdient daarom aanbeveling dat waterbeheerders en andere bestuursorganen, maar ook de bestuursrechter, bij de toepassing van het instrument van de voordeelverrekening oog hebben voor nuance ten aanzien van de aard van het voordeel en de concrete positie van de 'benadeelde bevoordeelde' ten opzichte van andere bevoordeelde.

8.10. Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke dreiging voor waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering uitgaat van het systeem van de aansprakelijkheid voor schade door rechtmatige overheidsgedragingen. Daarbij lag de nadruk op de vraag in hoeverre in dat kader naar verwachting een bijzondere invulling zal worden gegeven aan de verschillende toetsingselementen binnen het leerstuk van de nadeelcompensatie. Het betreft achtereenvolgens de speciale last, het normaal maatschappelijk risico, de risicoaanvaarding, de schadebeperkingsplicht, en de voordeelverrekening. Hierboven bleek dat naar verwachting vooral het criterium van het normaal maatschappelijk risico een bijzondere invulling kan krijgen in verband met de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Om tot een toetsing aan dat criterium toe te komen, dient echter eerst te worden vastgesteld of de betreffende schadeveroorzakende gedraging binnen het toepassingsbereik van een nadeelcompensatieregeling valt. Ik ging hierboven uit van de gelding van de regeling in titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht. Omdat die regeling tijdens de afronding van dit proefschrift nog niet formeel in werking was getreden, besprak ik een en ander ook in het licht van art. 7.14 Waterwet. Ik concludeerde dat de regeling in de Awb zonder noemenswaardige problemen in de plaats kan treden van de regeling in de Waterwet. Schade door overheidsgedragingen die niet binnen het toepassingsbereik van deze regelingen valt, kan niet op basis van het *égalité*beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Dergelijke schade kan nog wel op basis van andere bepalingen, zoals art. 1 EP of art. 6:162 BW, voor vergoeding in aanmerking komen.

8.10.1. Toepassingsbereik

Aan de nadeelcompensatieregelingen in de Awb en de Waterwet wordt een zeer ruim toepassingsbereik toegedicht. Daarbij kan men ervan uitgaan dat het bereik van beide regelingen volledige overlap vertoont. De in art. 7.14 lid 1 Waterwet bedoelde taken en bevoegdheden in het kader van het waterbeheer vallen dus volledig samen met de in art. 4:126 lid 1 Awb bedoelde publiekrechtelijke bevoegdheden en taken. Zodoende vallen appellabele besluiten, algemeen verbindende voorschriften, uiteenlopende planvormen, beleidsregels, en feitelijke handelingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering onder het bedoelde toepassingsbereik. Formele wetgeving valt niet onder het toepassingsbereik, zodat de eventuele schade die dientengevolge ontstaat slechts op basis van art. 1 EP voor vergoeding in aanmerking kan komen. Er dient dan, kort gezegd, sprake te zijn van een individuele en buitensporige last. Privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen wel onder het toepassingsbereik van de regelingen vallen, namelijk voor zover deze rechtstreeks en expliciet strekken tot de uitoefening van een specifiek wettelijk omschreven taak of bevoegdheid. Indien een privaatrechtelijke rechtshandeling bijdraagt aan het naar behoren functioneren van het betrokken overheidsorgaan in algemene zin, dan valt deze gedraging niet binnen het bedoelde toepassingsbereik. De bestuursrechter dient wat dat betreft een duidelijke lijn te trekken in zijn toekomstige jurisprudentie. Ik betoogde ten slotte dat vormen van ‘zuiver nalaten’ niet binnen het bereik van de genoemde regelingen vallen, hoofdzakelijk omdat deze wegens het ontbreken van een element van verwijtbaarheid ongeschikt zijn voor de handhaving van taken in het waterbeheer. Daarnaast biedt art. 7.15 Waterwet een aanwijzing dat waterschade door enig tekortschieten in wettelijke zorgplichten in het waterbeheer niet op basis van een nadeelcompensatieregeling voor vergoeding in aanmerking kan komen. Waterschade door enige tekortschieten in een zorgplicht kan op grond van art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Het *égalité*beginsel biedt dus in elk geval geen grondslag voor de vergoeding van schade door rechtmatige wetgeving in formele zin en enig tekortschieten in wettelijke zorgplichten.

8.10.2. De speciale last

De genoemde bepalingen zijn dus wel van toepassing op alle andere gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Voor de vestiging van aansprakelijkheid dient in de eerste plaats sprake te zijn van een speciale last. Aan dit criterium zal echter in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering vermoedelijk geen bijzondere invulling worden gegeven. De doelstelling van dit criterium is immers algemeen. Het tracht te voorkomen dat al te grote groepen benadeelden het bestuur steeds aansprakelijk kunnen stellen voor schade door rechtmatige gedragingen die noodzakelijk zijn ter behartiging van het algemeen belang. Daarnaast komt aan dit criterium weinig zelfstandig belang toe, indien het overheidsgedragingen betreft die zich richten tot een onbepaalde groep, of juist beogen een algemeen belang te dienen, waarbij onvermijdelijk ook individuele belangen worden aangetast. Van dergelijke situaties zal in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering relatief

vaak sprake zijn, bijvoorbeeld bij de aanleg of wijziging van waterstaatswerken. Het ligt dan voor de hand de specialiteit van de last aan te nemen en de nadruk te leggen op de vraag of deze het normaal maatschappelijk risico al dan niet overstijgt. Aan het specialiteitsvereiste komt wel zelfstandige betekenis toe, indien de betreffende overheidsgedraging ten doel heeft een bepaalde belasting op te leggen aan een nauwkeurig af te bakenen groep belanghebbenden. Daarvan kan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering bijvoorbeeld sprake zijn, wanneer beperkingen of verboden worden opgelegd aan de houders van vergunningen voor de onttrekking van grond- of oppervlaktewater, of wanneer deze vergunningen op grote schaal worden ingetrokken. In dergelijke gevallen is het beter mogelijk om na te gaan of individuele benadeelden onevenredig zwaar worden getroffen ten opzichte van andere getroffen, die de referentiegroep vormen.

8.10.3. *Het normaal maatschappelijk risico*

Voor de vestiging van aansprakelijkheid dient de schade voorts uit te gaan boven het normaal maatschappelijk risico. Aan dit criterium kan – in tegenstelling tot dat van de speciale last – in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering onder omstandigheden, zoals gezegd, wel een bijzondere invulling worden gegeven. Die bijzonderheid doet zich hoofdzakelijk voor in het kader van de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico, en niet zozeer bij de abstracte invulling daarvan. Ik betoogde immers dat adaptatie in de huidige samenleving in abstracto een redelijkerwijs te verwachten beleidsrespons is van waterbeheerders op (de onzekere gevolgen van) klimaatverandering. Dat betekent hoofdzakelijk dat ook in dat kader als uitgangspunt geldt dat in beginsel géén recht bestaat op nadeelcompensatie, tenzij de concrete omstandigheden van het geval ertoe nopen hierop een uitzondering te maken. Het treffen van adaptatiemaatregelen is, met andere woorden, niet een dermate bijzondere gebeurtenis, dat dit op voorhand reeds als abnormale ontwikkeling moet worden beschouwd. De schade die dientengevolge ontstaat, valt dus niet zonder meer buiten het normaal maatschappelijk risico.

Bij de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico kan belang toekomen aan verschillende factoren, zoals de aard van de schadeoorzaak en de aard, ernst en omvang van het nadeel. Van bijzonder belang in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering is de mate van voorzienbaarheid van de betreffende gedraging. De aard van de schadeoorzaak kan in dat verband van bijzonder belang zijn voor de concrete invulling van het normaal maatschappelijk risico. Zo betoogde ik dat de concrete voorzienbaarheid van gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering over het algemeen kan afnemen, naarmate de onzekerheid van het klimaatrisico waarop de betreffende gedragingen zich richten groter is. Dat betekent dat de mate van onzekerheid van een klimaatrisico een bijzondere omstandigheid in het leven kan roepen, die er aanleiding toe kan geven dat een waterbeheerder – en de bestuursrechter – eerder aanneemt dat een bepaalde gedraging die zich richt op een dergelijk onzeker risico minder goed voorzienbaar was en dus buiten het

normaal maatschappelijk risico valt. Ik deed voor dergelijke gevallen de aanbeveling dat waterbeheerders in hun nadeelcompensatiebeleid en bij de totstandkoming van hun schadebesluiten uitwerking en toepassing geven aan een principe van ‘aan onzekerheid evenredige matiging van voorzienbaarheid’. Ook de bestuursrechter dient een dergelijk principe in dat licht te aanvaarden als bijzondere verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel, waaraan hij schadebesluiten behoort te toetsen. Een en ander betekent niet dat onzekerheid omtrent klimaatrisico’s altijd behoort te leiden tot onvoorzienbaarheid van schade en schadeorzaken. Het is nadrukkelijk één van de concrete omstandigheden waaraan in voorkomende gevallen belang kan toekomen bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico.

In bovenstaande onderstreepte ik het belang van nader onderscheid tussen soorten maatregelen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Indien een adaptatiemaatregel gepaard gaat met de ontneming van eigendom, dan ligt volledige schadeloosstelling in de rede. Daarvan is sprake bij onteigening, maar in beginsel ook bij het opleggen van een gedoogplicht op grond van art. 5.24 lid 1 Waterwet. Het komt erop neer dat in gevallen van ontneming van eigendom als (omgekeerd) uitgangspunt geldt of zou moeten gelden dat de schade in beginsel buiten het normaal maatschappelijk risico valt. Ik meen echter – in tegenstelling tot anderen – dat bij de oplegging van een gedoogplicht in het kader van de invulling van het normaal maatschappelijk risico nog wel belang kan toekomen aan de concrete omstandigheden van het geval.¹⁷⁰ Deze moeten wel dermate zwaarwichtig zijn, dat zij een uitzondering op het genoemde uitgangspunt kunnen rechtvaardigen, dat de schade in gevallen van de oplegging van een gedoogplicht in beginsel buiten het normaal maatschappelijk risico valt en voor volledige vergoeding in aanmerking komt. Indien sprake is van de regulering van eigendom, ligt het overigens minder voor de hand volledige schadeloosstelling als uitgangspunt te nemen. In dergelijke gevallen komt bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico betrekkelijk veel belang toe aan de concrete omstandigheden van het geval. Er bestaat dan dus ook meer ruimte voor een bijzondere invulling van dit criterium, waarbij ook het hierboven genoemde principe in verband met onzekerheid van klimaatrisico’s een rol kan spelen.

8.10.4. De risicoaanvaarding

Aan het leerstuk van de risicoaanvaarding kan een groot belang toekomen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik verwacht echter niet dat aan dit leerstuk in dat kader een bijzondere invulling zal worden gegeven. De belangrijkste reden daarvoor is dat bij de toepassing van het leerstuk van de risicoaanvaarding niet zozeer de aard van de overheidsgedraging of de schade relevant is, maar eerder de vraag of er in verband met de gevolgschade omstandigheden zijn die aan de benadeelde zelf dienen te worden toegerekend. Ook binnen de kaders van de risicoaanvaarding speelt de

¹⁷⁰ Groothuijse meent bijvoorbeeld dat in verband met de vestiging van aansprakelijkheid het normaal maatschappelijk risico en de speciale last niet van belang zouden moeten zijn bij de oplegging van een gedoogplicht op grond van de Waterwet.

voorzienbaarheid een belangrijke rol. De nadruk ligt dan op de voorzienbaarheid in haar meest concrete gedaante. Het betreft steeds de vraag of de overheidsgedraging op basis van de op een bepaald moment beschikbare informatie in voldoende mate voorzienbaar was voor een benadeelde, zodat hij daarmee rekening had kunnen en moeten houden bij zijn gedragingen en investeringen. Er is dus steeds een zeker moment aan te wijzen, vanaf wanneer een adaptatiemaatregel redelijkerwijs had kunnen worden voorzien. Het doet er dan niet meer toe of de maatregel zich richt op reeds merkbare gevolgen van klimaatverandering of onzekere klimaatrisico's. Indien potentiële benadeelden na dat moment nog gedragingen verrichten of investeringen doen, kan hun in beginsel de aanvaarding van het risico worden tegengeworpen dat zij die investeringen niet (geheel) kunnen terugverdienen. Het is lastig algemene uitspraken te doen over de vraag wanneer precies sprake is van een voldoende mate van voorzienbaarheid. De beantwoording van die vraag hangt immers in belangrijke mate af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij verdient het wel opmerking dat ook reeds vóórdat een concreet beleidsvoornemen in de bekendheid is gekomen, sprake kan zijn van (enige mate van) voorzienbaarheid. De belangrijkste eis is dat de bron van voorzienbaarheid in voldoende mate concreet uitzicht biedt op de adaptatiemaatregel.

8.10.5. De schadebeperkingsplicht

De verplichting om gevolgschade te beperken staat in nauw verband met het leerstuk van de risicoaanvaarding. Deze verplichting kan ook binnen de kaders van de adaptatie aan klimaatverandering een belangrijke rol spelen als corrigerend instrument. Ook hier geldt echter de verwachting dat aan deze verplichting in dat kader geen bijzondere invulling zal worden gegeven. Ik onderscheidde drie vormen van schadebeperking. Elk van deze vormen dwingt (potentiële) benadeelden er binnen de kaders van de redelijkheid toe een bepaald activiteitsniveau aan de dag te leggen, teneinde de schade te beperken. Dat kan door relevante feiten en belangen reeds vroegtijdig in de bestuurlijke procedure kenbaar te maken, of door het betrokken bestuursorgaan te attenderen op de dreigende schade. Grotere investeringen zullen zijn gemoeid met het verkleinen van de kwetsbaarheid tegen bepaalde in het vooruitzicht gestelde adaptatiemaatregelen. Ook wanneer zich reeds gevolgschade heeft voorgedaan, rust op de benadeelde een verplichting om verergering van de schade te voorkomen. De kosten die redelijkerwijs zijn gemaakt om de schade te voorkomen of te beperken, komen op basis van art. 4:129 Awb als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking. Er bestaat geen aanleiding dergelijke kosten te vergoeden, indien de schade geen speciale last vormt en niet buiten het normaal maatschappelijk risico valt. Onredelijk hoge kosten ter voorkoming of beperking van schade komen evenmin voor vergoeding in aanmerking. Ik meen in dat verband dat als uitgangspunt geldt dat kosten in beginsel worden geacht redelijk te zijn, tenzij er duidelijke aanwijzingen van het tegenovergestelde zijn. Het lijkt mij, ten slotte, in beginsel onredelijk een benadeelde de schadevoorkomingsplicht tegen te werpen, indien hij aannemelijk kan maken dat de schade slechts tegen disproportioneel hoge kosten kon worden voorkomen of beperkt. Daarvan is mijns inziens

in elk geval sprake, indien dergelijke kosten de redelijkerwijs te verwachten schadelast overstijgen.

8.10.6. De voordeelverrekening

De verrekening van voordeel geniet ruime toepassing binnen de praktijk van het na-deelcompensatierecht en zal ook van belang zijn binnen de kaders van de adaptatie aan klimaatverandering. Dat is in beginsel niet onredelijk, want adaptatiemaatregelen kunnen tegelijkertijd met enig nadeel op uiteenlopende wijzen individueel voordeel opleveren. Een duidelijk voorbeeld is de situatie waarin een bepaalde maatregel tijdelijk schade door een slechte bereikbaarheid van een bedrijf met zich brengt, maar uiteindelijk een permanente betere bereikbaarheid oplevert. Het tijdelijke nadeel kan dan (gedeeltelijk) worden gecompenseerd door het permanente voordeel. Ook maatschappelijke voordelen, zoals een verbeterde waterveiligheid, kunnen doorwerken in de individuele vermogenspositie van benadeelden. Ik betwijfel echter of het onder alle omstandigheden aanvaardbaar is dat dergelijke voordelen zonder meer voor verrekening in aanmerking behoren te komen. Door verrekening van dergelijke voordelen kunnen 'benadeelde bevoordeelden' immers in een ongelijke positie terechtkomen ten opzichte van anderen die geen nadeel van de maatregel hebben ondervonden, maar daarvan wel de voordelen genieten. Hun voordeel wordt immers niet tenietgedaan door middel van een verrekening. In mijn ogen kan dergelijk voordeel dus slechts voor verrekening in aanmerking komen, indien een benadeelde daardoor in vergelijking met anderen in een bijzondere bevoordeelde positie is komen te verkeren. Het verdient aanbeveling ook in het kader van de voordeelverrekening de nuance van de evenredigheid te laten doorklinken. Maatschappelijk voordeel dat doorwerkt op een individuele vermogenspositie komt dus wat mij betreft slechts voor verrekening in aanmerking, indien het kan worden beschouwd als een 'speciale lust'.

Deel III

Preventieve werking

In deel III van dit proefschrift staat, als sluitstuk daarvan, de vraag centraal welke invloed dreigende aansprakelijkheid naar verwachting heeft op de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Voor de beantwoording van die vraag wordt aansluiting gezocht bij het vooral in verband met het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen preventieleerstuk. In hoofdstuk 9 komt dit leerstuk eerst in algemene zin aan de orde, om later – ook in verband met andere aansprakelijkheidsystemen – te dienen als basis voor het schetsen van verwachtingen omtrent de gedragingen van waterbeheerders. Hoofdstuk 10 richt zich op de praktijk. In dat hoofdstuk worden drie praktijkgevallen uitgewerkt. In de betreffende casus is onderzocht welke invloed verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid in de afzonderlijke gevallen hebben gehad op de inhoud en totstandkoming van relevante beslissingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Aan het eind van dat hoofdstuk worden de resultaten van het praktijkonderzoek geplaatst in het licht van de eerder geschetste verwachtingen.

≈ 9 Het preventieleerstuk en de adaptatie aan klimaatverandering

9.1. Inleiding

In deel II van dit proefschrift ben ik ingegaan op de vraag in hoeverre voor waterbeheerders een dreiging van aansprakelijkheid bestaat voor de klimaat- dan wel gevolgschade die in verband kan worden gebracht met hun gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. De algemene conclusie was, kort gezegd, dat de mate van onzekerheid waarmee klimaatrisico's kunnen zijn omgeven, als bijzondere omstandigheid van invloed kan zijn op de invulling en toepassing van de voor de verschillende aansprakelijkheidssystemen kenmerkende toetsingselementen. Dit kan in concrete gevallen de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag beïnvloeden. Aansprakelijkheid kan echter in geen geval zonder meer worden uitgesloten. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de dreiging van verschillende soorten overheidsaansprakelijkheid naar verwachting van invloed is op de uiteenlopende gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Bij de beantwoording van die vraag neem ik de binnen het zogenoemde 'preventieleerstuk' ontwikkelde algemene presumptie als uitgangspunt, dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers stimuleert tot schadepreventie. Waterbeheerders zullen zich op basis van dat leerstuk dus vermoedelijk inspannen om de klimaat- of gevolgschade in verband met hun gedragingen te voorkomen of te beperken. Maar tot welke (inhoudelijke) beslissingen zal dit naar verwachting leiden tijdens de opeenvolgende fasen van een complex 'adaptatieproces'?¹ Dit hoofdstuk strekt ertoe de verwachtingen te dien aanzien in beeld te brengen. Zodoende levert dit hoofdstuk een bijdrage aan de theorievorming binnen de kaders van dat leerstuk en bereidt het tegelijkertijd voor op het praktijkonderzoek in hoofdstuk 10.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Ik geef in paragraaf 9.2 eerst een overzicht van de discussie over de te onderscheiden functies van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij ik tevens een persoonlijk standpunt inneem ten aanzien van de compensatie- en de preventiefunctie. In paragraaf 9.3 ga ik dieper in op het preventieleerstuk en de daarin centrale gedragspresumptie. In paragraaf 9.4 schets ik verwachtingen over de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid op de door waterbeheerders tijdens verschillende fasen van het adaptatieproces te nemen beslissingen. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 9.5.

1 Met de term 'adaptatieproces' bedoel ik het geheel van opeenvolgende relevante beslissingen van een waterbeheerder in verband met een concreet adaptatieproject. Ik maak gemakshalve onderscheid tussen drie fasen, te weten de oriëntatiefase, de (formele) voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Dit onderscheid is met nadruk theoretisch van aard.

9.2. Functies van het aansprakelijkheidsrecht: compensatie en preventie

9.2.1. Algemeen

Sinds enkele decennia wordt in de Nederlandse juridische literatuur een debat gevoerd over de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Vroeg in dat debat hoorde men Van Dam zijn onvrede uiten over het feit dat de ‘functionele benadering’ van het (aansprakelijkheids)recht hier te lande ‘stiefmoederlijk’ zou worden behandeld.² Ook in 2002 en in 2006 klonk bij monde van de rechtseconoom Visscher nog de klacht dat aan deze functies in de Nederlandse juridische literatuur, in vergelijking tot die van de ons omringende landen en de Verenigde Staten, relatief weinig aandacht wordt besteed.³ Ook op dit moment kan men hun nog geen overtuigend ongelijk geven, maar – mede door hun bijdragen en de recentelijk ingezette discussie over de ‘handhaving van en door het privaatrecht’⁴ – kan toch worden gesteld dat de door Van Dam bedoelde functionele benadering ook in Nederland inmiddels voet aan de grond heeft gekregen. Wel bestaan op verschillende punten nog mogelijkheden tot verdere ontwikkeling en verrijking van het debat. In deze paragraaf staat de genoemde discussie centraal. Zodoende bespreek ik in paragraaf 9.2.2 in kort bestek twee ontwikkelingen in de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Vervolgens ga ik in paragraaf 9.2.3 nader in op de compensatiefunctie en het debat daaromtrent. In paragraaf 9.2.3.3 betoog ik tot de bevestiging van de compensatiefunctie. Voorts stel ik in paragraaf 9.2.4 de preventiefunctie centraal en geef ik een overzicht van de meningen daaromtrent in de juridische literatuur. In paragraaf 9.2.4.3 doe ik aanbevelingen ter verrijking van het preventiedebat. In paragraaf 9.2.5 beschouw ik de functies van het aansprakelijkheidsrecht kort vanuit een rechtseconomisch perspectief.⁵ Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 9.2.6.

9.2.2. De discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht in vogelvlucht

In de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht zijn grofweg twee min of meer gelijktijdige ontwikkelingen waarneembaar. In de eerste plaats is de nadruk van een veelvoud van afzonderlijke functies gaandeweg komen te liggen op de vraag welke daarvan daadwerkelijk als zelfstandige functies kunnen worden aangemerkt. Tegelijkertijd concentreerde de discussie zich steeds meer op de vraag welke van deze zelfstandige functies als hoofdfunctie dient te worden aangemerkt. Beide

2 Zie Van Dam 1989, p. 201. Van Dam verwijst naar twee uitzonderingen op de regel: Bloembergen 1982, p. 4-7 (zie ook Lindenberg 2008) en Van Nispen 1988, p. 6-7 (zie ook Van Nispen 2003).

3 Zie Visscher 2002, p. 59 en Visscher 2006, p. 11.

4 Zie bijvoorbeeld Van Boom 2006; Van Boom 2007; Hartlief 2008; Kortmann & Sieburgh 2009; en Engelhard e.a. 2009.

5 Het is niet mijn doel een rechtseconomisch proefschrift te schrijven. Toch kan ik de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht in een bespreking van het preventieerstuk niet links laten liggen. Ik beperk me tot de hoofdlijnen van die benadering.

ontwikkelingen komen hieronder op hoofdlijnen aan de orde.⁶ Eén opmerking over deze kort weer te geven discussie wil ik, hoewel ik daar later nog op terugkom, hier reeds maken. Een belangrijk kenmerk van de discussie is dat men het vaak heeft over ‘de functies’ van ‘het aansprakelijkheidsrecht’. Hierbij wordt soms te gemakkelijk voorbijgegaan aan het feit dat het aansprakelijkheidsrecht een veelheid aan aansprakelijkheidssystemen omsluit. Zo onderscheidt men het systeem van de foutaansprakelijkheid (onrechtmatige daad) van verschillende systemen van risicoaansprakelijkheid. Daarnaast moet ook het systeem van de nadeelcompensatie worden beschouwd als zelfstandig aansprakelijkheidssysteem.

In plaats van dit belangrijke onderscheid te eerbiedigen, lijkt een algemene neiging te bestaan het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid te vereenzelvigen met het aansprakelijkheidsrecht. Dit kan leiden tot verwarring. Om verwarring te voorkomen ga ik er in het vervolg van dit proefschrift van uit dat elk aansprakelijkheidssysteem zijn eigen kenmerkende (samenstel van) doelstellingen heeft; het ene is meer gericht op handhaving van rechtsregels en het voorkomen van schade door normschending, terwijl het andere juist de vergoeding daarvan voorop stelt, of wellicht een heel ander doel voor ogen heeft. Het aansprakelijkheidsrecht als overkoepelend rechtssysteem dient in mijn ogen alle functies en neemt ten opzichte van die functies een neutrale positie in. De afzonderlijke aansprakelijkheidssystemen maken aanspraak op één of enkele van die functies, en plaatsen daarmee één of enkele van die functies op de voorgrond als doelstelling. Deze visie is in het onderstaande verweven; ik zal daar nog vaker op terugkomen.

9.2.2.1. Compensatie en preventie als zelfstandige functies

In de juridische literatuur wordt van oudsher een betrekkelijk groot aantal functies van het aansprakelijkheidsrecht onderscheiden. Zo noemt Van Dam de preventiefunctie, de vergoedingsfunctie en de spreidingsfunctie, en noemt hij in een voetnoot tevens de bestraffings- en de genoegdoeningsfunctie.⁷ Hartlief voegt daaraan nog de slachtofferbescherming en de kostenallocatie toe. De eerstgenoemde beschouwt hij in het licht van de schadevergoeding echter niet als zelfstandige functie, en ook de tweede koppelt hij onlosmakelijk aan de preventiefunctie.⁸ Visscher is het volledigst en bespreekt achtereenvolgens de compensatie van schade, de genoegdoening voor de benadeelde, het ongedaan maken van verrijking, de handhaving van rechten, de bestraffing van de aansprakelijke persoon, de preventie van schade, de spreiding van schade, en de kostenallocatie.⁹ Met andere auteurs komt hij tot de conclusie dat de genoegdoeningsfunctie haar zelfstandigheid heeft verloren;¹⁰ dat de handhavingfunctie

6 In paragraaf 9.2.3 en 9.2.4 ga ik nader in op de discussie omtrent de invulling van de afzonderlijke functies.

7 Zie Van Dam 1989, p. 202.

8 Zie Hartlief 1997, p. 18 en 21-22.

9 Zie Visscher 2006, p. 11-19.

10 Zie Bloembergen 1982, p. 4 en Du Perron 2003, p. 108-109. Anders: Barendrecht & Storm 1995, p. 18 en Van Maanen 2003, p. 3.

grotendeels samenvalt met de preventiefunctie;¹¹ dat van bestraffing, buiten de zogenoemde ‘*punitive damages*’ om, in het aansprakelijkheidsrecht geen sprake (meer) is;¹² en dat ook de kostenallocatie aan de preventiefunctie dient te worden gekoppeld.¹³

In dat opzicht worden in de literatuur gaandeweg de vergoeding, de spreiding en de preventie als *zelfstandige* functies van het aansprakelijkheidsrecht genoemd.¹⁴ Maar ook de spreidingsfunctie staat volgens Nieuwenhuis – terecht – niet op zichzelf.¹⁵ Spreiding betreft het draaglijk maken van schade door deze voor rekening van een collectief te brengen, hetgeen in veel gevallen maatschappelijk wenselijk kan zijn. Spreiding is met andere woorden een methode voor de verplaatsing van schade, waarmee hoofdzakelijk de compensatiefunctie wordt gediend. Zonder spreiding, bijvoorbeeld door middel van een verzekering, bestaat immers de kans dat een laedens niet bij machte is de volledige schade te vergoeden. Het is de gelaedeerde die daarvan na het lijden van schade de dupe wordt. Daarnaast kan de spreiding dienstbaar zijn aan de preventiefunctie, omdat bepaalde aansprakelijkheidsrisico's, bijvoorbeeld via doorberekening daarvan in de kostprijs van goederen of diensten, van invloed kunnen zijn op de maatschappelijk kosten van bepaald gedrag, hetgeen kan leiden tot een grotere mate van zorgvuldigheid of de keuze voor andere gedragingen.¹⁶ Schadespreiding is volgens Nieuwenhuis dus vooral dienstbaar aan de andere twee functies van het aansprakelijkheidsrecht. Ik sluit me hierbij aan, en beschouw de compensatiefunctie en de preventiefunctie zodoende als de belangrijkste functies van het aansprakelijkheidsrecht. De aard van een aansprakelijkheidssysteem bepaalt in mijn visie voorts welke functie in de doelstellingen daarvan (het sterkst) naar voren komt.¹⁷

9.2.2.2. Discussie over de ‘hoofdfunctie’ van het aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht is in de loop der tijd dus een aantal functies toegedicht, waarvan over het algemeen slechts de compensatiefunctie en de preventiefunctie als zelfstandige functies worden beschouwd. Traditioneel werd de compensatie van schade beschouwd als de centrale functie van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁸ Deze stellingname leidde echter tot kritiek, en – mede onder invloed van de in de jaren tachtig en negentig in ons land opkomende aandacht voor de rechtseconomie¹⁹ – verschoof een belangrijk deel van de belangstelling naar de preventiefunctie.²⁰ Zodoende zijn globaal beschouwd twee rivaliserende kampen ontstaan die op meerdere terreinen tegenovergestelde uitgangspunten hanteren. Zo hanteert het ‘compensatiekamp’ een

11 Zie Van Nispen 2003, p. 6.

12 Zie Bloembergen 1982, p. 5; Hartlief 1997, p. 17; en Barendrecht & Storm 2003, p. 19.

13 Zie Hartlief 1997, p. 21-22.

14 Zie Van Dam 1989, p. 202; Hartlief 1997, p. 17 (hoewel Hartlief ook kostenallocatie noemt), en Visscher 2006, p. 19.

15 Zie Nieuwenhuis 1997.

16 Zie Nieuwenhuis 1997, p. 18.

17 Zie ook paragraaf 9.3.4.

18 Zie bijvoorbeeld Bloembergen 1982, p. 4-7; en Lindenbergh 1998, p. 61-62.

19 Zie bijvoorbeeld Mackaay 1980; Nentjes 1987; Holzhauser & Teijl 1989; en Hondius, Schippers & Siegers (red.) 1991.

20 Zie bijvoorbeeld Van Dam 1989, p. 213-227; Hartlief 1997, p. 17-21; en Nieuwenhuis 1997, p. 13-19.

*ex-post*benadering en stelt het, met een sterke nadruk op individuele gevallen, de benadeelde centraal, terwijl het 'preventiekamp' het aansprakelijkheidsrecht juist een algemene *ex-antefunctie* toedicht en de potentiële normschender centraal stelt.²¹

Er bestaat overigens ook wederzijdse erkenning. Eerstgenoemden stellen bijvoorbeeld dat het aansprakelijkheidsrecht als neveneffect best een preventieve werking kan hebben, maar dat de ontmoediging van normschending geen zelfstandig doel van het aansprakelijkheidsrecht is.²² Anderzijds hoort men dat schadevergoeding inderdaad een belangrijk middel kan zijn wanneer normschending daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, maar dat compensatie geen zelfstandig doel is, omdat het juist gaat om het vinden van situaties waarin een goede reden bestaat om de schade af te wentelen.²³ Volledige verzoening lijkt – hoewel in mijn ogen niet uitgesloten – echter nog niet daar.²⁴ In mijn visie is het overigens niet nodig om een hoofdfunctie aan te wijzen. In mijn ogen ligt in het aansprakelijkheidsrecht als overkoepelend rechtssysteem namelijk zowel de compensatie- als de preventiefunctie besloten. Pas op het niveau van concrete aansprakelijkheidssystemen is de vraag relevant welke doelstellingen met die systemen worden nagestreefd. Ik kom daar in de paragrafen hieronder nog op terug.

9.2.3. De juridische discussie over de compensatiefunctie

9.2.3.1. De traditionele visie op de compensatiefunctie

Traditioneel werd, zoals gezegd, de compensatie van schade beschouwd als de belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht.²⁵ Ook vandaag de dag wordt door sommigen nog betoogd deze functie van ganser harte te omarmen.²⁶ Waar schade ontstaat, die redelijkerwijs niet op de benadeelde dient te blijven rusten, biedt het aansprakelijkheidsrecht een geschikte mogelijkheid deze schade af te wentelen, door middel van het opleggen van een via het schadevergoedingsrecht aan de aansprakelijkheid gekoppelde plicht tot schadevergoeding. Met de schadevergoeding wordt een benadeelde dus gevrijwaard van enig nadeel dat hem is toegebracht. Beoogd wordt dan ook hem zo veel als mogelijk terug te brengen in de positie waarin hij verkeerde voordat de schade ontstond (*status quo*),²⁷ uiteraard voor zover herstel van die situatie anderszins niet mogelijk is.²⁸ Dat dit niet altijd tot volledige genoegdoening leidt is evident, want vaak zal lastig op geld waardeerbaar leed juist wel op geld moeten worden gewaardeerd.²⁹

21 Zie Keirse 2010, p. 2-6.

22 Zie Kortmann & Sieburgh 2009, p. 258.

23 Zie Van Dam 1989, p. 230; en Visscher 2006, p. 12-13.

24 Giesen lijkt optimistischer: 'Is de meerderheid niet inmiddels zo ver dat zowel compensatie als preventie de belangrijkste functies van het aansprakelijkheidsrecht vormen?' Zie Giesen 2009, p. 309 (voetnoot 11).

25 Zie bijvoorbeeld Bloembergen 1982, p. 2.

26 Zie Kortmann 2009, p. 23. Zie tevens Kortmann & Sieburgh 2009, p. 257-258.

27 Zie Lindenbergh 2008, p. 8.

28 Vanuit moreel oogpunt kan een rangorde worden bepaald. Zo dient schade in de eerste plaats te worden voorkomen. Blijkt dat niet (meer) mogelijk, dan dient de schade te worden beperkt. De schade die zich daarna daadwerkelijk voordoet dient vervolgens bij voorkeur te worden hersteld, en pas in het uiterste geval in de vorm van geld te worden vergoed.

29 Zie art. 6:103 BW.

Wie het aansprakelijkheidsrecht beschouwt als een systeem waarin de vergoeding van schade centraal staat, doet dat vanuit een terugkijkend perspectief, waarbij men zich richt op de positie van de benadeelde in een concreet geval.³⁰ Nadat schade is ontstaan, begint men zich af te vragen of deze wellicht voor vergoeding in aanmerking komt. Dat valt te omschrijven als een reactieve, afwachtende houding. Voor de beantwoording van die vraag gelden per aansprakelijkheidssysteem systeemeigen toetsingscriteria die in dat opzicht een drempelfunctie dienen. Het aansprakelijkheidsrecht heeft vanuit deze optiek dus een sterk correctief karakter: waar niet te rechtvaardigen schade wordt geleden, dient deze maatschappelijk incorrecte situatie te worden hersteld. Dit is op zichzelf een begrijpelijke gedachtegang, vooral wanneer men zich in de positie van een benadeelde of diens vertegenwoordiger verplaatst. Het verbaast dan ook niet dat in de praktijk vaak op deze wijze tegen het aansprakelijkheidsrecht wordt aangekeken.

9.2.3.2. Kritiek op de traditionele visie

Het is ook lastig te ontkennen dat de schadevergoeding een centraal element is in het aansprakelijkheidsrecht, althans in elk geval een gevolg is van de toepassing daarvan in de praktijk. Toch hoort men tegenwoordig tamelijk veel kritiek op de stelling dat compensatie de centrale functie van het aansprakelijkheidsrecht is. Ik ga hier kort in op twee kritiekpunten. In de eerste plaats wordt gesteld dat de huidige op compensatie gerichte benadering te eenzijdig is, en dat men meer vanuit een omgekeerde perspectief naar het aansprakelijkheidsrecht zou moeten kijken: voorkomen is namelijk beter dan vergoeden.³¹ Deze kritiek komt voort uit een van de grondbeginselen van het (aansprakelijkheids)recht, namelijk dat men een ander geen schade zal berokkenen: *alterum non laedere*. In deze benadering klinkt duidelijk de preventiegedachte door; ik kom daar in paragraaf 9.2.4 en 9.3 nog uitgebreider op terug. Het aansprakelijkheidsrecht dient op basis van deze benadering meer te worden ingezet als instrument om schade te voorkomen, waarmee de nadruk komt te liggen op de potentiële schadeveroorzaker en diens schadevoorkomingsplicht. Door het verleggen van de focus verplaatst men het toepassingsmoment van het aansprakelijkheidsrecht naar een moment vóór het ontstaan van schade (*ex-antewerking*). Door zich te richten op een collectief van mogelijke schadeveroorzakers, vergroot men tevens het toepassingsbereik daarvan.

Een ander – minder recent en daarom wellicht meer gehoord – punt van kritiek is dat niet de vergoeding van schade op zichzelf een functie van het aansprakelijkheidsrecht is, maar juist de beantwoording van de vraag wanneer en waarom er in een concreet geval reden bestaat om de schade af te wentelen op een ander dan wie deze lijdt. Het betreft dan dus de vraag wanneer in een concreet geval een afdwingbaar recht op schadevergoeding kan ontstaan.³² In deze visie klinkt duidelijk het beginsel door

³⁰ Zie bijvoorbeeld Barendrecht 2002, p. 609; Van Boom 2006 en Van Boom 2007.

³¹ Zie bijvoorbeeld Keirse 2009 en Keirse 2010.

³² Zie bijvoorbeeld Keeton 1984, p. 20; Van Dam 1989, p. 230-231; Hartlief 1997, p. 17-18; en Visscher 2006, p. 12-13. Zie ook de daar genoemde literatuur.

dat eenieder zijn eigen schade dient te dragen, tenzij er een goede reden bestaat om deze te verplaatsen. Die goede redenen vloeien volgens Visscher voort uit de doelstellingen die men ten grondslag legt aan het opleggen van een schadevergoedingsplicht. Het is volgens hem namelijk altijd mogelijk een doel aan te wijzen dat door middel van compensatie wordt nagestreefd. Als voorbeeld noemt hij de specifieke dan wel generale preventie en de bescherming van het slachtoffer. Daarmee beschouwt hij de compensatie niet zozeer als een doel van het aansprakelijkheidsrecht, maar eerder als een middel.³³ De schadevergoeding heeft in die lijn van denken een onmisbare faciliterende werking ten opzichte van de doelen die men daarmee tracht te bereiken, maar wordt niet beschouwd als zelfstandige functie van het aansprakelijkheidsrecht.

9.2.3.3. Bevestiging van de zelfstandige compensatiefunctie

Ik heb hierboven reeds vaker gesteld dat ik de compensatie – naast de preventie – beschouw als zelfstandige functie van het aansprakelijkheidsrecht als overkoepelend rechtssysteem. Ik zie niet goed in waarom dit niet het geval zou zijn. Ik kan me goed vinden in de stelling dat de *feitelijke* compensatie van schade (dus de feitelijke schadevergoeding) een middel is. De feitelijke of dreigende verplichting schade te moeten vergoeden, is inderdaad een middel om de aan een aansprakelijkheidssysteem ten grondslag liggende preventiedoelstelling te verwezenlijken. Ik zie echter niet goed in waarom de feitelijke schadevergoeding dan niet óók als middel dient te worden beschouwd om een schadevergoedingsdoel te dienen. Waarom zouden de doelstellingen van een systeem van aansprakelijkheidsregels niet mede zijn gericht op de vergoeding van de schade waarop dat systeem betrekking heeft en waartoe het zelf de mogelijkheid opent? Ik meen dat de onlosmakelijke verbondenheid van het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht zelfs dwingt de compensatie als zelfstandige functie van het geheel te zien. Dat leidt tot de stelling dat aan elk aansprakelijkheidssysteem in elk geval en dus zonder meer een compensatiedoelstelling ten grondslag ligt, ongeacht de vraag of een dergelijk systeem ook de preventie ten doel heeft.

Elk systeem van aansprakelijkheidsregels heeft zijn eigen kenmerkende samenstel van toetsingscriteria. Het voldoen aan die criteria geeft een sleutel tot de toepassing van een schadevergoedingssysteem, dat fungeert als sluitstuk van het betreffende systeem van regels over aansprakelijkheid.³⁴ Op basis van een systeem van aansprakelijkheidsregels kan in een concreet geval worden bepaald of er in beginsel een goede reden bestaat om de schadelast te verplaatsen, uiteraard voor zover herstel in de oude situatie niet meer mogelijk is. De aanwezigheid van een dergelijke goede reden wijst op het bestaan van een maatschappelijk onwenselijke situatie. Aan de hand van de toepassing van een schadevergoedingssysteem kan voorts een concrete maat worden gegeven aan de maatschappelijke onwenselijkheid. De mate van onwenselijkheid wordt weerpiegeld in het antwoord op de vraag of en hoeveel schade dient te worden vergoed. De schade wordt vergoed met als enige doel deze maatschappelijke onwenselijkheid

³³ Zie Visscher 2006, p. 12-13. Zie in dat kader ook Faure 1991, p. 52.

³⁴ Zie Lindenbergh 2008, p. 5.

ex post op te heffen ten gunste van de benadeelde. De compensatie dient op grond daarvan te worden aangemerkt als zelfstandige doelstelling van een systeem van schadevergoedingsregels. De compensatie dient dus te worden aangemerkt als belangrijkste zelfstandige functie van het schadevergoedingsrecht.³⁵

Nu dient te worden bedacht dat elk aansprakelijkheidssysteem in combinatie met een systeem van schadevergoedingsregels een zogenoemd ‘endosymbiotisch systeem’ vormt. Dergelijke systemen kunnen niet naar behoren functioneren – en dus geen maatschappelijke functie dienen –, wanneer een van de genoemde onderdelen wordt uitgeschakeld: hun wederkerige afhankelijkheid staat daaraan immers in de weg. Nu vaststaat dat aan elk schadevergoedingsysteem een compensatiedoelstelling ten grondslag ligt en dat dergelijke systemen een ondeelbaar geheel vormen met systemen van aansprakelijkheidsregels, dient te worden aanvaard dat de compensatiedoelstelling een *gemeenschappelijke doelstelling* is. Dat betekent ook dat door de bedoelde wederkerige afhankelijkheid aan elk aansprakelijkheidssysteem een compensatiedoelstelling ten grondslag ligt. De verwezenlijking van de compensatiedoelstelling wordt echter niet actief nagestreefd. Dat wil zeggen dat de verwezenlijking van deze doelstelling pas op de voorgrond treedt, indien zich in een concreet geval daadwerkelijk schade heeft voorgedaan en een benadeelde de vergoeding daarvan vordert. Het systeem van met elkaar vergroeide regels over aansprakelijkheid en schadevergoeding werkt met het oog op de verwezenlijking van het compensatiedoel dus, met andere woorden, *ex post* en ‘*on demand*’.

De zelfstandige compensatiefunctie kan ook langs een andere weg worden beargumenteerd. Wie van mening is dat aan een aansprakelijkheidssysteem enkel een preventiedoelstelling ten grondslag ligt, komt in de knel indien blijkt dat dit systeem tekortschiet in de verwezenlijking van deze doelstelling. Het ontkennen van de compensatiefunctie leidt dan immers tot de merkwaardige conclusie dat men het betreffende aansprakelijkheidssysteem beter kan afschaffen en kan vervangen voor een instrument dat met het oog op de preventie wel doeltreffend is. Het ligt dan eerder voor de hand de beperkte preventieve werking van het aansprakelijkheidssysteem te erkennen en met het oog op de preventie andere instrumenten in te zetten. Wie toch meent dat aan een aansprakelijkheidssysteem een preventiedoel ten grondslag ligt, aanvaardt in mijn ogen dus tevens de compensatie als secundaire, maar desalniettemin zelfstandige doelstelling. Daarmee is ook de rangorde tussen beide functies van het aansprakelijkheidsrecht bepaald: preventie gaat voor compensatie, maar de compensatiedoelstelling treedt als ‘*second best*’-oplossing op de voorgrond, indien het aansprakelijkheidssysteem faalt in de verwezenlijking van de preventiedoelstelling en herstel in de oude toestand niet meer mogelijk is. Dit betekent overigens – anders dan in verband met de compensatiedoelstelling – niet dat aan elk aansprakelijkheidssysteem zonder meer een preventiedoelstelling ten grondslag ligt. Dat moet per systeem worden bepaald.³⁶

35 Zie Lindenbergh 2008, p. 8-9.

36 Zie paragraaf 9.3.4.

9.2.4. De juridische discussie over de preventiefunctie

Sinds aan het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw ook in Nederland discussie ontstond over de functies van het aansprakelijkheidsrecht, neemt de preventiefunctie in het privaatrechtelijke debat een prominente positie in. De aandacht voor de preventiefunctie in de juridische literatuur loopt – niet verwonderlijk – op met de in ons land toenemende belangstelling voor de rechtseconomie, die deze functie als uitgangspunt neemt.³⁷ Dit debat laat zich door de jaren heen globaal kenmerken door grootse verwachtingen en diepe twijfels. Grootse verwachtingen, omdat er met het aansprakelijkheidsrecht als effectief preventiemechanisme nogal wat valt te winnen, althans nogal wat leed en verlies valt te voorkomen. Maar dus ook diepe twijfels, vooral omdat er na jaren van theorievorming nog steeds weinig overtuigend empirisch bewijs voorhanden is voor de daadwerkelijke mate van preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.³⁸ Hieronder geef ik een objectief en chronologisch overzicht van de discussie die in de juridische literatuur over de preventiefunctie is gevoerd. Het debat laat zich in mijn ogen grofweg opdelen in twee fasen: de ‘vroeg’ discussie die in een tamelijk zuivere vorm ging over de functies van het aansprakelijkheidsrecht en over de positie van die functies ten opzichte van elkaar, en de recentere discussie over de *ex-antehandhaving* van rechtsregels door middel van (onder meer) het aansprakelijkheidsrecht.³⁹ Ik beschouw de tweede fase als aftakking van de eerste; het privaatrechtelijke ‘handhavingsdebat’ takt af van en bouwt voort op het vroeger preventiedebat en het debat over de functies van het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁰ Ik doe in paragraaf 9.2.4.3 aanbevelingen ter ‘verrijking’ van het preventiedebat. Die aanbevelingen zijn in lijn met de eerdere ontwikkelingen binnen de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht en bouwen daar deels op voort. Men zou wat dat betreft dus kunnen spreken van de inluiding van een derde fase in het debat.

9.2.4.1. Het ‘vroeg’ juridische debat over de preventiefunctie

Een voorloper in het juridische debat over preventie was Wertheim, die reeds in 1930 wees op het belang van de gedragsbeïnvloedende werking van rechtsregels op macro-niveau (generale preventie). Deze werking beschouwde hij als de voornaamste functie

³⁷ Zie paragraaf 9.2.5.

³⁸ Deze klacht hoort men bijvoorbeeld bij Vranken 2005, p. 54.

³⁹ De *ex-antehandhaving* dient nadrukkelijk te worden onderscheiden van de *ex-posthandhaving*. In het eerste geval gaat het om de handhaving van de naleving van rechtsregels, *voordat* zich een normschending en dientengevolge schade voordoet. In het tweede geval gaat het om het herstel in de oude situatie, *nadat* schade is ingetreden, bij voorkeur door de maatschappelijk onwenselijke situatie terug te draaien, maar indien dat niet meer mogelijk is door middel van een (financiële) compensatie.

⁴⁰ Het is van belang onderscheid te maken tussen *privaatrechtelijke* en *bestuursrechtelijke* handhaving. Beide vormen van handhaving kunnen een *ex-ante*- dan wel een *ex-post*werking (beogen te) hebben, maar daartoe staan per rechtssysteem sterk uiteenlopende instrumenten ter beschikking. Waar ik hieronder de term ‘handhaving’ gebruik, bedoel ik – tenzij anders vermeld – de privaatrechtelijke handhaving door middel van het aansprakelijkheidsrecht, in het bijzonder door middel van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. De bestuursrechtelijke handhaving laat ik in dit proefschrift buiten beschouwing.

van het (aansprakelijkheids)recht.⁴¹ Visscher merkt op dat Wertheim daarbij overigens wel streefde naar *maximale* preventie, zonder zich daarbij voldoende rekenschap te geven van de wellicht ondraaglijke kosten daarvan.⁴² De rechtseconomie streeft daarentegen naar *optimale* preventie, waarbij de kosten van preventie opwegen tegen het maatschappelijk nut dat daarmee wordt gediend. Ik kom hieronder nog kort terug op die benadering. Hoewel er in het (huidige) juridische debat geen aanwijzingen zijn te vinden dat men streeft naar de uitbanning van maatschappelijk onwenselijke situaties (maximale preventie), komt daarin ook niet duidelijk naar voren welk niveau van preventie men voor ogen heeft. Ik ga ervan uit dat ook vanuit de juridische benadering wordt gestreefd naar een zeker optimaal preventieniveau. Dat hoeft overigens niet hetzelfde niveau te zijn als het optimale niveau dat met de rechtseconomische benadering wordt nagestreefd.

Zoals gezegd, beschouwt Bloembergen de compensatie van schade als de belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht. Hij ontkent echter niet dat dreigende aansprakelijkheid ook een preventieve werking kan hebben, zij het dat hij waarschuwt tegen de overschatting van deze werking.⁴³ Hij beschouwt preventie dus niet als zelfstandige functie van het aansprakelijkheidsrecht, maar als een beperkt en onzeker neveneffect. Lindenbergh stelt later in een bewerking van het werk van Bloembergen dat compensatie van de schade slechts in beeld komt wanneer de preventie kennelijk niet is geslaagd. Het schadevergoedingsrecht is volgens hem echter niet (in)gericht op preventie, waarmee hij overigens geenszins ontkent dat generale preventie een gunstig neveneffect kan zijn van dreigende aansprakelijkheid.⁴⁴

Van Dam ziet een duidelijke preventiefunctie weggelegd voor het aansprakelijkheidsrecht, maar onderscheidt daarnaast ook straf, verbod en nog vele andere factoren die kunnen bijdragen aan het voorkomen van schade. Met het oog op aansprakelijkheid wegens de schending van de zorgvuldigheidsnorm stelt hij dat hiervan een *generale* en *speciale* preventie kan uitgaan.⁴⁵ Hij richt zich hoofdzakelijk op de generale preventie, en stelt dat deze in juridisch opzicht pas effectief kan zijn wanneer de zorgvuldigheidsnorm zelf, alsmede het mogelijke gevaar dat normschending in zich draagt, kenbaar is. Daarnaast dient de zorgvuldigheidsnorm bij voorkeur specifiek te zijn omschreven.⁴⁶ Vervolgens stelt Van Dam dat naast de kenbaarheid ook de aard van de gedraging een belangrijke rol speelt bij de effectiviteitsbeoordeling van de preventieve werking van de zorgvuldigheidsnorm. Hij onderscheidt routinematige gedragingen van vaak eenmalige gedragingen waarbij de mogelijkheid heeft bestaan weldoordachte afwegingen te maken. Het grootste effect van de preventieve werking verwacht hij bij laatstgenoemde soort gedragingen, en noemt met name gedragingen van grotere organisaties, zoals bedrijven, instellingen en de overheid.⁴⁷

41 Zie Wertheim 1930, p. 24-25. Voor een bespreking hiervan zie Kerkmeester 1999, p. 5.

42 Zie Visscher 2006, p. 16.

43 Zie Bloembergen 1982, p. 6.

44 Zie Lindenbergh 2008, p. 12.

45 Zie Van Dam 1989, p. 215.

46 Zie Van Dam 1989, p. 216-217.

47 Zie Van Dam 1989, p. 217-218.

In 1997 verschenen twee oraties in drukvorm, waarin onder meer werd ingegaan op de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Het betreft de redevoeringen van Nieuwenhuis (uitgesproken op 5 november 1996) en Hartlief (uitgesproken op 5 september 1997).⁴⁸ Nieuwenhuis stelt dat niet mag worden berust in het postmoderne ‘paralogisme’ van de onverenigbaarheid van functies van het aansprakelijkheidsrecht. Als kerndoelen van het aansprakelijkheidsrecht noemt hij preventie, vergoeding en spreiding, maar laatstgenoemd doel schrijft hij weg als ‘dienstbaar aan de beide andere doelen’.⁴⁹ Vervolgens tracht hij met betrekking tot de preventie- en de compensatiedoelstelling de rangorde te bepalen.⁵⁰ Vroeg in zijn betoog noemde hij de preventie al het aantrekkelijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht;⁵¹ later plaatst hij die functie – ondanks mogelijke hinderlijke doorkruisingen – letterlijk en figuurlijk vóór de compensatiefunctie. Het op een vroeg tijdstip voorkomen van schade is immers beter dan het vergoeden daarvan achteraf.⁵²

Hartlief bewijst zich ervan bewust te zijn dat de vraag welke functies het aansprakelijkheidsrecht dient, in de tijd verschillend wordt beantwoord. Anno 1997 onderscheidt hij de compensatie, de preventie, de spreiding en de kostenallocatie.⁵³ Hij neemt wat betreft het bepalen van een rangorde op het eerste gezicht een minder stellige positie in dan Nieuwenhuis. Bij de bespreking van de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht stelt hij echter dat, waar aansprakelijkheidsregels een aanmoediging tot zorgvuldigheid zijn, de preventie veel belangrijker is dan de vergoeding van schade.⁵⁴ Vervolgens erkent hij dat veel juristen openlijk twijfelen aan de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Aan deze twijfel werpt hij tegen dat ook (of in elk geval de uit het onrechtmatigedaadsrecht te distilleren) aansprakelijkheidsregels gedragsregels zijn. Daaruit concludeert hij dat men vanuit die optiek moeilijk vraagtekens kan plaatsen bij de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁵ In een voetnoot lijkt hij zich voorts aan te sluiten bij het betoog van Nieuwenhuis, dat de preventiefunctie de belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht is. Volgens Hartlief betekent deze stellingname overigens niet dat men als jurist de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht omhelst.⁵⁶

9.2.4.2. Het recentere juridische debat over de *ex-antehandhaving* van rechtsregels

Van Boom geeft in 2006 met zijn betoog over *effectuerend handhaven* de discussie over preventie een andere insteek.⁵⁷ Hij ziet tekortkomingen in de handhaving van (vooral

48 Zie Nieuwenhuis 1997 resp. Hartlief 1997. Beiden noemen en bespreken overigens ook de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht.

49 Zie paragraaf 9.2.2.1.

50 Zie Nieuwenhuis 1997, p. 18.

51 Zie Nieuwenhuis 1997, p. 13.

52 Zie Nieuwenhuis 1997, p. 18-19.

53 Zie Hartlief 1997, p. 16-17.

54 Zie Hartlief 1997, p. 19-20.

55 Zie Hartlief 1997, p. 20-21.

56 Zie Hartlief 1997, p. 21.

57 Zie Van Boom 2006, en Van Boom 2007.

privaatrechtelijke) rechtsregels. Dit is volgens hem het gevolg van slecht effectuerende of ondoelmatige handhavingsinstrumenten. Dergelijke instrumenten zijn in zijn ogen namelijk pas effectuerend als zij bijdragen aan de verwezenlijking van de aan de rechtsregel ten grondslag liggende doelstellingen, dus wanneer zij bijdragen aan de naleving van de rechtsregel.⁵⁸ De huidige handhavingsinstrumenten, waaronder de schadevergoeding, hebben volgens Van Boom een te sterk *ex-post* karakter en leggen te zeer de nadruk op herstel in concrete situaties.⁵⁹ Deze drie gemeenschappelijke kenmerken van huidige handhavingsinstrumenten vormen in zijn ogen dan ook de voornaamste oorzaken van het *handhavingsdeficit*. Om dit tekort terug te dringen tot voor hem aanvaardbare proporties, stelt Van Boom bij wijze van experiment in de eerste plaats voor ernaar te streven sterkere *ex-post* prikkels voor *ex-ante* naleving te laten uitgaan van het schadevergoedingsinstrument, zo nodig door middel van het invoeren van ‘*post facto incentive damages*’.⁶⁰ Daarnaast zoekt hij oplossingen in het stimuleren van effectuerende collectieve acties en het doelmatiger inzetten van *ex-ante* handhavingsinstrumenten, zoals gebods- en verbodsacties.⁶¹ Wanneer de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid tekortschiet, zo lijkt Van Boom te stellen, dient men niet te schromen te grijpen naar andere instrumenten met een duidelijker *ex-ante* karakter.

Kortmann ziet wellicht, zo blijkt uit zijn oratie van 14 november 2008, de minste heil in de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.⁶² Hij beschrijft achtereenvolgens de opkomst van de instrumentalistische benadering van het aansprakelijkheidsrecht in de Verenigde Staten en Europa.⁶³ Daarna bespreekt hij de ontwikkelingen in Nederland, waarbij hij stelt dat de instrumentalistische benadering ook hier, zij het vooralsnog in bescheiden mate, voet aan de grond heeft gekregen.⁶⁴ Vervolgens geeft hij vier argumenten tegen het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als systeem voor de *ex-ante* handhaving van rechtsregels. In de eerste plaats bestaat er in zijn ogen geen noodzaak het aansprakelijkheidsrecht in te zetten als handhavingsinstrument, omdat er reeds goede en flexibele publiekrechtelijke handhavingsinstrumenten voorhanden zijn. Wanneer publiekrechtelijke handhavingsmechanismen falen, stelt hij dat juist de werking van deze instrumenten moet worden verbeterd, in plaats van te grijpen naar privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten.⁶⁵ Voorts stelt hij dat het lastig is ‘private handhavers’ onder controle te houden en dat handhaving door middel van het aansprakelijkheidsrecht zeer kostbaar is. Ten slotte meent hij dat de handhaving door middel van het aansprakelijkheidsrecht het vervolgings- en bestraffingsmonopolie van de staat ondermijnt.⁶⁶ Kortmann acht de instrumentalistische benadering dan ook

58 Zie Van Boom 2006, p. 7-11, en Van Boom 2007, p. 983-984.

59 Zie Van Boom 2006, p. 12-14, en Van Boom 2007, p. 985.

60 Zie Van Boom 2006, p. 35-37. In Van Boom 2007 (p. 989) duidt hij deze vorm van punitieve vergoeding – om dat beladen woord te vermijden – aan als ‘effectuerende vergoeding’. Ook anderen betogen zich in navolging van Van Boom in geval van handhavingstekorten in beginsel voorstander van het opvoeren van de financiële druk in de vorm van *punitive damages*, zoals Hartlief 2007, p. 915.

61 Zie Van Boom 2006, p. 35-47, en Van Boom 2007, p. 988-991.

62 Zie Kortmann 2009.

63 Zie Kortmann 2009, p. 7-11 resp. p. 11-14.

64 Zie Kortmann 2009, p. 15-16.

65 Zie Kortmann 2009, p. 19.

66 Zie Kortmann 2009, p. 20-23.

verwerpelijk en stelt voor de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht te omarmen. Het aansprakelijkheidsrecht is geen *ex-antehandhavingsinstrument*, maar bij uitstek een mechanisme om compensatie te verzekeren.⁶⁷

Keirse toont zich, in tegenstelling tot Kortmann, een groot voorstander van de preventiefunctie. In haar inaugurele rede van 13 januari 2009 introduceert zij de zogenoemde rechtens afdwingbare *schadevoorkomingsplicht* in het verbintenissenrecht,⁶⁸ waarmee zij in grote lijnen voortbouwt op het betoog van Van Boom.⁶⁹ In een latere bijdrage werkt zij deze verplichting nader uit binnen de kaders van het aansprakelijkheidsrecht.⁷⁰ Zij stelt dat het privaatrecht inboet aan doelmatigheid, doordat de privaatrechtelijke blik hoofdzakelijk is gericht op het verleden en daardoor te zeer de rechten van individuele benadeelden centraal stelt.⁷¹ Daarnaast is het verbintenissenrecht volgens haar niet altijd voldoende effectuerend, omdat het oog in de huidige benadering te veel rust op specifieke casus.⁷² Daarom benadrukt zij de noodzaak de aandacht te verleggen van de rechten van de gelaedeerde naar de plichten van de potentiële laedens, en deze daarmee in tijd naar voren te halen.⁷³

Keirse ontkent voorts niet dat het aansprakelijkheidsrecht voor een individuele benadeelde een compensatiefunctie dient, maar zij waarschuwt ervoor dat hieruit niet zonder meer moet worden afgeleid dat het aansprakelijkheidsrecht op institutioneel niveau de vergoeding van schade ten doel heeft. Het gaat in haar ogen veeleer om een zoektocht naar de gevallen waarin schade had moeten worden voorkomen. De grondslag van de aansprakelijkheid moet dus worden gevonden in de vermijdbaarheid van schade;⁷⁴ door te veel *post facto* te oordelen, laat men immers kansen van preventie liggen.⁷⁵ Het *voorkomen* van schade staat aldus Keirse centraal in Boek 6 van ons Burgerlijk Wetboek. Is het kwaad reeds geschied, dan rust op de laedens vervolgens een verplichting de schade zo veel mogelijk te *beperken*. Pas in het uiterste geval dient de schade te worden *vergoed*, waarmee de schadevergoeding in wezen een secundaire verplichting inhoudt.⁷⁶ Zodoende heeft Keirse kennelijk een duidelijke, hoofdzakelijk op tijd gebaseerde, rangorde tussen de preventie- en compensatiefunctie voor ogen. Wat betreft de preventie schrijft zij overigens een groot belang toe aan een doelmatig gebruik van de mogelijkheid tot het verkrijgen van een rechterlijk gebod of bevel op grond van art. 3:296 BW.

67 Zie Kortmann 2009, p. 23. Voor kritiek op het betoog van Kortmann, zie Giesen 2009, p. 309-311.

68 Zie Keirse 2009, p. 95-104. Deze bijdrage betreft een bewerking van haar oratie.

69 Zie Van Boom 2006.

70 Zie Keirse 2010, p. 1-26.

71 Zie Keirse 2009, p. 95-96, en Keirse 2010, p. 3-5.

72 Zie Keirse 2009, p. 97, en Keirse 2010, p. 3.

73 Zie Keirse 2009, p. 98, en Keirse 2010, p. 4-6.

74 Zie Keirse 2009, p. 99-100.

75 Zie Keirse 2010, p. 3. Op p. 6-7 stelt Keirse letterlijk: 'Preventie moet als functie van het aansprakelijkheidsrecht worden erkend.'

76 Zie Keirse 2009, p. 100.

9.2.4.3. Aanbevelingen ter verrijking van het preventiedebat

Een tweeledig eenzijdige discussie

In het recente juridische debat wordt de preventiefunctie steeds vaker genoemd als aantrekkelijk(st)e functie van het aansprakelijkheidsrecht. De nadruk ligt daarbij op het wegnemen van een zeker handhavingstekort dat wordt veroorzaakt door systeemfalen. Om dit tekort weg te nemen, zijn recentelijk door verschillende auteurs – met name Van Boom en Keirse – voorstellen tot verbetering gedaan.⁷⁷ De teneur van deze voorstellen is in grote lijnen dat men voor een effectuerende handhaving van rechtsregels sterkere nadruk dient te leggen op de *ex-antewerking* van handhavingsinstrumenten. Voor het aansprakelijkheidsrecht betekent dit vooral dat men de gebruikelijke eenzijdige focus op de (*ex post*) bescherming van gelaedeerden moet verleggen naar de (*ex ante*) verplichtingen van potentiële schadeveroorzakers. De regelmatig gehoorde leus die deze ontwikkeling kenmerkt, is dan ook: ‘Schade voorkomen is beter dan schade vergoeden.’ Ik sluit me van harte aan bij dit algemene adagium.⁷⁸ Wel valt er mijns inziens op de weg van ontwikkelingen in verschillende opzichten nog vooruitgang te boeken, zoals ook Giesen – overigens in breder verband – lijkt voor te houden bij het opmaken van een ‘nieuwe tussenstand’.⁷⁹ Ik betoog hieronder dat de focus van het huidige debat tweeledig eenzijdig is. Dat is nadrukkelijk geen verwijt, juist omdat hierdoor kansen tot verrijking van het debat en dus tot wetenschappelijke vooruitgang aan het licht zijn gekomen.

Met de tweeledig eenzijdige focus van het preventiedebat bedoel ik in de eerste plaats dat dit hoofdzakelijk wordt gevoerd in de privaatrechtelijke literatuur, en dan hoofdzakelijk de literatuur op het terrein van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. De functionele benadering lijkt, met andere woorden, vooral op dat terrein van het aansprakelijkheidsrecht tot ontwikkeling te zijn gekomen. De functionele benadering is in veel minder sterke mate tot ontwikkeling gekomen binnen het *overheidsaansprakelijkheidsrecht* en de daarbinnen te onderscheiden leerstukken, zoals dat van de onrechtmatige overheidsdaad en dat van de nadeelcompensatie. Daarmee hangt, in de tweede plaats, nauw samen dat het preventiedebat bovendien eenzijdig is, omdat de nadruk wat betreft de preventieve werking sterk ligt op het gedrag van natuurlijke personen. Het gedrag van (publiekrechtelijke) rechtspersonen blijft – enkele uitzonderingen daargelaten – onderbelicht, of wordt in algemene bronnen, meestal onbedoeld en impliciet, op één lijn gesteld met dat van natuurlijke personen, doordat wordt nagelaten expliciet onderscheid te maken tussen soorten actoren. Hierin schuilt een gevaar van misleidende generalisatie, doordat theorieën over gedragsbeïnvloeding door dreigende aansprakelijkheid wellicht een te breed toepassingsbereik worden toegedicht, zonder dat oog bestaat voor mogelijke of noodzakelijke nuances. Op beide punten kunnen aanbevelingen worden gedaan tot verrijking van het debat.

77 Voor een nadere uiteenzetting van de status quo (anno 2009) en nieuwe ontwikkelingen in het debat over de handhaving van rechtsregels, zie Giesen 2009, p. 308-318.

78 In paragraaf 9.3 ga ik nader in op het preventieeerstuk en tevens op de vraag welke doelstellingen ten grondslag liggen aan de verschillende aansprakelijkheidssystemen.

79 Zie Giesen 2009, p. 325-326.

Verrijking 1: vermeerderde aandacht voor het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad binnen het preventiedebat

Het is niet vreemd dat het preventiedebat hoofdzakelijk is gevoerd en tot ontwikkeling is gekomen binnen de privaatrechtelijke literatuur. Het aansprakelijkheidsrecht is namelijk van origine een privaatrechtelijk rechtsgebied. Dat het gaandeweg ook binnen publiekrechtelijke rechtsverhoudingen een steeds belangrijker rol is gaan spelen, doet aan dat karakter niet af. De verlegging van het onderwerp van debat van ‘preventie’ naar ‘handhaving’ betekent dat de preventiefunctie in mijn ogen terecht en definitief is erkend als zelfstandige functie van het aansprakelijkheidsrecht. De verschijning van het waardevolle boek *Handhaving van en door het privaatrecht*⁸⁰ in 2009 is daarvan wellicht het beste voorbeeld. Daarmee is echter evenzeer een nog zwaardere privaatrechtelijke stempel op het debat gedrukt. In deze ontwikkeling is in mijn ogen wel een belangrijke kans laten liggen. Engelhard stelt in de inleiding van de genoemde bundel dat daarin de privaatrechtelijke handhaving van zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtsregels aan de orde komt.⁸¹ Het boek voorziet inderdaad in een bijdrage over de handhaving van tot burgers gerichte publiekrechtelijke rechtsregels,⁸² maar een bijdrage over de handhaving van *tot de overheid gerichte publiekrechtelijke rechtsregels* ontbreekt. Het aansprakelijkheidsrecht kan echter ook een rol spelen bij de handhaving van dergelijke rechtsregels. Het verdient daarom aanbeveling het handhavingsdebat te verrijken door binnen de kaders daarvan zowel vanuit privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke perspectief meer aandacht te schenken aan het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.⁸³ Aan dit leerstuk wordt in de huidige literatuur in inhoudelijk opzicht veel aandacht geschonken, maar de functionele benadering is op dit terrein nog niet ten volle doorgedrongen.

Verrijking 2: een parallel debat over de effecten en doelstellingen van aansprakelijkheidssystemen die niet strekken tot de ex-antehandhaving van rechtsregels

Hierboven stelde ik reeds vaker dat de aandacht in het preventiedebat welhaast volkomen rust op het onrechtmatigedaadsrecht. Zo sterk zelfs dat velen, bewust of onbewust, het aansprakelijkheidsrecht noemen, waar zij het onrechtmatigedaadsrecht bedoelen. Dit is in mijn ogen onzuiver, hoewel niet altijd onbegrijpelijk en ook niet per se problematisch. Met de verlegging van het discussieonderwerp van ‘preventie’ naar ‘handhaving’ is de eenzijdige focus op het onrechtmatigedaadsrecht versterkt, maar ook deels gerechtvaardigd. Het gaat in die discussie (naast het voorkomen van schade) immers over het bevorderen van de naleving van rechtsregels, en het onrechtmatigedaadsrecht kan daartoe een waardevol instrument zijn, óók wanneer het bestuursrechtelijke rechtsregels betreft. Toch zijn hierdoor andere aansprakelijkheids-

80 Zie Engelhard e.a. 2009.

81 Zie Engelhard 2009, p. 13.

82 Zie Jurgens, Duijkersloot & Widdershoven 2009.

83 Zie op het terrein van de gedragingen van toezichhouders bijvoorbeeld Van Rossum 2001; Giesen 2004; Giesen 2005; Hartlief 2005, onder het kopje ‘Wie zal de wachters bewaken?; Van Dam 2006, p. 138-140; Busch 2010; Busch 2011; en Dijkstra & Visscher 2012. Zie op terrein van de gedragingen van waterbeheerders Gilissen & Schueler 2012.

systemen, die niet duidelijk strekken tot de handhaving van rechtsregels, buiten de discussie komen te vallen. Daarom stelde ik ook dat het handhavingsdebat dient te worden beschouwd als vertakking van het preventiedebat, terwijl er nadrukkelijk ruimte is voor nieuwe vertakkingen. Het kan immers niet op voorhand worden uitgesloten dat van de bedoelde aansprakelijkheidssystemen wel degelijk een gedragsbeïnvloedende werking uitgaat. Mijn tweede aanbeveling tot verrijking van het preventiedebat luidt daarom om – parallel aan de discussie over de handhaving van rechtsregels door middel van het onrechtmatigedaadsrecht – een nieuwe debat in gang te zetten over de doelstellingen en mogelijke gedragseffecten van andere aansprakelijkheidssystemen, zoals dat van de nadeelcompensatie.⁸⁴ Aan dergelijke systemen wordt in de literatuur in materieel opzicht veel aandacht geschonken, maar ook hier is de functionele benadering nog niet doorgedrongen tot het wetenschappelijke debat.

Verrijking 3: meer nadruk op empirie en (waar nodig) nuancering van de theorie

Ten slotte wees ik op de onzuiverheid van een te brede toepassing van theorieën over gedragsbeïnvloeding en de overgeneralisatie van (schaarse) onderzoeksresultaten in dat verband. Men dient ervoor te waken dat men niet te gauw voorbijgaat aan het (belang van) onderscheid tussen de gedragingen van natuurlijke personen en die van rechtspersonen, aangezien niet kan worden uitgesloten dat rechtspersonen onder min of meer gelijke omstandigheden anders reageren op dreigende aansprakelijkheid, dan natuurlijke personen. Ook het nadere onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen kan om diezelfde reden van belang zijn, en zelfs binnen die subcategorieën is het niet onwaarschijnlijk dat zich verschillen voordoen. Ik meen daarom dat vooral degene die onderzoek wil verrichten naar de effecten van dreigende aansprakelijkheid op de gedragingen van overheidsorganen zich terdege bewust dient te zijn van dit onderscheid.⁸⁵ Er dient rekening mee te worden gehouden dat deze theorieën – voor zover zij al worden ondersteund door empirisch bewijs⁸⁶ – zich wellicht niet of niet zonder nadere nuancering laten toepassen in verband met overheidsgedragingen. Op dit punt kunnen twee samenhangende aanbevelingen worden gedaan. Om erachter te kunnen komen in hoeverre het ‘traditionele’ preventieelstuk ook in algemene zin kan worden toegepast binnen het overheidsaansprakelijkheidsrecht, dient in de praktijk te worden getoetst in hoeverre dit leerstuk op dat terrein reeds een min of meer betrouwbare weerspiegeling van de werkelijkheid vormt. Het verdient dus in de eerste plaats aanbeveling om – óók in algemene zin – met dit leerstuk als uitgangspunt empirisch onderzoek te verrichten naar de mate waarin dreigende aansprakelijkheid daadwerkelijk van invloed is op de gedragingen van overheidsorganen. Zodra daaruit duidelijk blijkt dat de praktijk in een andere

84 Zie wat dat betreft bijvoorbeeld Gilissen & Schueler 2012. Zie ook paragraaf 9.3.4.2 en paragraaf 9.4.

85 Uiteraard zijn er wel auteurs die op dit onderscheid wijzen en zich – soms kort, soms aandachtiger – richten op de preventieve werking van overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zie bijvoorbeeld Van Dam 1989, p. 218; Barendrecht 2002; Hartlief 2005; en Gilissen & Schueler 2012.

86 Vanuit de rechtseconomie wordt aan deze behoefte het laatste decennium overigens steeds meer tegemoetgekomen. De nadruk ligt ook binnen dat vakgebied echter sterk op het gedrag van natuurlijke personen. Voor een steeds vollediger overzicht, zie Dewees, Duff & Trebilcock 1996; Visscher 2002; Visscher 2006; en Van Velthoven 2009.

richting wijst, dan dient men voorts niet te schromen de preventietheorie binnen de kaders van het overheidsaansprakelijkheidsrecht te verwerpen, dan wel op een passende wijze te nuanceren. Men beseft dat dit geen ‘halve dag werk’ is. Op dat punt ligt echter wel een belangrijke wetenschappelijke uitdaging voor de komende periode, ook met het oog op de aanbevelingen die ik hierboven deed. In hoofdstuk 10 doe ik verslag van mijn onderzoeksinspanningen te dien aanzien.⁸⁷

9.2.5. De functies van het aansprakelijkheidsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief

In de rechtseconomische literatuur bestaat, in tegenstelling tot in de juridische, betrekkelijk weinig discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht of de doelstellingen van aansprakelijkheidssystemen.⁸⁸ Dat kan worden verklaard, doordat in de (rechts)economie de maximalisering van de maatschappelijke welvaart als analysekader op de voorgrond staat. Naast andere gedragsbeïnvloedingssystemen kan het aansprakelijkheidsrecht bijdragen aan de welvaartsmaximalisering door de juiste prikkels af te geven om de maatschappelijke kosten van schadeveroorzakende gebeurtenissen te minimaliseren. Deze prikkels kunnen bepaald maatschappelijk ongewenst gedrag ontmoedigen, of juist stimuleren tot zorgvuldigheid bij bepaalde gedragingen. Het maximale niveau van maatschappelijke welvaart ligt in de rechtseconomische visie op het punt waar de som van de zorgkosten en de verwachte schade minimaal is.⁸⁹ Schadepreventie speelt dus een fundamentele rol in de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht. Preventie en welvaartsmaximalisering liggen immers in elkaars verlengde. In de rechtseconomie wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen verschillende (soorten) aansprakelijkheidssystemen. Er zijn echter geen aanwijzingen dat de rechtseconomie aan deze systemen verschillende doelstellingen toedicht; deze systemen worden elk verklaard vanuit de hypothese dat daaraan, met het oog op welvaartsmaximalisering, een preventiedoelstelling ten grondslag ligt.

Dit roept de vraag op welke rol de compensatie van schade speelt binnen de rechtseconomie. Is de compensatie slechts een interessant thema voor epimethisch geaarde juristen? De feitelijke vergoeding van schade draagt niet rechtstreeks bij aan het bereiken van een maximaal maatschappelijk welvaartsniveau. Het gaat immers om zogenoemde ‘verzonken kosten’; de schade kan niet meer ongedaan worden gemaakt, anders dan door een vergoeding. Die compensatie behelst onvermijdelijk maatschappelijke kosten.⁹⁰ Daarom wordt aan de schadevergoeding als zelfstandige functie of doelstelling in de rechtseconomie weinig belang toegekend. Wel kan een (positieve)

⁸⁷ Zie wat dat betreft tevens Gilissen & Schueler 2012.

⁸⁸ Zie voor algemene literatuur bijvoorbeeld Landes & Posner 1981, p. 851-921; Landes & Posner 1987; Holzhauser & Teijl 1995, p. 119-144; Teijl & Holzhauser 1997, p. 37-86 en 227-301; Kanning & Kerkmeester 2008; Visscher 2006; Posner 2007, p. 167-212; en Cooter & Ulen 2008, p. 322-413.

⁸⁹ Zie ter illustratie de grafiek in figuur 8.3 in Cooter & Ulen 2008, p. 336. Hieruit blijkt dat het in de rechtseconomie vooral gaat om de totale omvang van de welvaart, en niet zozeer om de al dan niet rechtmatige verdeling daarvan. Zie Visscher 2006, p. 21.

⁹⁰ Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 68.

economische analyse erop zijn gericht de effectiviteit van aansprakelijkheidssystemen te onderzoeken met het oog op de compensatie van schade. Dit kan een zelfstandig analytisch doel dienen, bijvoorbeeld het vergelijken van de effectiviteit van een aansprakelijkheidssysteem ten opzichte van andere compensatiemechanismen. Hierop kunnen vervolgens normatieve uitspraken worden gedaan over de wenselijkheid van de inrichting en toepassing van aansprakelijkheidssystemen. Ook kunnen aan de hand van dergelijke analyses indirecte uitspraken worden gedaan over de (verwachte) preventieve werking van dergelijke systemen.

De dreiging van een compensatieverplichting draagt in de economische veronderstelling wel bij aan het bereiken van dat economisch wenselijke niveau. Deze kan potentiële schadeveroorzakers stimuleren tot zorgvuldigheid, waardoor de maatschappelijke kosten van schadeveroorzakende gebeurtenissen worden geminimaliseerd. Daarom wordt de compensatie in de rechtseconomie wel aangeduid als secundaire en dienstbare doelstelling van een aansprakelijkheidssysteem,⁹¹ en soms als middel in plaats van doel.⁹² Duidelijk is dat de blik in de rechtseconomie hoofdzakelijk is gericht op potentiële schadeveroorzakers, niet op potentiële slachtoffers.⁹³ Daarom wordt soms gesteld dat het vanuit economisch oogpunt niet uitmaakt of het slachtoffer of een ander (de staat, een fonds) uiteindelijk de schadevergoeding ontvangt, zolang de dreigende aansprakelijkheid maar een generaal afschrikwekkend effect heeft.⁹⁴ Dit is echter slechts een theoretische juistheid. Voor de effectiviteit van aansprakelijkheidssystemen als preventiemechanisme is het feitelijk uitkeren van schadevergoeding aan het slachtoffer wel degelijk noodzakelijk. Gelaedeerden dienen immers te worden geprikkeld om vorderingen in te dienen, teneinde 'de machine' in werking te zetten en te houden.⁹⁵

Rechtseconomen beschouwen de preventie van schade dus gewoonlijk als belangrijkste doelstelling van aansprakelijkheidssystemen, en compensatie als secundaire of faciliterende. Zodoende kan worden gesteld dat de compensatiefunctie vanuit rechtseconomisch perspectief altijd ondergeschikt is aan de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht. Dit valt te begrijpen vanuit het streven naar welvaartsmaximalisering. Rechtseconomen kunnen in mijn ogen overigens probleemloos aanvaarden dat aan bepaalde aansprakelijkheidssystemen primair een compensatiedoelstelling ten grondslag ligt, en dat dergelijke systemen preventie als neveneffect kunnen hebben, ook zonder hun theorieën en modellen in de ban te doen. Dit sluit namelijk niet uit dat dergelijke systemen overeenkomen met de uitgangspunten van de rechtseconomie. Een en ander weerhoudt rechtseconomen er niet van aansprakelijkheidssystemen te onderwerpen aan een economische analyse. Zo zijn verschillende rechtsregels, aansprakelijkheidssystemen en rechterlijke uitspraken⁹⁶ verklaard vanuit

91 Zie Teijl & Holzauer 1997, p. 232.

92 Zie bijvoorbeeld Faure & De Mot 2012, p. 81-82; Visscher 2006, p. 12-13; en Faure 1991, p. 52.

93 Vgl. het standpunt dat Keirse als jurist inneemt. Zie Keirse 2010.

94 Zie bijvoorbeeld Teijl & Holzauer 1997, p. 232.

95 Zie Posner 2007, p. 192.

96 Zie bijvoorbeeld Kerkmeester & Holzauer 1999.

rechtseconomische uitgangspunten,⁹⁷ en zijn waar nodig aanbevelingen gedaan om deze systemen anders toe te passen of in te richten.⁹⁸ Men dient zich er echter wel van bewust te zijn dat het rechtseconomisch perspectief – zoals verwoord in de bekende beeldspraak – slechts ‘*one view of the cathedral*’ biedt, en niet de kathedraal zelf en evenmin de grondvesten daarvan vormt.⁹⁹

9.2.6. Tussenconclusies

In de privaatrechtelijke literatuur is de laatste decennia veel discussie gevoerd over de functies van het aansprakelijkheidsrecht. In die discussie zijn gaandeweg de compensatie en de preventie als belangrijkste functies van het aansprakelijkheidsrecht komen bovendien. De nadruk is vervolgens steeds meer komen te liggen op de preventiefunctie als meest aantrekkelijke functie van het aansprakelijkheidsrecht. Daar valt veel voor te zeggen, maar dat betekent niet dat de compensatiefunctie moet worden ontkend. Ik zie geen belemmering beide functies te aanvaarden als zelfstandige functies van het aansprakelijkheidsrecht. Dat betekent niet dat alle aansprakelijkheidssystemen steeds de preventie en de compensatie ten doel hebben. Ik betoogde dat aan elk aansprakelijkheidssysteem in elk geval en zonder meer een compensatiedoelstelling ten grondslag ligt. Elk systeem is er immers op gericht om, indien daartoe aanleiding bestaat en een benadeelde daar in een concreet geval om verzoekt, een maatschappelijk onwenselijke situatie op te heffen door middel van een compensatie in geld. Niet aan elk systeem ligt daarentegen noodzakelijkerwijs een preventiedoelstelling ten grondslag. Daarvan is bijvoorbeeld wel sprake, indien het systeem strekt tot de *ex-antehandhaving* van rechtsregels. In dat geval is het immers een doel de naleving van rechtsregels te stimuleren en schade door normschending te voorkomen. Indien dat het geval is, dient dit te worden aangemerkt als primaire doelstelling van het aansprakelijkheidssysteem. Aan de compensatiedoelstelling komt dan nog slechts – maar ontegenzeggelijk – belang toe in de gevallen waarin het systeem tekortschiet in de verwezenlijking van het preventiedoel. In dat opzicht is compensatie een ‘*second best*’-oplossing: preventie komt voor compensatie. In het vervolg van dit hoofdstuk ligt de nadruk op het preventieleerstuk. Ik geef daarmee, in lijn met de aanbevelingen die ik hierboven deed, een eerste aanzet voor de verrijking van het preventiedebat.

97 Zo concludeert Visscher onder meer dat het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht in veel opzichten goed overeenkomt met de rechtseconomische uitgangspunten. Zie Visscher 2006, p. 316.

98 Visscher concludeert bijvoorbeeld ook dat verschillende onderdelen van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht minder goed verklaarbaar zijn vanuit rechtseconomisch oogpunt, en doet in dat kader enkele aanbevelingen. Zie Visscher 2006, p. 316-317.

99 Zie Calabresi & Melamed 1972, p. 1089-1128.

9.3. Het preventieleerstuk nader belicht

9.3.1. Algemeen

Deze paragraaf bereidt voor op het schetsen van verwachtingen over de invloed van verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid op de beslissingen en gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Vooraleer daartoe in paragraaf 9.4 over te gaan, verdienen enkele relevante aspecten van het preventieleerstuk nadere toelichting. In paragraaf 9.3.2 bespreek ik het preventieleerstuk en de daarin centrale gedragspresumptie in algemene zin. Om een beter beeld te geven van de achtergrond van dat leerstuk, bespreek ik dat ook vanuit een rechtseconomische invalshoek. In paragraaf 9.3.3 komt de vraag aan de orde of er reeds op voorhand zwaarwichtige redenen bestaan om te menen dat de gedragspresumptie zich niet leent voor toepassing in verband met overheidsgedragingen. Aangezien ik betoog dat dat niet het geval is, bespreek ik in paragraaf 9.3.4 in hoeverre aan de eerder onderscheiden aansprakelijkheidssystemen daadwerkelijk een expliciete preventiedoelstelling ten grondslag ligt. In paragraaf 9.3.5 schets ik de kaders waarbinnen op grond van de rechtseconomische en de juridische benadering voorspellingen kunnen worden gedaan over de gedragingen van potentiële schadeveroorzakers onder invloed van dreigende aansprakelijkheid. Ik sluit af met de nodige conclusies in paragraaf 9.3.6.

9.3.2. Het preventieleerstuk en de centrale gedragspresumptie

9.3.2.1. De centrale gedragspresumptie binnen het preventieleerstuk

Binnen het preventieleerstuk staan de gedragingen van potentiële schadeveroorzakers centraal, in beginsel ongeacht of het natuurlijke of rechtspersonen betreft. Het doel is, kort gezegd, dergelijke gedragingen door middel van de juiste prikkels te beïnvloeden, zodat een wenselijk resultaat wordt bereikt. In algemene termen kan men stellen dat op basis van bepaalde *gedragspresumpties*, door het stellen van regels of het inzetten van bepaalde instrumenten, de gewenste *gedragseffecten* kunnen worden bereikt. Dergelijke handelingen kunnen overigens ook niet beoogde – wenselijke dan wel onwenselijke – gedragseffecten teweegbrengen. Beide geïntroduceerde termen werden in 2008 geïntroduceerd door Van Boom, Giesen en Verheij. Onder de term ‘gedragspresumpties’ verstaan zij ‘de uitgesproken of onuitgesproken veronderstellingen over hoe individuen of organisaties opereren, tot wilsbepaling en besluitvorming komen, met onzekerheid omgaan, en op regelstelling reageren.’ Onder gedragseffecten verstaan zij ‘de gevolgen die al dan niet beoogd teweeg worden gebracht na regelstelling van wetgever en rechter, en wel door de interactie tussen regelstelling en normadressaat.’¹⁰⁰ Ik sluit me in onderstaande aan bij deze terminologie.

Deze benadering vormt de kern van het preventieleerstuk. Dit leerstuk gaat immers uit van de presumptie dat (rechts)personen bij hun doen en laten steeds rationeel

¹⁰⁰ Zie Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 21.

te werk gaan, en rekening houden met andermans en niet in de laatste plaats ook hun eigen belangen. Hierin staat vooral de aanname centraal dat de dreiging aansprakelijk te kunnen zijn een positieve invloed heeft op hun gedrag, dus een prikkel geeft om schade te voorkomen of te beperken. Dreigende aansprakelijkheid geeft in die veronderstelling dus een prikkel tot zorgvuldig gedrag. Dat men zich onder invloed van dreigende aansprakelijkheid ook daadwerkelijk zorgvuldig zal gedragen, is het beoogde gedragseffect.¹⁰¹ Terecht stellen de genoemde auteurs dat het door hen opgestelde beoordelingskader een normatief kader is, waarin wordt gewerkt met verschillende met elkaar in verband staande veronderstellingen. Bij de juistheid van deze veronderstellingen kunnen steeds vraagtekens worden geplaatst, zolang deze juistheid niet aan de hand van empirisch onderzoek is bevestigd.¹⁰² De voorgestelde benadering biedt bovenal een waardevol kader voor gestructureerd en systematisch empirisch onderzoek. Op basis van de gedragspresumptie kunnen voorspellingen worden gedaan over de te verwachten gedragseffecten die vervolgens in de praktijk kunnen worden onderzocht.

9.3.2.2. Het preventieleerstuk in de rechtseconomie

Het preventieleerstuk is in belangrijke mate tot ontwikkeling gekomen binnen de rechtseconomie.¹⁰³ Dit leerstuk is van daaruit geëxporteerd naar andere vakgebieden, zoals het zuiver juridische. Binnen dat vakgebied is het voorts een (deels) eigen leven gaan leiden, maar de belangrijkste uitgangspunten zijn daarin behouden. Daarom is het voor een goed begrip van dat leerstuk van belang in te gaan op de achtergrond daarvan in de rechtseconomie. De hierboven besproken gedragspresumptie staat ook centraal in de rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrecht. Zo valt te wijzen op de positieve rechtseconomische theorie, die kort gezegd inhoudt dat dreigende aansprakelijkheid financiële prikkels geeft tot optimale zorgvuldigheid. Op grond daarvan kunnen gedragsvoorspellingen worden gedaan.¹⁰⁴ In de zogenoemde 'hoofdstroming' van het op basis van die theorie ontwikkelde rechtseconomische gedachtegoed¹⁰⁵ vormen voorts de rationaliteit, de individualiteit en de welvaartsmaximalisering fundamentele componenten, en wordt steeds geredeneerd vanuit een sterk

101 Zie bijvoorbeeld Giesen 2008, p. 186-187. Giesen wijst er overigens wel op dat de preventieve werking van het onrechtmatigedaadsrecht vooral in relaties tussen natuurlijke personen tekort kan schieten, 'omdat attributiemechanismen daaraan mogelijk in de weg staan waardoor personen bepaalde gebeurtenissen vooral extern toeschrijven' (zie p. 203-204).

102 Zie Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 22.

103 Voor een beschrijving van de (vroeg) ontwikkelingen Landes & Posner 1981. Voor een uitvoerige verdieping in de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht zij verwezen naar bijvoorbeeld Coase 1960; Calabresi 1961; Posner 1972; Posner 1973; Brown 1973; Mackaay 1980; Landes & Posner 1981; Bowles 1982; Bouckaert 1984; Schäfer & Ott 1986; Nentjes 1987; Van Dam 1989; Faure & Van den Bergh 1989; Holzhauser & Teijl 1989; Hondius, Schippers & Siegers (red.) 1991; De Geest 1994; Holzhauser & Teijl 1995; Teijl & Holzhauser 1997; Visscher 2002; Cooter & Ulen 2004; Shavell 2004; Visscher 2006; Polinsky & Shavell 2007; Posner 2007; en Cooter & Ulen 2008.

104 Landes en Posner geven een uitgebreide introductie op deze theorie. Zie Landes & Posner 1981.

105 Deze hoofdstroming wordt besproken door Teijl & Holzhauser 1997, p. 37-86. Zie daarover tevens De Geest 1994.

ex-anteperspectief.¹⁰⁶ In enkele van die fundamentele uitgangspunten verschilt de rechtseconomische benadering van de juridische. Die laatste benadering gaat namelijk wel uit van een zekere mate van rationaliteit en daarin wordt met het oog op de preventie ook steeds geredeneerd vanuit een *ex-anteperspectief*, maar de gedachte van welvaartsmaximalisering en het methodologisch individualisme hebben daarin geen duidelijke basis. De juridische benadering is dus aanmerkelijk 'losser' dan de rechtseconomische.

In de rechtseconomie staat dus de veronderstelling centraal dat beslissingen op een rationele wijze tot stand komen en dat wordt gehandeld overeenkomstig op korte termijn betrekkelijk stabiele, subjectieve voorkeuren.¹⁰⁷ Dit impliceert dat een actor een rationele keuze maakt waarvan hij, gegeven zijn verwachtingen, denkt dat deze het voordeligst voor hem is. Die verwachtingen zijn gebaseerd op de beschikbare informatie, waarvan de actor een optimale hoeveelheid vergaart.¹⁰⁸ Daarmee hangt samen dat een actor bij het maken van een keuze veronderstellenderwijs streeft naar maximaal individueel voordeel (of minimaal individueel nadeel). Vanuit deze veronderstelling wordt automatisch gestreefd naar maximalisering van de maatschappelijke welvaart. Daarmee geldt de rechtseconomische benadering als een 'optimeringsbenadering'.¹⁰⁹ Met het oog op aansprakelijkheidssystemen brengt dit met zich dat wordt gestreefd naar de minimalisering van de totale maatschappelijke kosten. Hieronder vallen zowel de kosten van de (verwachte) schade, als de kosten van het voorkomen daarvan (de zorgkosten).¹¹⁰ Op basis van de rationaliteits- en optimaliseringshypothese is in de rechtseconomie een zogenoemd gedragsmodel ontwikkeld aan de hand waarvan het optimale zorgniveau kan worden beredeneerd en tevens voorspellingen kunnen worden gedaan over de gedragingen van individuen onder dreigende aansprakelijkheid.

Een ander belangrijk kenmerk van de rechtseconomische benadering is het *ex-anteperspectief* van waaruit steeds wordt geredeneerd.¹¹¹ Dit komt wellicht het best tot uitdrukking in de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht. In deze analyse onderzoekt men de invloed van dreigende aansprakelijkheid op het gedrag van zowel potentiële schadeveroorzakers als benadeelden (positieve analyse), en tracht men te bepalen hoe het recht het best zou kunnen worden vormgegeven om de effectiviteit van gedragsregels te vergroten (normatieve analyse).¹¹² Zodoende heeft het preventieerstuk een solide basis in de rechtseconomie. Naast dit *ex-anteperspectief* neemt de rechtseconomische benadering het individu als uitgangspunt van analyse. Dit wordt aangeduid met de term 'methodologisch individualisme', en houdt, kort gezegd, in dat alle sociale, politieke of economische verschijnselen dienen te worden verklaard in het licht van beslissingen van individuen.¹¹³ Dit uitgangspunt brengt met

106 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 39-42 en p. 65-73.

107 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 39-40.

108 Zie Visscher 2006, p. 3.

109 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 69.

110 Zie bijvoorbeeld Cooter & Ulen 2008, p. 336-338.

111 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 67-69.

112 Zie Posner 2007, p. 24-26 en Shavell 2004, p. 1-4.

113 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 65. De auteurs verwijzen naar Blaug 1980.

zich dat ook groepsgedrag of het gedrag van organisaties in de analyse dient te worden herleid tot beslissingen van individuele leden van de groep of de organisatie.¹¹⁴

9.3.3. De toepasbaarheid van het preventieleerstuk in verband met overheidsgedragingen

Op basis van het preventieleerstuk en de gedragspresumptie kunnen dus vanuit verschillende benaderingen verwachtingen worden geschetst over de wijze waarop potentiële schadeveroorzakers zich zullen gedragen onder invloed van dreigende aansprakelijkheid. Men kan zich echter afvragen of het preventieleerstuk zonder meer kan worden toegepast in verband met overheidsgedragingen. Daarom dient te worden nagegaan in hoeverre daartoe reeds op voorhand fundamentele belemmeringen bestaan. De vraag of in het kader van de overheidsaansprakelijkheid zonder meer kan worden uitgegaan van de gedragspresumptie, is in de juridische literatuur nog niet uitgebreid aan de orde geweest. Men lijkt ervan uit te gaan dat daartoe geen belemmering bestaat.¹¹⁵ In de rechtseconomische literatuur lijkt deze vraag langzaam maar zeker aan belang te winnen.¹¹⁶ Daarentegen kan ook worden gewezen op recente rechtseconomische bronnen, waarin het leerstuk reeds toepassing vindt in het kader van de gedragingen van overheidsorganen, in het bijzonder toezichthouders.¹¹⁷ Wat dat betreft lijkt de wetenschapspraktijk zich momenteel in elk geval weinig aan te trekken van eventuele belemmeringen.

Men kan – bij volledig gebrek aan empirische gegevens – vanuit juridisch oogpunt in mijn ogen ook niet op voorhand stellen dat de gedragspresumptie *niet* opgaat in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Het valt in theorie namelijk best te verdedigen dat dreigende aansprakelijkheid van invloed is op overheidsgedragingen. Van Dam verkondigde in zijn proefschrift uit 1989 zelfs dat het meeste effect van de preventieve werking wellicht kan worden verwacht wanneer het gaat om gedragingen van grote organisaties, *zoals overheden*. In dat kader is het volgens hem doorgaans namelijk mogelijk om uitgebreid over de veiligheid van gedragingen na te denken, alternatieve gedragingen te onderzoeken en toezicht te houden op de uitvoering van gedragingen.¹¹⁸ Het is inderdaad waar dat van overheden een grote mate van zorgvuldigheid kan en mag worden verwacht, getuige niet in de laatste plaats de vele uitgebreide procedurele voorschriften en tot hen gerichte algemene en bijzondere rechtsregels en wettelijke taakstellingen. Op basis hiervan is het inderdaad niet onaannemelijk dat overheden bij hun overwegingen aangaande bepaalde gedragingen rekening zullen houden met een dreiging van aansprakelijkheid. Tot zover bestaat er vanuit juridische optiek dus geen rechtstreekse belemmering voor de toepassing van het preventieleerstuk in het licht van overheidsgedragingen.

114 Zie Teijl & Holzhauser 1997, p. 65.

115 Zie Van Dam 1989 en Gilissen & Schueler 2012.

116 Zie bijvoorbeeld Kramer & Sykes 1987; Posner & Sykes 2007; Dari-Mattiacci, Garoupa & Gomez-Pomar 2010; Faure & De Mot 2012, p. 75-76.

117 Zie voor een recent overzicht Dijkstra & Visscher 2012.

118 Zie Van Dam 1989, p. 218-219.

Het rechtseconomische gedragsmodel is primair tot ontwikkeling gekomen in verband met de gedragingen van natuurlijke personen. Het is dan ook de vraag of dit model zich zonder problemen laat toepassen op overheidsgedragingen. In dat licht stellen de rechtseconomen Faure en De Mot voorop dat de overheidsaansprakelijkheid wel als doel heeft overheden te prikkelen tot zorgvuldig gedrag, maar dat het nog onzeker is of zij ook daadwerkelijk in voldoende mate reageren op dergelijke prikkels. Zij wijzen vooral op mogelijke belemmeringen die samenhangen met de fundamentele uitgangspunten van het rechtseconomische gedragsmodel.¹¹⁹ Zo vragen zij zich af in hoeverre de toepassing van dit model op overheidsgedragingen zich verhoudt tot het methodologisch individualisme.¹²⁰ In hoeverre gedragen functionarissen van overheidsorganen zich in die rol overeenkomstig het klassieke rationele keuzemodel?¹²¹ En in hoeverre streven overheden, ten slotte, naar maximalisering van hun eigen nut?¹²² De auteurs benadrukken dat het beeld omtrent dergelijke vragen in de literatuur nog allerm minst is uitgekristalliseerd. Toch gaat het hun te ver te beweren dat overheden in het geheel niet gevoelig zullen zijn voor de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht.¹²³ Zij lijken echter niet uit te sluiten dat die prikkelwerking afwijkt van hetgeen op basis van de rechtseconomische gedragsmodellen valt te verwachten. Duidelijk is dat op dit terrein in elk geval nog grote wetenschappelijke uitdagingen liggen. Het verrichten van empirisch onderzoek kan bijdragen aan het wegnemen van de bestaande onduidelijkheden.

9.3.4. De concrete doelstellingen van verschillende aansprakelijkheidssystemen

Het is op grond van bovenstaande, in elk geval vanuit juridisch oogpunt, niet zonder meer onaanvaardbaar de algemene gedragspresumptie als uitgangpunt te nemen bij het schetsen van verwachtingen over de invloed van dreigende aansprakelijkheid op de gedragingen van overheidsorganen en die van waterbeheerders in het bijzonder. De gedragspresumptie maakt in haar algemeenheid echter geen onderscheid tussen verschillende soorten aansprakelijkheid, terwijl overheidsorganen in verband met hun gedragingen wel met verschillende aansprakelijkheidssystemen te maken kunnen krijgen. Het is relevant te onderzoeken in hoeverre vanuit dergelijke systemen een zelfstandige preventieve werking uitgaat, dus wat daarvan de concrete gedragseffecten zijn.

In deze paragraaf staat de vraag centraal of aan de afzonderlijke systemen daadwerkelijk een preventiedoelstelling ten grondslag ligt.¹²⁴ Voor de beantwoording van die vraag zoek ik aansluiting bij het eerder in algemene zin besproken handhavingsdebat.

119 Zie Faure & De Mot 2012, p. 75-81.

120 Zie daarover Posner & Sykes 2007 en Dari-Mattiacci, Garoupa & Gómez-Pomar 2010. Zie voor een algemene bespreking van het methodologisch individualisme tevens Teijl & Holzhauser 1997, p. 65-67.

121 Zie daarover Niskanen 1971, p. 36-42.

122 Zie Posner & Sykes 2007, p. 86-88; en Levinson 2000, p. 354-357.

123 Zie Faure & De Mot 2012, p. 73-74.

124 Het verdient hier algemene opmerking dat de wetgever en rechters zelden helder aangeven wat de exacte doelstellingen van aansprakelijkheidssystemen zijn. Zie Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 21.

Ik neem daarbij als uitgangspunt dat een aansprakelijkheidssysteem in elk geval een preventiedoel dient, indien dat strekt tot de *ex-antehandhaving* van rechtsregels.¹²⁵ Indien dat het geval is, kan dit systeem immers worden geacht te zijn bedoeld om preventieprikkels te genereren. Indien een systeem daartoe niet strekt en evenmin uit andere bronnen blijkt dat daarmee wordt beoogd gedragsprikkels te genereren, dan ga ik ervan uit dat dit systeem in de huidige beleving hoofdzakelijk een compensatiedoelstelling dient. Dat neemt niet weg dat van dergelijke systemen wel degelijk een gedragsbeïnvloedende werking kan uitgaan. Indien dat op basis van empirische gegevens inderdaad het geval blijkt te zijn, dan kan worden geconcludeerd dat dergelijke systemen in de praktijk (en dus onbedoeld) functioneren als instrument voor schadepreventie. Men kan in dat geval overwegen aan dergelijke systemen alsnog een preventiedoelstelling toe te kennen. Zolang er nog geen overtuigend en helder gedocumenteerd empirisch bewijs voor de preventieve werking bestaat, dient men in mijn ogen echter wel terughoudend te zijn met het toekennen van dergelijke doelstellingen.

9.3.4.1. Het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid

Het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid wordt de laatste decennia steeds vaker beschouwd als *ex-antehandhaving*sinstrument. Het is echter de vraag of ook de wetgever met dit aansprakelijkheidssysteem expliciet de preventieve werking daarvan voor ogen heeft gehad. Uit de wetgeschiedenis valt daarover niets af te leiden. Ook de rechter heeft zich nooit uitgelaten over de doelstellingen van het onrechtmatigedaadsrecht.¹²⁶ In de literatuur wordt daar wel van uitgegaan. Zo stelt Giesen dat de wetgever over het algemeen veronderstelt 'dat schadelijk gedrag omzeild wordt vanwege de sanctie die erop staat'.¹²⁷ Als dat inderdaad het geval is, dan erkent de wetgever de preventiedoelstelling in elk geval impliciet. Hij gaat er dan van uit dat dreigende aansprakelijkheid normschending en schade als gevolg daarvan kan voorkomen, althans kan stimuleren tot de naleving van rechtsregels. Op basis daarvan kan worden geconcludeerd dat de wetgever het systeem van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen ook als zodanig heeft bedoeld. Er bestaat dan, met het oog op de algemene toepasbaarheid daarvan, geen directe aanleiding te menen dat dat anders is, waar dit systeem toepassing vindt in verband met overheidsgedragingen. Het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid strekt ook tot de *ex-antehandhaving* van tot de overheid gerichte publiekrechtelijke rechtsregels. Het is daarom relevant de gedragseffecten hiervan in de praktijk te onderzoeken.

Door de (impliciete) erkenning van de preventiedoelstelling rijst de vraag hoe deze doelstelling zich verhoudt tot de compensatiedoelstelling.¹²⁸ Kan bijvoorbeeld worden gesproken van een primaire of dominante doelstelling, en welke doelstelling is dat dan? Voor de beantwoording van die vraag dient te worden nagegaan op welk

¹²⁵ Zie paragraaf 9.2.4.2.

¹²⁶ Zie Van Boom, Giesen & Verheij 2008, p. 21.

¹²⁷ Zie Giesen 2008, p. 187.

¹²⁸ Zie ook paragraaf 9.2.3.

moment in de tijd en onder welke omstandigheden de verwezenlijking van het doel van belang is. Aan de verwezenlijking van de compensatiedoelstelling komt slechts belang toe, indien een norm is geschonden, daardoor schade is veroorzaakt en een gelaedeerde de vergoeding daarvan vordert. De verwezenlijking van de doelstelling vindt dus plaats *als reactie op* bepaalde omstandigheden. De preventiedoelstelling beoogt juist te voorkomen dat een schadeveroorzakende normschending plaatsvindt. Deze doelstelling beoogt dus juist *vooraf* een wenselijke reactie uit te lokken door een bepaalde sanctie in het vooruitzicht te stellen. Daardoor snijdt de preventiedoelstelling de compensatiedoelstelling als het ware de pas af: eerstgenoemde probeert te voorkomen dat aan laatstgenoemde enig belang toekomt. Daarmee ligt de theoretische dominantie duidelijk bij de preventiedoelstelling. De preventie is dus de primaire doelstelling van het onrechtmatigedaadsrecht te noemen, terwijl de compensatie moet worden beschouwd als van secundair en incidenteel belang.¹²⁹ Hoe minder effect de preventiedoelstelling in de praktijk echter sorteert, hoe zwaarder het praktisch belang is dat toekomt aan de compensatiedoelstelling. De praktische dominantie ligt dan aan de zijde van deze doelstelling.

Men kan zich overigens nog wel afvragen waarom de wetgever en de rechter zich vooralsnog niet expliciet hebben uitgelaten over de doelstellingen van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. De onrechtmatige daad als rechtsfiguur heeft diepe wortels in de (Nederlandse) juridische traditie, heeft verschillende verschijningsvormen gehad, stamt van ver voor het preventiedebat en de handhavingsdiscussie, en heeft in de loop der jaren een steeds breder toepassingsbereik gekregen. Bovendien wordt vanuit de doctrine door de tijd heen steeds verschillend tegen het onrechtmatigedaadsrecht aangekeken.¹³⁰ Dit kunnen redenen zijn geweest voor de wetgever van het huidige Burgerlijk Wetboek om niet te lang stil te staan bij de specifieke doelstellingen van deze traditionele rechtsfiguur. Een andere mogelijke overweging getuigt van meer politiek-juridische tact. Wanneer de wetgever de preventiedoelstelling van het onrechtmatigedaadsrecht expliciet erkent, kan hij daarop bij blijkend systeemfalen worden afgerekend. Het verwijt kan dan immers worden gemaakt dat ineffectieve wetgeving tot stand is gebracht. Dat wijst op de noodzaak van systeemverbetering. Op grond van deze redenering lijkt het verstandiger te zwijgen over de concrete doelstellingen, en een afwachtende houding aan te nemen ten opzichte van de (neven)effecten van het aansprakelijkheidssysteem in de praktijk.

9.3.4.2. Het systeem van de nadeelcompensatie

Het ligt niet voor de hand te menen dat het systeem van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsgedragingen is bedoeld ter handhaving van de naleving van rechtsregels.¹³¹ Er bestaan ook geen bronnen die aannemelijk maken dat dit aanspra-

¹²⁹ Vgl. Keirse 2010, p. 6.

¹³⁰ Zie Hartlief 1997, p. 16.

¹³¹ Ik ben in hoofdstuk 8 inhoudelijk ingegaan op het systeem van de rechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit systeem Tjepkema 2010.

kelijkheidssysteem expliciet is bedoeld als instrument voor schadepreventie. Daarover valt bijvoorbeeld niets af te leiden uit de toelichting bij de recentelijk in het *Staatsblad* gepubliceerde wet tot integratie van een nadeelcompensatieregeling in de Algemene wet bestuursrecht.¹³² Ook in de literatuur is daarover bij mijn weten nog geen discussie gevoerd.¹³³ De ‘functionele benadering’ lijkt, met andere woorden, nog geen doorgang te hebben gevonden in het wetenschappelijke debat op het terrein van de nadeelcompensatie.¹³⁴ Dit systeem lijkt primair te zijn bedoeld om degenen die ondanks de rechtmatigheid van overheidsgedragingen enig onevenredig nadeel lijden, daarin te compenseren. Het systeem is hoofdzakelijk gericht op de verplaatsing van een schadelast, die weliswaar is ontstaan door een rechtmatige overheidsgedraging, maar die vanuit maatschappelijk oogpunt toch redelijkerwijs niet op de benadeelde behoort te blijven rusten. Dit wijst erop dat aan dit aansprakelijkheidssysteem primair een *compensatiedoelstelling* ten grondslag ligt. Die conclusie wordt in mijn ogen nog kracht bijgezet, doordat bestuursorganen beoordelingsvrijheid hebben bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico.¹³⁵ Zij kunnen binnen de grenzen van het recht tot op zekere hoogte zelf bepalen welk percentage van het nadeel in elk geval voor rekening van een benadeelde blijft. Het betreft in feite de bevoegdheid zelf de strekking van de compensatiedoelstelling te bepalen.

Men kan overigens beargumenteren dat het systeem van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsgedragingen strekt ter handhaving van het *égalité*beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel of wellicht het evenredigheidsbeginsel ex art. 3:4 lid 2 Awb. Vanuit die aanname kan worden beredeneerd dat aan dat systeem wel degelijk een preventiedoelstelling ten grondslag ligt, en wel met het oog op het voorkomen van schade door veronachtzaming van dergelijke rechtsbeginselen. Een dergelijk betoog levert echter een interne tegenspraak op. Men kan moeilijk tegelijkertijd aannemen dat een systeem louter van toepassing is op gevallen waarin geen enkel verwijt van normschending valt te maken, en toch betogen dat een dergelijk systeem beoogt prikkels af te geven tot de naleving van dergelijke normen. Dat de burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken wel een ‘onrechtmatigedaadsconstructie’ hanteert, doet daaraan niet af. Dit valt te verklaren uit het feit dat de rechtmatige overheidsdaad in het privaatrecht niet wordt erkend als zelfstandige bron van verbintenissen. Met de inwerkingtreding van de algemene uniforme nadeelcompensatieregeling zal aan deze constructie geen belang meer toekomen, omdat de bestuursrechter exclusief bevoegd wordt in nadeelcompensatiezaken.¹³⁶ Een en ander neemt niet weg dat het systeem van de nadeelcompensatie bestuursorganen wel kan stimuleren tot een hogere mate van zorgvuldigheid bij de uitoefening van hun gedragingen. Van dit systeem kunnen dus wel de nodige gedragsprijkkels uitgaan, ook voor waterbeheerders in het kader van de

132 Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3. Zie Stb. 2013, 50.

133 Schueler en ik gaven daartoe onlangs een voorzet in Gilissen & Schueler 2012, p. 170-172.

134 Zie in dat verband mijn aanbeveling tot verrijking van het preventiedebat in paragraaf 9.2.4.3.

135 Dat was al eerder bekend (zie Tjepkema 2010, p. 439-443), maar werd recent nog bevestigd in ABRvS 5 december 2012, zaaknummer 201112232/1/T1/A2.

136 Zie paragraaf 5.3.4.2 en 8.4.

adaptatie aan klimaatverandering. Het is daarom relevant deze gedragseffecten nader te onderzoeken.

9.3.4.3. Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid

Het is niet uitgesloten dat overheden als bezitters van opstallen te maken krijgen met het systeem van de opstallenaansprakelijkheid. Het is de vraag in hoeverre ook dit aansprakelijkheidssysteem de handhaving van rechtsregels ten doel heeft.¹³⁷ Het is in elk geval duidelijk dat dit systeem niet strekt tot de handhaving van een in beginsel onbeperkte groep rechtsregels, zoals dat van de onrechtmatige daad. Dit systeem strekt er – indien men het beschouwt als systeem van zuivere risicoaansprakelijkheid – op het eerste gezicht veeleer toe te voorzien in de mogelijkheid een schadelast voor rekening te brengen van de partij die deze last vanuit maatschappelijk oogpunt behoort te dragen, zonder dat sprake is van enige aanwijsbare schending van een rechtsregel. Het is vanuit het oogpunt van solidariteit kennelijk maatschappelijk onaanvaardbaar dat iemand een schadelast draagt, die is ontstaan door een (onbekend) gebrek aan een opstal, terwijl hij niet zelf bij machte is (geweest) eventuele gebreken aan die opstal op te sporen en weg te nemen. De redelijkheid verlangt in dat geval dat deze schadelast voor rekening van de bezitter van die opstal komt. In die lijn van denken is de compensatie de belangrijkste doelstelling van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid. De eventuele preventieve werking die dat systeem in algemene zin heeft (bijvoorbeeld doordat bezitters hun opstallen extra zorgvuldig controleren op eventuele gebreken), dient dan te worden beschouwd als een wenselijk neveneffect.

Toch kan men zich, anderzijds, afvragen of de wetgever bij de totstandkoming van art. 6:174 BW niet voor ogen heeft gehad bezitters van opstallen aan te sporen hun opstallen geregeld te inspecteren op gebreken en deze waar nodig weg te nemen. Gaat er, met andere woorden, in dat artikel geen rechtsregel schuil die door middel van een systeem van risicoaansprakelijkheid beoogt te worden gehandhaafd? De wetgever heeft deze mogelijke doelstelling in elk geval niet geëxpliciteerd. Het kan echter ook niet worden ontkend dat van de bezitters van opstallen met het oog op de gesteldheid daarvan een zekere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht. Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid heeft in dat opzicht dus hybride trekken. Dat komt in de eerste plaats door het expliciete verband dat in het genoemde artikel wordt gelegd met het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Voorts moet worden bedacht dat dit laatste systeem dat van de opstallenaansprakelijkheid kan overlappen. Indien sprake is van een gebrek door fouten in het onderhoud van een opstal, dan voldoet deze niet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en is de bezitter tevens tekortgeschoten in hetgeen van hem als bezitter mag worden verwacht. Er is met het oog op het toepassingsbereik van beide systemen overigens lastig een grens te trekken. Dat hangt mede samen met de opstelling van de rechter en de keuzen die partijen maken ten aanzien van hun procesvoering.

¹³⁷ Ik ben in hoofdstuk 7 uitgebreid ingegaan op het systeem van de opstallenaansprakelijkheid.

Daarbij dient overigens te worden bedacht dat het ‘gebrekscriterium’ steeds vaker en steeds explicieter wordt ingevuld langs de lijnen van de gevaarzettingsleer. Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid wordt, met andere woorden, steeds verder ‘uitgehouden’ door dat van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid en verliest daarmee zijn karakter als zuiver systeem van risicoaansprakelijkheid. Het *Wilnis*-arrest vormt hiervan een voor het Nederlandse waterbeheer belangrijk voorbeeld. Een en ander gaat ontegenzeggelijk ten koste van het zelfstandige karakter van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid. Men kan zich, naarmate deze ontwikkeling zich voortzet, zelfs afvragen of dit aansprakelijkheidssysteem nog wel een toegevoegde waarde heeft naast dat van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. In het Nederlandse waterbeheer lijkt daarvan in elk geval weinig sprake. Bovendien sluit dit systeem, zoals ik bevestigde in hoofdstuk 7, niet goed aan op de integrale beheertaak van waterbeheerders en heeft het met het oog op de handhaving daarvan eerder een versturende werking. Het valt dan ook te betwijfelen of van dit systeem in het waterbeheer de gewenste gedragsprikkels zullen uitgaan. Ik concludeerde dan ook dat het systeem van de opstallenaansprakelijkheid in het Nederlandse waterbeheer buiten toepassing dient te worden verklaard. Ik vind hierin voldoende aanleiding om dit aansprakelijkheidssysteem in het vervolg van dit proefschrift buiten beschouwing te laten. Bij het schetsen van verwachtingen in paragraaf 9.4 baseer ik me dus slechts op de systemen van de nadeelcompensatie en de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid.

9.3.5. Naar het schetsen van verwachtingen op basis van de gedragspresumptie

Bij het schetsen van verwachtingen over de gedragingen van potentiële schadeveroorzakers onder invloed van dreigende aansprakelijkheid kan, zoals gezegd, een rechtseconomische en een zuiver juridische benadering worden gevolgd. Beide benaderingen gaan in hun kern uit van dezelfde gedragspresumptie, zodat het niet in de lijn der verwachtingen ligt dat dergelijke gedragsvoorspellingen in sterk uiteenlopende richtingen zullen wijzen. Toch kunnen de voorspellingen op grond van de modelmatige rechtseconomische benadering en die op grond van de ‘lossere’ juridische benadering wel verschillen vertonen, vooral wat betreft het te verwachten preventieniveau dat potentiële schadeveroorzakers zullen nastreven. Deze verschillen hangen samen met de fundamentele uitgangspunten van beide benaderingen. Zo staat in het rechtseconomische gedragsmodel een op financiële gedragsprikkels gebaseerde optimaliseringsbenadering centraal, die sterke doorklank vindt in de voorspellingen die op grond daarvan kunnen worden gedaan. Deze optimaliseringsbenadering vormt geen fundamenteel uitgangspunt van de juridische benadering en deze hanteert evenmin een vergelijkbaar gedragsmodel. Daardoor is het minder goed mogelijk op grond van de juridische benadering een nauwkeurig optimaal preventieniveau aan te wijzen, maar biedt deze benadering bij het doen van voorspellingen wel meer ruimte voor nuance ten aanzien van andere factoren met een mogelijke gedragsbeïnvloedende werking. Bij het schetsen van verwachtingen omtrent de gedragingen van waterbeheerders in paragraaf 9.4

volg ik de juridische benadering. In deze paragraaf komen beide benaderingen aan de orde.

9.3.5.1. Verwachtingen op basis van de rechtseconomische benadering

In de internationale rechtseconomische literatuur wordt abstract onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën van aansprakelijkheidssystemen, waarin elk van de hierboven besproken systemen kan worden ondergebracht. Het betreft in de eerste plaats systemen waarin aansprakelijkheid bewust is uitgesloten (*'no liability'*) en systemen waarin het aansprakelijkheidsrisico onder alle omstandigheden op de laedens rust (*'strict liability'*). Daarvan onderscheiden zich systemen van zuivere foutaansprakelijkheid, waarbij normschending een centrale rol speelt (*'negligence rules'*). Zowel systemen van risico- als die van de foutaansprakelijkheid kunnen worden aangevuld met de mogelijkheid tot het voeren van een eigenschuldverweer (*'comparative negligence'*).¹³⁸ Voorts onderscheidt men unilaterale en bilaterale schadegevallen.¹³⁹ Bestaat de mogelijkheid tot schadepreventie slechts voor één partij, dan spreekt men van unilaterale schadegevallen. Kan zowel de potentiële laedens als de gelaedeerde invloed uitoefenen op het schaderisico, dan spreekt men van bilaterale schadegevallen. Binnen het kader van elk van de onderscheiden systeemsoorten zijn, zoals gezegd, gedragsmodellen ontwikkeld aan de hand waarvan een zeker zorgoptimum kan worden berekend en tevens voorspellingen kunnen worden gedaan omtrent de gedragingen van potentiële laedentes en gelaedeerden. Ik ga daar hieronder kort op in.

In het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht komt men slechts mengvormen van de hierboven besproken systeemsoorten tegen. Dat komt hoofdzakelijk doordat de eigen schuld in het Nederlandse recht een algemene matigingsgrond vormt.¹⁴⁰ Zo dient het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid te worden beschouwd als *'negligence rule'* met de mogelijkheid een eigenschuldverweer te voeren. De systemen van de opstallenaansprakelijkheid en de nadeelcompensatie gelden vanuit rechtseconomisch opzicht als vormen van *'strict liability'*, beide met de mogelijkheid een eigenschuldverweer te voeren.¹⁴¹ Het leerstuk van de formele rechtskracht kan worden beschouwd als *'no liability rule'*, hoewel aan het ontstaan daarvan een periode voorafgaat waarin een *'negligence rule'* heeft gegolden. Zoals gezegd, gaat men er in de rechtseconomische benadering steeds van uit dat aan aansprakelijkheidssystemen een preventiedoelstelling ten grondslag ligt, althans dat de dreiging van aansprakelijkheid steeds gedragsprikkels geeft tot individuele welzijnsmaximalisering door de minimalisering van de individuele kosten. Door de internalisering van negatieve externe

138 Een volledig overzicht van aansprakelijkheidssystemen is te vinden in Cooter & Ulen 2008, p. 340 (zie tabel 8.2). Zie voor een inhoudelijke bespreking tevens Cooter & Ulen 2008, p. 338-349 en Visscher 2006, p. 136-154.

139 Zie bijvoorbeeld Cooter & Ulen 2008, p. 341-342 en 344-347; Polinsky & Shavell 2007, p. 143-147; en Visscher 2006, p. 137-155.

140 Zie art. 6:101 lid 1 BW.

141 In paragraaf 8.7 en 8.8 stelde ik reeds dat de *'risicoaanvaarding'* en de *'schadebeperkingsplicht'* gelden als bijzondere (bestuursrechtelijke) verschijningsvormen van het privaatrechtelijke instrument van de *'eigen schuld'*.

effecten zullen rationele actoren er, kort gezegd, steeds naar streven optimale zorg te betrachten.¹⁴² Op die wijze zullen hun totale kosten (de preventiekosten en de schadelast) minimaal zijn, hetgeen tevens bijdraagt aan de minimalisering van de totale maatschappelijke kosten.

Deze veronderstelling vormt de basis van de genoemde gedragsmodellen. Dit betekent in concreto – maar in een notendop – dat potentiële laedentes bij systemen van foutaansprakelijkheid in unilaterale gevallen zullen investeren in zorg tot een zeker omslagpunt waarop hun gedragingen niet langer als onrechtmatig zijn aan te merken.¹⁴³ In dat geval dragen zij immers alleen hun eigen preventiekosten; de eventuele schadelast komt voor rekening van de gelaedeerde. In bilaterale gevallen zullen potentiële laedentes overigens niet anders handelen. Wel zullen dan ook potentiële gelaedeerden worden aangespoord hun zorgniveau te optimaliseren. Zij zullen er immers van uitgaan dat laedentes optimale zorg betrachten, hetgeen hen ontslaat van aansprakelijkheid.¹⁴⁴ Het verweer van eigen schuld geeft vooral de potentiële gelaedeerde nog een extra prikkel om optimale zorg te betrachten.¹⁴⁵ Bij systemen van risicoaansprakelijkheid zullen potentiële schadeveroorzakers in unilaterale gevallen hetzelfde optimale zorgniveau nastreven als bij de foutaansprakelijkheid. Het bereiken van dat niveau ontslaat hen echter niet van aansprakelijkheid, maar betekent wel dat de som van hun zorgkosten en de verwachte schade minimaal is. Potentiële gelaedeerden ontvangen in unilaterale gevallen geen gedragsprikkel via een systeem van risicoaansprakelijkheid. In bilaterale gevallen stimuleert een dergelijk systeem hen wel tot optimale zorg, indien daaraan de mogelijkheid tot het voeren van een eigenschuldverweer is gekoppeld. Een succesvol eigenschuldverweer kan er immers toe leiden dat een gelaedeerde die niet voldoende zorg heeft betracht zijn schadelast geheel of gedeeltelijk zelf moet dragen. Een investering in voldoende zorg kan dit voorkomen.¹⁴⁶

Op basis van de hierboven beschreven modellen kunnen voor uiteenlopende soorten gevallen tamelijk nauwkeurige gedragsvoorspellingen worden geformuleerd. Daarbij dient wel te worden bedacht dat het nog onduidelijk is in hoeverre deze modellen zich lenen voor toepassing in verband met overheidsgedragingen. In de literatuur is reeds gewezen op mogelijke belemmeringen te dien aanzien.¹⁴⁷ Het is niet het doel van dit (overigens juridische) proefschrift om dergelijke belemmeringen nauwkeurig in kaart te brengen en evenmin om de rechtseconomische benadering te onderwerpen

142 De term 'negatieve externe effecten' valt terug te voeren tot het werk van Pigou (zie Pigou 1932), en zijn via het werk van Coase (zie Coase 1960) en Calabresi (zie Calabresi 1961) centraal onderdeel geworden van de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht. Coase staat met de introductie van zijn zogenoemde 'Coase-theorema' overigens kritisch tegenover de leer van Pigou. Zie voor Nederlandstalige bronnen bijvoorbeeld ook Kanning & Kerkmeester 2008; Visscher 2006, p. 19-23; en Teijl & Holzhauser 1997, p. 46-47.

143 De gedragsnorm bepaalt het omslagpunt van aansprakelijkheid naar niet-aansprakelijkheid. Er bestaan dus een zogenoemde 'forbidden zone' en een 'permitted zone'. Zie daarover Cooter & Ulen 2008, p. 333.

144 Zie Visscher 2006, p. 146.

145 Deze extra prikkel zal overigens niet leiden tot andere gedragingen dan reeds op grond van een systeem van zuivere foutaansprakelijkheid kunnen worden voorspeld. Zie Cooter & Ulen 2008, p. 344-346 en Visscher 2006, p. 146-147.

146 Zie Cooter & Ulen 2008, p. 346-347 en Visscher 2006, p. 147-148.

147 Zie Faure & De Mot 2012, p. 75-81. Zie ook paragraaf 9.3.3.

aan een inhoudelijke beoordeling. Daarin ligt een belangrijke uitdaging voor toekomstig rechtseconomisch onderzoek.

9.3.5.2. Verwachtingen op basis van de juridische benadering

In de juridische literatuur wordt traditioneel weinig aandacht geschonken aan de vraag wanneer een preventieniveau optimaal is en welke waarden daartoe bepalend zijn. Het is vanuit zuiver juridisch oogpunt ook lastig een nauwkeurig wenselijk en haalbaar preventieniveau te bepalen, vooral wanneer schadepreventie geen duidelijke primaire doelstelling van een aansprakelijkheidssysteem is. Sommigen stellen dan ook niet ten doel een optimum te bepalen, en volstaan met de aanvaarding van de preventiefunctie en de wenselijkheid van de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid, zonder hieraan enige maat te (willen) geven. Dit betekent uiteraard niet dat zij zonder meer streven naar volledige of maximale schadepreventie, maar evenmin is duidelijk welk preventieniveau zij dan wel nastreven en welke criteria of belangen zij daarbij centraal stellen. Van Dam wees er reeds in 1989 op dat juristen vanuit de traditie gewoon zijn het accent zwaar op de rechtvaardigheid te leggen, liefst oordelend in het bijzondere geval en dus vaak achteraf.¹⁴⁸ Dit op zichzelf bewonderenswaardige rechtvaardigheidsgevoel kan echter leiden tot een 'blinde vlek' voor de lasten van het systeem,¹⁴⁹ met inefficiënte of schier onhaalbare ideeën over en voorstellen tot schadepreventie als mogelijk gevolg. Oog voor enige mate van efficiëntie lijkt dus ook voor de moderne jurist het credo: de bescherming tegen schade is een maatschappelijk zwaarwegend belang, maar dat hoeft niet koste wat kost, altijd en overal, ten volle te worden gediend.

In de recentere juridische literatuur wordt daarom vanuit normatief oogpunt gepleit voor het bereiken van een optimaal evenwicht tussen schadepreventie, compensatie van schade, en de daarmee gemoeide (systeem)lasten.¹⁵⁰ Zo wijst Keirse op het gevaar van onder meer maatschappelijke ontwrichting, wanneer men koste wat kost alle risico's op schade probeert uit te bannen. Zij meent dat het aan de praktijk is om gaandeweg het optimale evenwicht te vinden, bij voorkeur door het instellen van schadevoorkomingsclaims.¹⁵¹ Aan de hand daarvan kan de rechter immers, voordat zich feitelijk schade voordoet, bepalen wat onder welke omstandigheden rechtmatig is en dus vanuit maatschappelijk oogpunt als rechtvaardig moet worden beschouwd. Zij lijkt de efficiëntie hierbij als uitgangspunt te nemen door in haar betoog aansluiting te zoeken bij Barendrecht, die op dit punt explicieter is. Hij meent, bondig samengevat en onder verwijzing naar verschillende rechtseconomische bronnen, dat er ruimte bestaat voor een afweging tussen veiligheid en andere belangen. Schade moet volgens hem in beginsel worden voorkomen door het nemen van voorzorgsmaatregelen, indien de lasten van preventie lager zijn dan de lasten van het mogelijke ongeval.

148 Zie Van Dam 1989, p. 209-210. Deze 'persoonsomschrijving' van de jurist komt men ook, en steeds vaker als klacht, tegen bij Barendrecht 2002, Van Boom 2006, Van Boom 2007, Keirse 2009, en Keirse 2010.

149 Zie Barendrecht 2002, p. 606.

150 Zie bijvoorbeeld Barendrecht 2002, p. 606 en Keirse 2010, p. 22.

151 Zie Keirse 2010, p. 22-23.

In dergelijke gevallen zijn de lusten van het nemen van voorzorgsmaatregelen voor de maatschappij namelijk groter dan de lasten.¹⁵² Het preventie- of zorgniveau is dan vanuit het oogpunt van de efficiëntie optimaal te noemen.

Via dergelijke betogen lijkt de welvaartsmaximalisering tevens aan terrein te winnen binnen de juridische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. Dat valt vanuit normatief oogpunt wellicht te begrijpen, maar dat betekent mijns inziens niet dat bij het doen van gedragsvoorspellingen op grond van die benadering enkel belang moet worden toegekend aan economisch getinte beïnvloedingsfactoren. Het valt uiteraard niet uit te sluiten dat financiële prikkels potentiële schadeveroorzakers stimuleren tot schadepreventie. Men kan echter evenmin uitsluiten dat er een in beginsel onbeperkt en daardoor onbenoembaar aantal andere factoren bestaat, die daartoe óók een stimulans kunnen bieden, maar waarmee in het economische gedragsmodel geen rekening kan (en evenmin behoort te) worden gehouden. Aan dergelijke factoren kan daarentegen wel belang toekomen binnen de juridische benadering, juist omdat deze niet tot in haar wortels is gebonden aan fundamentele uitgangspunten zoals de optimaliseringsbenadering. De onbekendheid met deze factoren maakt het echter – vooral ook met het oog op de huidige stand van de wetenschap – lastig om nauwkeurige voorspellingen te doen over het preventieniveau dat potentiële schadeveroorzakers zullen nastreven. Dat neemt niet weg dat dergelijke factoren in kaart kunnen worden gebracht en dat er in dat verband wellicht patronen vallen te ontdekken, hetgeen kan bijdragen aan de theorievorming. Op dit punt liggen in mijn ogen belangrijke kansen en uitdagingen voor toekomstig rechtswetenschappelijk onderzoek. Dit plaatst overigens ook het belang van empirisch onderzoek in een bijzonder licht. Hierin dient niet alleen de toetsing van de algemene presumptie centraal te staan dat dreigende aansprakelijkheid gedragsprikkels genereert, maar dient de aandacht tevens te liggen op de vraag welke prikkels dat zijn en welke patronen daarin vallen te ontdekken.

9.3.6. *Tussenconclusies*

Binnen het preventieleerstuk staat de algemene gedragspresumptie centraal dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers prikkels geeft de schade in verband met hun gedragingen te voorkomen of te beperken. Deze presumptie ligt ten grondslag aan zowel de rechtseconomische als de zuiver juridische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. In het vervolg van dit proefschrift volg ik de juridische benadering. Dat betekent dat ik mijn verwachtingen in de volgende paragraaf baseer op de gedragspresumptie in haar meest basale vorm. Ik doe daarbij geen uitspraken over een eventueel optimaal preventieniveau. Er bestaan vanuit de juridische benadering niet reeds op voorhand zwaarwegende redenen om aan te nemen dat de gedragspresumptie zich niet leent voor toepassing in verband met overheidsgedragingen. Het vermoeden kan echter lastig worden onderdrukt, dat een en ander in de praktijk genuanceerder ligt dan de gedragspresumptie pleegt te doen geloven. Op theoretisch

152 Zie Barendrecht 2002, p. 606-607.

niveau kan daar slechts over worden gespeculeerd; het belang van empirische toetsing is in dit verband evident.

Ik betoogde dat het overigens niet noodzakelijk is dat aan een aansprakelijkheids-systeem daadwerkelijk een expliciete preventiedoelstelling ten grondslag ligt, willen daarvan prikkels tot schadepreventie uitgaan. Ook van systemen die primair strekken tot de compensatie van schade, kan dus een preventieve werking uitgaan. Ik betoogde dat alleen aan het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid een duidelijke preventiedoelstelling ten grondslag ligt, omdat dit systeem een rol kan spelen bij de *ex-antehandhaving* van rechtsregels. Aangezien het systeem van de nadeelcompensatie daartoe niet strekt, wordt de compensatie geacht hierin op de voorgrond te staan. Er bestaan immers ook vanuit andere bronnen geen aanknopingspunten dat hieraan wel degelijk een preventiedoelstelling ten grondslag ligt. Het systeem van de opstalenaansprakelijkheid laat ik in het vervolg van dit proefschrift buiten beschouwing, omdat dit in vergaande mate wordt 'uitgehouden' door het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid en omdat dit, zoals eerder betoogd, niet goed past binnen de kaders van het Nederlandse waterbeheer.

9.4. Verwachtingen omtrent de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid op de beslissingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering

9.4.1. Algemeen

In deze paragraaf schets ik, in aanloop naar het praktijkonderzoek in hoofdstuk 10, globale verwachtingen omtrent de preventieve werking van dreigende aansprakelijkheid op de beslissingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering.¹⁵³ Ik baseer me daarbij op de in de vorige paragraaf besproken algemene gedragspresumptie. Voorts beperk ik me tot de systemen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad en de nadeelcompensatie. Ik maak abstract en theoretisch onderscheid tussen drie fasen in het proces van opeenvolgende beslissingen: de oriëntatiefase, de (formele) voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Tijdens elke fase worden karakteristieke beslissingen genomen. Hieronder geef ik per fase weer op welke wijze en in welke mate die karakteristieke beslissingen naar verwachting invloed zullen ondervinden van de onderscheiden vormen van dreigende aansprakelijkheid (paragraaf 9.4.2, 9.4.3 respectievelijk 9.4.4). Ik vat een en ander samen in paragraaf 9.4.5.

9.4.2. De oriëntatiefase

De oriëntatiefase is de fase in het 'adaptatieproces' waarin waterbeheerders op basis van de hun beschikbare gegevens onderzoeken welke gevolgen de klimaatverandering op de korte en de langere termijn naar verwachting met zich zal brengen op hun

153 Zie in dat verband ook Gilissen & Schueler 2012. Mij is geen vergelijkbaar onderzoek bekend.

grondgebied. Tijdens deze fase vindt een belangrijk deel van de strategische en uitvoeringsgerichte beleidsvorming plaats, en worden zodoende de eerste beslissingen genomen omtrent de noodzaak en uitvoering van adaptatiemaatregelen. In deze fase staan grofweg twee soorten beslissingen centraal. Het betreft ten eerste de beslissing *of* adaptatiemaatregelen moeten worden getroffen. Ten tweede betreft het de beslissing *welke* (soorten) maatregelen in dat geval moeten worden getroffen. Dreigende aansprakelijkheid kan dergelijke beslissingen op verschillende manieren beïnvloeden. Ik bespreek beide soorten beslissingen hieronder afzonderlijk.

9.4.2.1. Beslissing 1: moeten adaptatiemaatregelen worden getroffen?

Klimaatverandering roept een dreiging van klimaatschade in het leven. Dat betekent echter niet dat daarmee ook automatisch een acute dreiging van aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht bestaat. De zorgplichten in het waterbeheer verplichten waterbeheerders immers niet zonder meer alle mogelijke maatregelen te treffen om alle zekere en onzekere klimaatrisico's weg te nemen.¹⁵⁴ De kans op aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten is het grootst, indien een waterbeheerder daadwerkelijk tekortschiet in een van zijn zorgplichten. Die kans is kleiner, maar desalniettemin nog tamelijk concreet, indien een waterbeheerder redelijkerwijs kan voorzien dat hij zonder het treffen van de nodige maatregelen op korte termijn tekort zal schieten in een van zijn zorgplichten. Over het algemeen kan men stellen dat de dreiging van aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten onduidelijker en onzekerder wordt, naarmate ook de klimaatrisico's zijn omkleed met een grotere mate van onzekerheid. De aansprakelijkheidsdreiging ligt in dergelijke gevallen bovendien verder in de toekomst. Daardoor is deze dreiging gering in vergelijking met die in de andere acutere situaties. Een en ander kan van belang zijn bij de vraag over de mate waarin dreigende aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten waterbeheerders naar verwachting beïnvloedt bij de beslissing om al dan geen adaptatiemaatregelen te gaan treffen.

In de gevallen waarin daadwerkelijk wordt tekortgeschoten in een zorgplicht, zal de prikkel tot een dergelijke beslissing naar verwachting het krachtigst zijn. In dergelijke gevallen is de kans immers het grootst dat een waterbeheerder aansprakelijk is voor de schade die zich dientengevolge voordoet. Datzelfde geldt voor gevallen waarin het vooralsnog onduidelijk is of wordt tekortgeschoten in een zorgplicht, maar waarin wel een concrete en acute dreiging van klimaatschade bestaat. Deze dreiging van aansprakelijkheid zal waterbeheerders er op basis van de gedragspresumptie naar verwachting toe stimuleren te beslissen dat adaptatiemaatregelen moeten worden getroffen. Ook indien een waterbeheerder redelijkerwijs kan voorzien dat hij zonder het treffen van maatregelen op korte termijn tekort zal schieten in een zorgplicht, bestaat een tamelijk concrete dreiging van aansprakelijkheid. Deze is wellicht minder krachtig en acuut dan die in de hierboven beschreven situatie, maar zal naar verwachting toch de nodige prikkels afgeven om tot de beslissing te komen dat het treffen van maatregelen op

¹⁵⁴ Zie paragraaf 4.3 en 4.4.

korte termijn noodzakelijk is. In het geval van onzekere toekomstige klimaatrisico's is de dreiging van aansprakelijkheid het geringst. Deze kan niet geheel worden weggedacht, maar zal als gevolg van de onzekerheid van de risico's zelf ook onzeker zijn en bovendien verder in de toekomst zijn gelegen. Het lijkt daarom onwaarschijnlijk dat waterbeheerders enkel en alleen onder invloed van deze onduidelijke en onzekere dreiging van aansprakelijkheid zullen worden geprikkeld maatregelen te treffen. Toch kan niet worden uitgesloten dat wordt besloten op korte termijn maatregelen te treffen om onzekere klimaatrisico's weg te nemen.

Het is de vraag in hoeverre ook de dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad naar verwachting haar invloed zal doen gelden op de beslissing om al dan niet adaptatiemaatregelen te treffen. Op basis van de gedragspresumptie valt in eerste instantie te verwachten dat waterbeheerders hiervan zullen afzien, indien het treffen van maatregelen vrijwel zeker een verplichting met zich brengt de nadelige gevolgen daarvan te compenseren. Deze nadelige gevolgen kunnen alleen worden voorkomen door geen maatregelen te treffen. Bij deze redenering wordt echter de mogelijke dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade wegens onrechtmatig nalaten over het hoofd gezien. Wanneer ook die dreiging in ogenschouw wordt genomen luidt de verwachting dat waterbeheerders zullen afzien van het treffen van maatregelen, zolang de nadelige gevolgen daarvan naar verhouding ernstiger zullen zijn dan die van het klimaatrisico waartegen daarmee wordt opgetreden. Hiervan zal vooral sprake zijn in de gevallen waarin een geringe of uiterst onzekere dreiging van klimaatschade slechts kan worden weggenomen door ernstige rechtmatige inbreuken te maken op individuele belangen. Pas wanneer de verwachte klimaatschade de nadelige gevolgen van het treffen van maatregelen overstijgt en de dreiging van aansprakelijkheid in dat verband voldoende concreet is, zullen waterbeheerders naar verwachting beslissen adaptatiemaatregelen te gaan treffen. Bij een keuze tussen 'twee kwaden' zullen zij immers kiezen voor de minst nadelige optie.

9.4.2.2. Beslissing 2: welke (soorten) maatregelen moeten worden getroffen?

Nadat de beslissing is genomen daadwerkelijk adaptatiemaatregelen te gaan treffen, dient de vraag zich aan welke maatregelen dat moeten zijn. In sommige gevallen ligt het gebruik van bepaalde instrumenten voor de hand of is men bijvoorbeeld vanuit geboden spoed aangewezen op bepaalde instrumenten, zodat beslissingen eenvoudig kunnen worden gemaakt. Zo is men bij een acute dreiging van een dijkdoorbraak al gauw aangewezen op de nodige verstevigingsmaatregelen en zal er geen tijd bestaan uitgebreid te inventariseren of de dreiging wellicht ook kan worden weggenomen door de vergroting van de bergings- en afvoercapaciteit van het watersysteem. Dat laatste kan uiteraard wel aan de orde komen, nadat de acute dreiging aan de hand van spoedmaatregelen is weggenomen. In andere gevallen bestaat meer tijd en ruimte voor het maken van een weloverwogen keuze tussen verschillende typen instrumenten of verschillende combinaties daarvan. Dit kan leiden tot de ontwikkeling van uiteenlopende maatregelenvarianten, waarmee hetzelfde adaptatiedoel kan worden bereikt via ver-

schillende wegen. Zo kan de waterveiligheid of de bescherming tegen wateroverlast in gelijke mate zijn gediend met de versterking van waterkeringen dan wel het aanleggen en inrichten van gebieden voor de tijdelijke berging van overtollig oppervlaktewater. Voorts kan bijvoorbeeld de dreiging van hemelwateroverlast worden beperkt of weggenomen door te investeren in de afvoercapaciteit van rioleringen, maar kan evengoed worden gekozen voor de tijdelijke berging van hemelwater op plaatsen waar het relatief weinig overlast veroorzaakt. Dit zijn slechts eenvoudige voorbeelden. Dreigende aansprakelijkheid kan de beslissingen tijdens deze fase beïnvloeden.

De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zal bij deze 'stap' in de oriëntatiefase naar verwachting echter een ondergeschikte rol spelen. Dat komt vooral doordat in deze fase nog geen formele besluitvorming plaatsvindt, maar slechts een inventarisatie van de maatregelen aan de hand waarvan bepaalde adaptatiedoelen kunnen worden bereikt. De invloed van deze vorm van aansprakelijkheidsdreiging is in de oriëntatiefase dus naar verwachting het grootst in verband met de beslissing of al dan geen maatregelen moeten worden getroffen (zie hierboven). Voor de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad geldt vermoedelijk het omgekeerde. Deze vorm van aansprakelijkheidsdreiging is op basis van de gedragspresumptie naar verwachting wel van invloed op de beslissingen van waterbeheerders omtrent de concrete keuze voor bepaalde maatregelen. Dat komt vooral doordat waterbeheerders zich bij het maken een keuze tussen een aantal op hoofdlijnen uitgewerkte varianten van maatregelen per variant reeds een globaal beeld kunnen vormen over de te verwachten omvang van de nadeelcompensatielast. Enig nadeel is vaak niet uit te sluiten, zodat het zinloos is te zoeken naar varianten die geen nadeel zullen veroorzaken. Wel kunnen ontwerpen van verschillende varianten vanuit dat oogpunt met elkaar worden vergeleken, hetgeen van invloed kan zijn op de keuze.

De dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad kan reeds van invloed zijn bij de ontwikkeling van ontwerpen van verschillende maatregelen. Op basis van de gedragspresumptie zullen waterbeheerders naar verwachting streven naar de ontwikkeling van varianten die zo weinig mogelijk nadeel met zich zullen brengen. Dit kan betekenen dat van de uitwerking van bepaalde (soorten) maatregelen wordt afgezien, juist omdat reeds op voorhand duidelijk is dat deze in vergelijking met andere soorten maatregelen onevenredig veel nadeel zullen veroorzaken. Ook bij de uiteindelijke keuze voor een concrete maatregel of maatregelvariant kan de dreiging van rechtmatigedaadsaansprakelijkheid een rol spelen. Indien meerdere tot een gelijk doel strekkende varianten in conceptvorm zijn uitgewerkt, zullen waterbeheerders naar verwachting kiezen voor de variant waarin de verwachte nadeelcompensatielast het geringst zal zijn. Van in dat opzicht relatief dure varianten zal in dat geval worden afgezien ten bate van de goedkopere. Hoe groter het verschil is, hoe meer de beïnvloedende werking van deze aansprakelijkheidsdreiging naar verwachting op de voorgrond zal treden. Mocht tijdens of na de inventarisatie van mogelijke maatregelen blijken dat de nadelige gevolgen hiervan niet in verhouding staan tot de klimaatschade die daarmee kan worden voorkomen, dan zullen waterbeheerders naar verwachting alsnog afzien van het treffen van maatregelen.

9.4.3. De voorbereidingsfase

Met het nemen van de beslissing om adaptatiemaatregelen te gaan treffen en de keuze voor een bepaalde maatregel of combinatie van maatregelen, eindigt de oriëntatiefase en gaat deze over in de voorbereidingsfase. Deze fase kan – vooral bij grootschalige adaptatieprojecten – een betrekkelijk lang en uitgebreid informeel voortraject kennen, bijvoorbeeld door de ontwikkeling en eventueel terinzagelegging van voorontwerpen van plannen en besluiten. Deze fase heeft echter steeds als sluitstuk de totstandkoming van de formele plannen en besluiten die nodig zijn voor de feitelijke uitvoering van de gekozen maatregelen. In de voorbereidingsfase staat dus niet meer de vraag centraal of en welke soort maatregelen moeten worden getroffen, maar betreft het vooral de concrete uitvoeringsgerichte uitwerking van de gekozen maatregelenvariant. In de voorbereidingsfase speelt de informatievergaring omtrent de relevante feiten en omstandigheden en de bij het project betrokken belangen een belangrijke rol. Mede op basis van die informatie dienen immers beslissingen te worden genomen ten aanzien van de feitelijk te treffen maatregelen. Dreigende aansprakelijkheid kan ook tijdens deze fase van invloed zijn op die beslissingen.

In de eerste plaats kan de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een rol spelen. Deze dreiging zal waterbeheerders er naar verwachting toe stimuleren om bij de voorbereiding van hun maatregelen de nodige zorgvuldigheid te betrachten en de andere in dat verband geldende rechtsregels in acht te nemen. De schending van dergelijke rechtsregels is immers een onrechtmatige gedraging die gevolgschade kan veroorzaken, waarvoor waterbeheerders aansprakelijk kunnen zijn. Ook de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad kan van invloed zijn op de beslissingen die waterbeheerders nemen bij de voorbereiding van hun adaptatiemaatregelen. Waterbeheerders zullen er bij de concrete voorbereiding van deze maatregelen naar verwachting naar streven het nadeel zo beperkt mogelijk te houden, uiteraard indien daartoe voldoende tijd en ruimte bestaat. Indien het mogelijk is om de omvang van de nadeelcompensatielast op voorhand te schatten of te berekenen, kan hiermee immers rekening worden gehouden tijdens de voorbereiding van de maatregelen. Deze invloed zal in de praktijk naar verwachting tamelijk groot zijn, aangezien er met schadepreventie in dit verband op verschillende terreinen veel valt te winnen. Het is daarentegen ook bekend dat de nadeelcompensatie in de praktijk soms wordt gebruikt als instrument om maatschappelijke weerstand tegen bepaalde projecten te voorkomen of te beperken. In dergelijke gevallen fungeert de nadeelcompensatie als ‘smeerolie’ en wordt ruimhartig omgegaan met de toekenning daarvan.

9.4.4. De uitvoeringsfase

De uitvoeringsfase begint, nadat de voor de uitvoering noodzakelijke plannen en besluiten, waarin de te treffen maatregelen nauwkeurig zijn uitgewerkt, onherroepelijk zijn geworden. Tijdens deze fase vindt dus de feitelijke uitvoering plaats van de in de voorbereidingsfase genomen beslissingen. Het kan voorkomen dat tijdens de feitelijke uitvoering schade ontstaat als gevolg van onzorgvuldigheden. Denk bijvoorbeeld aan

schade aan eigendommen door onvoorzichtig gebruik van werktuigen. Of denk aan situaties waarin de afronding van een project ernstige vertraging oploopt, doordat aan het begin van de uitvoering onherstelbare (constructie)fouten zijn gemaakt. Dergelijke schade valt aan te merken als gevolgschade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. De gevolgschade door onzorgvuldigheden in de uitvoering van adaptatiemaatregelen dient te worden onderscheiden van schade door procedurele of materiële vormen van onzorgvuldigheid bij de voorbereiding daarvan. De eerste soort schade kan immers geen aanleiding zijn voor de vernietiging van adaptatiebesluiten. Toch valt niet uit te sluiten dat een waterbeheerder of degene die de maatregelen feitelijk uitvoert aansprakelijk is voor de schade die ontstaat door onzorgvuldigheden of fouten tijdens de uitvoeringsfase.

Deze dreiging zal waterbeheerders of degenen die de maatregelen feitelijk uitvoeren naar verwachting stimuleren tijdens de uitvoering van adaptatiemaatregelen de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Dat kan betekenen dat zij tijdens de uitvoering de nodige gegevens verzamelen over de feitelijke hinder die de uitvoering voor de omgeving met zich brengt, of dat zij op een andere manier toezicht houden op of voorwaarden en eisen stellen aan de feitelijke uitvoering. Wanneer uitvoeringsschade dreigt, zullen zij zich voorts naar verwachting inspannen deze schade te voorkomen of te beperken. Het is overigens ook niet uitgesloten dat waterbeheerders reeds in de voorbereidingsfase investeren in de beperking van schade die zich mogelijk zal voordoen tijdens de uitvoeringsfase. Denk in dat geval bijvoorbeeld aan de aanleg van een tijdelijke waterkering die tijdens de uitvoeringsfase moet voorkomen dat zich waterschade zal voordoen in een geval waarin een te versterken waterkering door fouten in de uitvoering onverhoopt bezwijkt. Denk ook aan alternatieve instrumenten die kunnen worden ingezet, indien men tijdens de uitvoering van het eigenlijke plan op onuitvoerbaarheden stuit, of indien zich onverhoopt onvoorzienbare omstandigheden voordoen.

Het is de vraag in hoeverre de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad nog een rol kan spelen tijdens de uitvoeringsfase. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat gaandeweg de uitvoering blijkt dat het feitelijke nadeel dat de maatregel met zich brengt veel hoger uitvalt, dan tijdens de voorbereidingsfase werd of kon worden verwacht. Zo kan tijdens de uitvoering blijken dat bepaalde belangen op een onverwachte wijze worden getroffen. Het is niet uitgesloten dat dergelijk nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. Dat zal de waterbeheerder er naar verwachting toe stimuleren dit nadeel, voor zover dat mogelijk is, te voorkomen of te beperken. Hij zal in beginsel bereid zijn te investeren in schadepreventie, zolang de kosten daarvan de te verwachten schadelast niet zullen overstijgen. Indien dat niet mogelijk blijkt, zal hij de uitvoering voortzetten en het nadeel compenseren. Het is in mijn ogen niet waarschijnlijk dat een waterbeheerder gaandeweg de uitvoering van maatregelen zal beslissen de uitvoering niet langer voort te zetten om de reden dat bij voortzetting de nadeelcompensatielast te hoog wordt. Daarvan kan hoogstens sprake zijn, indien tijdens de uitvoering komt vast te staan dat in het geval van bekendheid met de onvoorzienbare omstandigheid wezenlijk andere beslissingen zouden zijn genomen tijdens de voorbereidings- of zelfs de oriëntatiefase. Al met al is de rol van de dreigende

aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad in de uitvoeringsfase naar verwachting beperkt.

9.4.5. Samenvatting

Hierboven maakte ik theoretisch onderscheid tussen drie opeenvolgende fasen waarin door waterbeheerders karakteristieke beslissingen worden genomen ten aanzien van de adaptatie aan klimaatverandering, te weten de oriëntatiefase, de voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Op basis van de gedragspresumptie kunnen verwachtingen worden geschetst over de wijze waarop dreigende aansprakelijkheid van invloed is op dergelijke beslissingen. Ik geef hieronder een overzicht van die verwachtingen. In hoofdstuk 10 ga ik binnen de kaders van drie praktijkgevallen na in hoeverre deze verwachtingen een waarheidsgetrouwe weerspiegeling van de werkelijkheid vormen. Aan de hand daarvan kunnen ook uitspraken worden gedaan over de praktische waarde van het preventieelstuk.

Oriëntatiefase (beslissing 1)

De beslissing om al dan geen maatregelen te treffen kan worden beïnvloed door een dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige en rechtmatige daad. Zolang een waterbeheerder tekortschiet in een wettelijke zorgplicht, zal deze naar verwachting maatregelen treffen, teneinde deze onrechtmatige situatie op te heffen en aansprakelijkheid voor klimaatschade te voorkomen. Zolang een waterbeheerder niet tekortschiet in een van zijn zorgplichten, bestaat er geen directe dreiging van aansprakelijkheid en bestaat met het oog daarop geen rechtstreekse aanleiding om maatregelen te treffen. Wel kunnen de verwachtingen omtrent klimaatverandering een toekomstige dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade in het leven roepen. De mate van onzekerheid hieromtrent is van invloed op de preventieve werking van de aansprakelijkheidsdreiging: hoe onzekerder een klimaatrisico is (en hoe verder dit in de toekomst is gelegen), hoe zwakker de gedragsprikkel van de dreigende aansprakelijkheid zullen zijn. Waterbeheerders zullen dus naar verwachting minder gauw geneigd zijn adaptatiemaatregelen te treffen, naarmate een klimaatrisico is omgeven met een grotere mate van onzekerheid. Op basis van de gedragspresumptie zullen zij naar verwachting afzien van het treffen van maatregelen, indien reeds op voorhand blijkt dat de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade slechts kan worden weggenomen door maatregelen te treffen, waarvan de kosten (met inbegrip van de verwachte nadeelcompensatielast) die van de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen. In dat geval zullen zij het risico op aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad dus naar verwachting voor lief nemen.

Oriëntatiefase (beslissing 2)

De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is naar verwachting niet van invloed op beslissingen in verband met de vraag welke maatregelen dienen te worden getroffen. Beslissingen in dat verband zullen naar verwachting wel worden

beïnvloed door de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Waterbeheerders zullen onderzoeken aan de hand van welke maatregelen het gewenste adaptatiedoel kan worden bereikt. Indien op voorhand blijkt dat bepaalde soorten maatregelen naar verhouding meer nadeel met zich brengen dan andere, dan zullen zij zonder meer afzien van een nadere uitwerking daarvan. Uiteindelijk valt op basis van de gedragspresumptie te verwachten dat waterbeheerders, bij de keuze voor een tijdens de voorbereidingsfase nader uit te werken maatregelvariant, kiezen voor de variant waarvan zij vermoeden dat die in vergelijking met andere varianten het minste te compenseren nadeel met zich brengt. Zij zullen naar verwachting alsnog afzien van het treffen van maatregelen, indien blijkt dat de kosten van de onderzochte varianten de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen.

Vorbereidingsfase

Tijdens de voorbereidingsfase kan zowel de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige, als die uit onrechtmatige overheidsdaad van invloed zijn op de in dat verband te nemen beslissingen. Op grond van beide soorten aansprakelijkheid zullen waterbeheerders zich naar verwachting inspannen de gevolgschade van de gekozen maatregel te voorkomen of te beperken. Op basis van de gedragspresumptie zullen waterbeheerders, bij de nadere uitwerking van de door hen tijdens de oriëntatiefase gekozen variant, naar verwachting alle relevante procedurele en materiële vereisten in acht nemen, teneinde aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade wegens de schending van dergelijke normen te voorkomen. Voorts zullen zij ernaar streven het te compenseren nadeel dat de gekozen maatregel met zich zal brengen zo veel mogelijk te beperken. Daartoe zullen zij zich inspannen de verwachte nadeelcompensatielast in kaart te brengen en zullen zij onderzoeken op welke wijze en tegen welke eventuele kosten deze last kan worden beperkt. Zolang deze kosten de verwachte schadelast niet overstijgen, zullen waterbeheerders schadebeperkende maatregelen treffen.

Uitvoeringsfase

Ook tijdens de uitvoeringsfase bestaat nog een aansprakelijkheidsdreiging. De dreiging van aansprakelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte uitvoeringsschade zal waterbeheerders of degenen die de maatregelen feitelijk uitvoeren er naar verwachting toe stimuleren zorgvuldig te werk te gaan bij de uitvoering en de in verband daarmee gestelde voorschriften in acht te nemen. De invloed van dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad zal naar verwachting een minder grote invloed hebben op de gedragingen van waterbeheerders tijdens de uitvoeringsfase. Indien zich tijdens deze fase nadeel verwezenlijkt waarmee tijdens de eerdere fasen geen rekening is gehouden, zullen waterbeheerders naar verwachting alsnog trachten dit nadeel te beperken. Indien dat niet goed mogelijk blijkt zonder hoge kosten te maken of af te wijken van de gestelde voorschriften, dan zal de maatregel naar verwachting worden uitgevoerd en het nadeel worden gecompenseerd. Slechts wanneer komt vast te staan dat bij veronderstelde bekendheid met het nadeel tijdens de eerdere fasen wezenlijk andere beslissingen zouden zijn genomen, zal de uitvoering wellicht worden gestaakt en zullen de beslissingen worden heroverwogen.

9.5. Conclusies

Sinds het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw vindt in de Nederlandse juridische literatuur discussie plaats over de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Het debat concentreerde zich aanvankelijk op de vraag welke functies daadwerkelijk als zelfstandige functies kunnen worden aangemerkt. Dat leidde gaandeweg tot de erkenning van de compensatiefunctie en de preventiefunctie als zelfstandige functies van het aansprakelijkheidsrecht. Tijdens een volgende fase in het debat stond de vraag centraal welke van deze functies diende te worden aangemerkt als hoofdfunctie. Mede onder invloed van de toenemende aandacht voor de rechtseconomische benadering van het (aansprakelijkheids)recht won de preventiefunctie steeds meer aan aanhang, zodat de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht langzaam maar zeker overliep in een debat over de preventiefunctie. Tijdens deze fase schoot het preventieleerstuk steeds diepere wortels in het theoretisch-juridische debat. De compensatie raakte daarbij op de achtergrond als zelfstandige functie en werd steeds meer beschouwd als een aan de preventiefunctie dienstbaar middel. Ik betoogde echter dat de compensatiefunctie – wegens de wederkerige afhankelijkheid van regels over aansprakelijkheid en schadevergoeding – wel degelijk als zelfstandige functie dient te worden beschouwd, ook wanneer men de preventie van schade als primaire functie erkent. Gaandeweg vertakte zich vanuit het preventiedebat een discussie over de *ex-antehandhaving* van rechtsregels, onder meer door middel van het aansprakelijkheidsrecht. Zodoende is het preventieleerstuk in theoretische zin tot volle wasdom gekomen.

Een en ander betekent naar mijn mening echter niet dat het preventiedebat tot een einde is gekomen. In mijn ogen dienen de ontwikkelingen op (ten minste) drie punten te worden voortgezet, teneinde dit debat te verrijken. Zo dient in het huidige handhavingsdebat meer aandacht te worden geschonken aan de *ex-antehandhaving* van tot de overheid gerichte publiekrechtelijke rechtsregels door middel van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Dat is in mijn ogen overigens het enige aansprakelijkheidssysteem waaraan een duidelijke preventiedoelstelling ten grondslag ligt. Parallel aan die discussie dient voorts een debat te worden gevoerd over de mogelijke gedragseffecten van systemen van (overheids)aansprakelijkheid die niet primair strekken tot de *ex-antehandhaving* van rechtsregels, zoals het systeem van de nadeelcompensatie. Aan dergelijke systemen ligt in mijn ogen geen duidelijke preventiedoelstelling ten grondslag, hetgeen niet betekent dat daarvan geen preventieve werking kan uitgaan. Bovendien heeft de discussie tot op heden een hoog theoretisch karakter gehad, terwijl men zich mijns inziens juist zou moeten inspannen tot de ontwikkeling van een empirische basis onder het preventieleerstuk, en waar nodig tot een nadere nuancering daarvan. Daarbij dient men, met het oog op de huidige stand van de juridische wetenschap, de algemene presumptie als uitgangspunt te nemen, dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers stimuleert tot schadepreventie. Dit proefschrift draagt op de bovengenoemde punten bij aan de verrijking van het preventiedebat.

De op basis van de genoemde gedragspresumptie te schetsen verwachtingen kunnen voorts worden getoetst aan uiteenlopende praktijkgevallen. Er bestaat geen zwaar-

wegende reden om op voorhand aan te nemen dat deze algemene presumptie zich niet leent voor toepassing in verband met overheidsgedragingen. Daarom schetste ik op basis van deze presumptie in paragraaf 9.4 verwachtingen over de wijze waarop dreigende aansprakelijkheid van invloed zal zijn op de beslissingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Ik maakte wat dat betreft globaal onderscheid tussen drie opeenvolgende fasen in het beslisproces, te weten de oriëntatiefase, de voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Tijdens elke fase worden karakteristieke beslissingen genomen, waarop uiteenlopende vormen van dreigende aansprakelijkheid van invloed kunnen zijn. Met het schetsen van die verwachtingen is een eerste, zij het een abstract beeld ontstaan van de wijze waarop waterbeheerders bij het nemen van hun beslissingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting zullen reageren op verschillende vormen van in het vooruitzicht liggende aansprakelijkheid. Of deze verwachtingen een juiste weerspiegeling van de werkelijkheid vormen, dient te worden onderzocht. Daarbij kan het vermoeden lastig worden onderdrukt dat een en ander in de praktijk van het Nederlandse waterbeheer genuanceerder ligt. Daarover kan in theoretisch opzicht slechts worden gespeculeerd. Daarom toets ik de geschetste verwachting in het volgende hoofdstuk aan een drietal praktijkgevallen.

≈ 10 Praktijkonderzoek

10.1. Inleiding

Aan het eind van het vorige hoofdstuk schetste ik op basis van de daar besproken gedragspresumptie verwachtingen over de wijze waarop de beslissingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering zullen worden beïnvloed door verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid. In dit hoofdstuk staat de toetsing van die verwachtingen aan drie praktijkgevallen centraal. In hoeverre vormen de op basis van die presumptie te schetsen verwachtingen een betrouwbare weerspiegeling van de werkelijkheid en in hoeverre biedt de praktijk aanwijzingen voor een nadere nuancering van dat algemene uitgangspunt? Hieronder volgt in de eerste plaats een verantwoording van de selectie van de praktijkgevallen en van de wijze waarop de verslaglegging van het praktijkonderzoek heeft plaatsgevonden (paragraaf 10.2). Daarop volgt paragraafsgewijs een inhoudelijke uitwerking en analyse van de geselecteerde praktijkgevallen. Zo staat in paragraaf 10.3 de analyse centraal van het duinversterkingsproject met betrekking tot de zogenoemde ‘zwakke schakel’ in Noordwijk aan Zee. In paragraaf 10.4 analyseer ik de gang van zaken omtrent de versteviging van veenkaden op het beheersgebied van hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht in de periode na de kadeverschuiving in Wilnis. In paragraaf 10.5 komen de inspanningen van de gemeente Westland aan de orde in verband met de dreiging van wateroverlast door hevige regenval in sterk verharde delen van het gemeentelijk grondgebied. In paragraaf 10.6 plaats ik de uitkomsten van het praktijkonderzoek in het licht van de in paragraaf 9.4 geschetste verwachtingen. Ik sluit in paragraaf 10.7 af met een korte conclusie.

10.2. Verantwoording van selectie en aanpak

Het praktijkonderzoek dat aan dit hoofdstuk ten grondslag ligt, betreft de analyse van drie praktijkgevallen. Elk van deze gevallen bevindt zich binnen het thematische kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. De analyse richt zich in het bijzonder op de beantwoording van de vraag 1) in hoeverre de dreiging van aansprakelijkheid van invloed is geweest op de beslissing om al dan geen adaptatiemaatregelen te treffen, en 2) in hoeverre en op welke wijze deze dreiging van invloed is geweest op andere (beleids)beslissingen in verband met de keuze voor, de voorbereiding van en de uitvoering van dergelijke maatregelen. Bij de selectie van de te bestuderen praktijkgevallen is gestreefd naar thematische diversiteit en is voorts een aantal andere criteria gehanteerd. Als uitgangspunt gold dat elke casus ten minste één van de in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering relevante

beleidsthema's diende te vertegenwoordigen. Als bijkomend criterium gold dat per casus sprake moest zijn van een min of meer concrete en duidelijke dreiging van klimaat schade. Zonder duidelijk verband met klimaatverandering bestaat er immers ook geen aanleiding te menen dat sprake is van dreigende aansprakelijkheid in het kader van de adaptatie daaraan.

Bij de concrete selectie is de geschiktheid van de afzonderlijke casus beoordeeld aan de hand van een korte voorstudie. Indien mogelijk, werd die voorstudie gebaseerd op eerder verricht onderzoek. Tijdens de voorstudies zijn per casus in kort bestek de achtergrond en feiten in kaart gebracht en is voorbereidend onderzoek gedaan naar de concrete dreiging van aansprakelijkheid. Bij die beoordeling is primair getoetst aan de bovengenoemde criteria. Voorts is op hoofdlijnen nagegaan in hoeverre de betreffende casus zich leende voor de beantwoording van de hierboven gestelde vraag. In verband daarmee is bij de selectie ook rekening gehouden met enkele praktische aspecten, zoals de beschikbaarheid en openbaarheid van en feitelijke beschikking over relevante (project)informatie, de bereidheid van betrokkenen om medewerking te verlenen aan het onderzoek, de mate van complexiteit van de betreffende casus, en het stadium waarin de ontwikkelingen van de betreffende projecten zich bevonden. Een en ander heeft geleid tot de selectie van de volgende praktijkgevallen: 1) het project duinversterking Noordwijk,¹ 2) de versteviging van veenkaden na de kadeverschuiving in Wilnis in 2003,² en 3) het voorkomen en beperken van wateroverlast in sterk verharde gebieden binnen de gemeente Westland.³ Bij de structurering van de verslaglegging van het in de afzonderlijke casus verrichte praktijkonderzoek is bewust geanticipeerd op en ruimte gelaten voor vervolgonderzoek.

Na de selectie zijn de afzonderlijke praktijkgevallen inhoudelijk geanalyseerd. In de eerste plaats zijn contactpersonen benaderd en is nadere informatie omtrent de afzonderlijke projecten verzameld. Op basis daarvan zijn de beschrijvingen van de achtergrond en feiten uit de voorstudies nader onderzocht en uitgewerkt. De nadruk lag daarbij op de inhoudelijke analyse van de in de verschillende fasen van de projectprocedure of het proces genomen beslissingen. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de beslissing om daadwerkelijk maatregelen te treffen, beslissingen omtrent de keuze voor een specifieke maatregelenvariant, en beslissingen in verband met de voorbereiding van de uitvoering van de gekozen variant. Aan de hand van gesprekken met betrokkenen en de bestudering van relevante (beleids)documenten is onderzocht welke rol verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid hebben gespeeld bij de totstandkoming van dergelijke beslissingen. Van de analyse van de relevante documenten en deze gesprekken zijn verslagen opgesteld. Deze hebben als basis gediend voor de uiteindelijke verslaglegging in dit proefschrift. In de gevallen waarin zich in de loop van het onderzoek nieuwe ontwikkelingen voordeden, heeft naar aanleiding daarvan vervolgonderzoek plaatsgevonden en zijn vervolggesprekken gevoerd. Voor

1 Zie hierover Gilissen & Schueler 2012 en Gilissen e.a. 2010.

2 Zie hierover Gilissen & Schueler 2012.

3 Zie hierover Gilissen, Van Rijswick & De Gier 2010.

de uiteindelijke verslaglegging in dit proefschrift is met het oog op de overzichtelijkheid van dit hoofdstuk gekozen voor een vaste structuur.

10.3. Duinversterking ‘zwakke schakel’ Noordwijk⁴

10.3.1. Achtergrond en feiten

Het nationale kustbeleid tussen 1990 en 2000 kenmerkte zich door een dynamische handhaving van de kustlijn, voornamelijk door middel van zandsuppleties, en dynamisch duinbeheer. Dit beleid is overwegend succesvol gebleken en vormt daarom nog steeds de kern van het huidige kustbeleid. Een sterke relatie tussen kustveiligheid en ruimtegebruik ontbrak daarin echter nog, terwijl de samenhang tussen waterbeleid en ruimtelijke ordening een nadrukkelijke basis vormde onder de Vierde Nota Waterhuishouding. Deze samenhang is in het kustbeleid geïntroduceerd in de 3^e Kustnota.⁵ Hierin werd onder meer melding gemaakt van potentiële *zwakke schakels* in de kustverdediging, waar met het oog op de toenemende kans op schade als gevolg van klimaatverandering (voornamelijk zeespiegelstijging) op termijn maatregelen noodzakelijk zouden zijn. Nader onderzoek zou die zwakke schakels moeten identificeren.

Een en ander leidde op 31 januari 2003 tot de vaststelling van het ‘Procesplan zwakke schakels in de Nederlandse kust’⁶ door de aan het Bestuurlijk Overleg Kust deelnemende overheden, met als doel ‘het waarborgen van een tijdige, doeltreffende en doelmatige aanpak van zwakke schakels in de kust, waar op grond van duurzame veiligheid en vanuit ruimtelijke overwegingen, maatregelen nodig zijn’. Voorts beoogde het plan een algemeen landelijk kader te scheppen voor het samenspel tussen de actoren in een evenwichtig proces van samenwerking, overleg, planvorming, onderkenning van nieuwe ontwikkelingen, prioriteitstelling, besluitvorming, financiering en uitvoering.⁷

Het plan identificeerde een aantal prioritaire zwakke schakels⁸ en beschreef de verantwoordelijkheden van de bij het proces betrokken overheden (en derden) op hoofdlijnen. Zo dichtte het procesplan de rijksoverheid hoofdzakelijk de sturing van het proces op hoofdlijnen toe (algemene regie), waar de provincies belangrijke taken kregen toebedeeld in het ontwikkelen en coördineren van gebiedsvisies en het goedkeuren van versterkingsplannen (regie per zwakke schakel). De concrete planvorming en de uitvoering kwamen hoofdzakelijk toe aan de waterschappen, als beheerder van de primaire waterkeringen. De gemeenten werden primair verantwoordelijk gehouden

4 Zie voor een uitgebreide juridische en bestuurskundige analyse van dit project Gilissen e.a. 2010. Onderstaande vormt een gedeeltelijke bewerking van Gilissen & Schueler 2012, p. 179-184.

5 Zie Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000.

6 Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003.

7 Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003, p. 7.

8 Noordwijk wordt in het plan overigens nog niet aangeduid als zwakke schakel, omdat onder meer de consequenties van een zwaardere golfbelasting bij boulevardbadplaatsen ten tijde van de opstelling van het plan nog niet nader waren onderzocht. Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003, p. 11 en 12.

voor de ruimtelijke inrichting van het gebied.⁹ Het procesplan werd door de bij de totstandkoming daarvan betrokken overheden beschouwd als een goede basis voor het op een voortvarende wijze ingaan van het proces ter versterking van de zwakke schakels in de Nederlandse kust.¹⁰

In aanvulling op het procesplan hebben de betrokken beheerders van de zee-waterkeringen in juni 2003 zogenoemde beheerderoordelen opgesteld met betrekking tot de feitelijke toestand van de waterkeringen. Uit het beheerderoordeel van het hoogheemraadschap van Rijnland bleek onder meer dat de (voorspelde) grotere golfbelasting tot gevolg had dat de zeewering in Noordwijk aan Zee onvoldoende sterk was, dan wel op termijn onvoldoende sterk zou zijn om het vereiste veiligheidsniveau te bieden. Daarnaast werd geoordeeld dat de ruimtelijke en economische ontwikkelingen in Noordwijk werden beperkt door de ligging van bebouwing in de waterkeringszone.¹¹ Dit was voor de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat eind 2003 aanleiding om de zeewering in Noordwijk aan Zee, evenals negen andere locaties langs de Nederlandse kust, formeel aan te wijzen als zwakke schakel.¹² Naast Noordwijk kregen zeven andere zwakke schakels tevens de status 'prioritair'.¹³

Zes van de tien zwakke schakels, waaronder Noordwijk aan Zee, waren gelegen op het grondgebied van de provincie Zuid-Holland. Deze provincie heeft in 2004 als reactie op de aanwijzing van de staatssecretaris het project 'Kustvisie Zuid-Holland' gestart, waarmee de provincie de integrale regie van de planvorming met betrekking tot de afzonderlijke zwakke schakels op zich nam.¹⁴ Per zwakke schakel werd binnen het project Kustvisie een projectgroep opgericht, waarin vertegenwoordigers van de betrokken partijen zitting namen. In de projectgroep 'Versterking zwakke schakel Noordwijk' waren zowel Rijkswaterstaat Zuid-Holland, de provincie Zuid-Holland, het hoogheemraadschap van Rijnland, als de gemeente Noordwijk vertegenwoordigd. Deze projectgroep diende ter begeleiding van de werkzaamheden voor de planstudie. Het hoogheemraadschap van Rijnland was als beheerder van de waterkering tijdens het verdere procesverloop initiatiefnemer en eindverantwoordelijke. In die hoedanigheid leidde het hoogheemraadschap de projectgroep en diende het formeel het duinversterkingsplan vast te stellen en uit te voeren.¹⁵

Ter aanvang van de planstudie publiceerde de projectgroep, onder leiding van het hoogheemraadschap van Rijnland,¹⁶ op 3 mei 2005 een startnotitie, waarin moge-

9 Deze verdeling van bevoegdheden is overigens niet opzienbarend, want sluit goed aan bij de taakstelling van de betrokken overheden.

10 Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003, p. 23.

11 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2005, p. 9.

12 Het betreft de volgende locaties: Den-Helder – Callantsoog, en de Hondsbossche en Pettemer Zeewering in Noord-Holland, Noordwijk, Scheveningen, de Delflandse Kust en het Flauwe Werk in Zuid-Holland, en Zuidwest-Walcheren en West-Zeeuws-Vlaanderen in Zeeland.

13 De status 'prioritair' betekent niet dat het nemen van maatregelen bij deze zwakke schakels urgenter is dan bij de andere, maar dat daarbij de ruimtelijke kwaliteit (natuur, landschap, economische functie of recreatie) tevens een belangrijke rol speelt.

14 Zie <<http://www.kustvisiezuidholland.nl>>.

15 Zie het toenmalige art. 7 Wet op de waterkering; vgl. art. 5.5 e.v. Waterwet.

16 Hierna worden de werkzaamheden en de documenten die binnen de projectgroep 'Versterking zwakke schakel Noordwijk' zijn uitgevoerd of tot stand gekomen aangeduid als handelingen van het hoogheem-

lijke landwaartse (3), consoliderende (1) en zeewaartse (3) oplossingen voor de versterking van de waterkering in Noordwijk werden verkend, en werden beoordeeld op hun haalbaarheid.¹⁷ De landwaartse oplossingen bleken hierbij op voorhand een te omvangrijke en kostbare ruimtelijke ingreep voor Noordwijk en de directe omgeving, en kwamen evenmin tegemoet aan de doelstellingen van de planstudie. Daarom werd ervoor gekozen om deze oplossingen in het verdere verloop van de planstudie buiten beschouwing te laten.¹⁸ De zeewaartse en consoliderende varianten voldeden wel aan alle doelstellingen van de planstudie, zodat deze in een projectnota nader zouden worden uitgewerkt. De consoliderende variant betrof het op de plaats houden van de huidige afslaglijn door middel van het aanbrengen van zand. De drie zeewaartse varianten betroffen de verplaatsing van de afslaglijn in zeewaartse richting door middel van het aanbrengen van een 'zandbanket', het plaatsen van een damwand of dijktaalud, of het construeren van een dijk in de duinen.

In een tussenrapportage in september 2005 werden de vier varianten nader uitgewerkt met het oog op de ruimtelijke inpassing, de kosten en de effecten voor de omgeving. Naar aanleiding daarvan werd een projectnota opgesteld.¹⁹ Het primaire doel van deze projectnota was om de uiteenlopende effecten van de diverse oplossingsrichtingen op een heldere en inzichtelijke wijze te presenteren en te vergelijken. Op basis van de beschrijving van de effecten en de vergelijking daarvan werd door het hoogheemraadschap van Rijnland de verplaatsing van de afslaglijn in zeewaartse richting door middel van het construeren van een *dijk in de duinen* als voorkeursalternatief aangegeven. Dit alternatief zou nader worden uitgewerkt in een ontwerp-versterkingsplan. Het verdient opmerking dat deze variant niet de goedkoopste of minst ingrijpende was. De hierna te noemen voordelen van deze variant wogen echter zwaarder dan de hogere kosten en het ingrijpendere karakter daarvan ten opzichte van de andere varianten.

Op 30 juni 2006 werd het ontwerp-versterkingsplan gepubliceerd.²⁰ Hierin werd, mede op grond van ingekomen reacties, het voorkeursalternatief nader uitgewerkt en de keuze voor dat alternatief nader gemotiveerd. Het voorkeursalternatief ging uit van een dijktaalud dat zou oplopen van 8,50 meter boven NAP naar 11 meter boven NAP. Tevens ging dit alternatief uit van een duinverbreding van 50 meter voor het dijktaalud, en van een duinverbreding van 30 meter over een lengte van 250 meter ten noorden en zuiden van het dijktaalud, waarna over een lengte van 750 meter de duinen aan de noord- en zuidzijde zouden aansluiten op de reeds aanwezige duinen. Daarbij zou in het onderhavige traject een steenbekleding worden aangebracht in de toenmalige duinzone. De keuze was op deze variant gevallen, omdat hiermee de veiligheid van het achterland optimaal zou worden gewaarborgd, terwijl een aanvullende

raadschap van Rijnland. De besluiten, zoals vaststelling van het versterkingsplan, werden ook formeel genomen door het hoogheemraadschap.

17 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2005.

18 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2005, p. 52.

19 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006a. Deze projectnota is opgesteld aan de hand van de startnotitie en de daarbij behorende nota van beantwoording. Deze en andere relevante documenten zijn te raadplegen op <<http://www.kustvisie.nl>>.

20 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006b.

duinverbreding in de toekomst mogelijk zou blijven. Voorts zouden er nog ruimtelijke ontwikkelingen in de kernzone kunnen plaatsvinden en zou de ruimtelijke kwaliteit van Noordwijk hierdoor niet of minimaal negatief worden beïnvloed.²¹

In het ontwerp-versterkingsplan werd tevens ingegaan op de tijdelijke ingebruikname van percelen van derden of delen daarvan en de vergoeding van nadeel dat zou voortvloeien uit het treffen van maatregelen.²² Het hoogheemraadschap wenste te dien aanzien in de eerste plaats in den minne overeenstemming te bereiken over het gebruik van percelen. Indien geen overeenstemming zou kunnen worden bereikt, zou op deze gronden een gedoogplicht van toepassing worden. Met betrekking tot de nadeelcompensatie werd in het plan zonder nadere overwegingen verwezen naar de toenmalige nadeelcompensatieregeling van het hoogheemraadschap.²³ Ten slotte werd ingegaan op de voor het project benodigde vergunningen.²⁴

De projectnota en het ontwerp-versterkingsplan zijn in juli 2006 ingediend bij de Gedeputeerde Staten van de provincie Zuid-Holland. Tussen 2 oktober en 13 november hebben het ontwerp-versterkingsplan, de projectnota en de aanvragen en ontwerpbesluiten voor de benodigde vergunningen²⁵ ter inzage gelegen. Eenieder kon daartegen in die periode zienswijzen indienen. Er zijn in die periode 22 zienswijzen ontvangen.²⁶ In een nota van beantwoording heeft het hoogheemraadschap van Rijnland gereageerd op deze zienswijzen.²⁷ Enkele zienswijzen hebben tot aanpassingen in het definitieve plan ten opzichte van het ontwerp geleid. Zo werd de maximale hoogte van de constructie vastgesteld op 10,30 meter boven NAP in plaats van 11 meter boven NAP, en werd de maximale verbreding van de duinenrij vastgesteld op 42 meter in plaats van 50 meter.

Op 31 januari 2007 is het definitieve versterkingsplan vastgesteld door de Verenigde Vergadering van het hoogheemraadschap van Rijnland en ter goedkeuring toegezonden aan Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland.²⁸ Bij besluit van 1 maart hebben GS hun goedkeuring aan het plan gegeven.²⁹ Het goedkeuringsbesluit en andere relevante besluiten en documenten hebben tussen 5 maart en 16 april 2007 ter inzage gelegen. Tegen deze besluiten stond direct beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.³⁰ Voor zover bekend is er één beroepsprocedure

21 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006b, p. 14-17.

22 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006b, p. 29-31.

23 Zie Verordening Schadevergoeding Rijnland 2005, waarvan op 9 mei 2008 een geconsolideerde versie is vastgesteld. Deze regeling is inmiddels vervangen door de algemene regeling in de Waterwet.

24 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006b, p. 32-36.

25 Het betrof vergunningen op grond van de Ontgrondingenwet, de Wet beheer rijkswaterstaatswerken, de Wet op de Ruimtelijke Ordening (aanlegvergunning), de Flora- en faunawet, en de keur van het hoogheemraadschap.

26 Drie daarvan zijn ontvangen na het sluiten van de daarvoor bedoelde termijn. Deze zienswijzen zijn niet ontvankelijk verklaard, maar met het oog op de zorgvuldige besluitvorming toch meegenomen bij de vaststelling van het definitieve versterkingsplan.

27 Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2006c.

28 Er is tevens een brochure opgesteld en rondgestuurd in de regio. In deze brochure is een planning van het project opgenomen, en informatie over het uit te voeren project en het proces dat tot dat project heeft geleid. Zie Hoogheemraadschap van Rijnland 2007.

29 Zie Besluit van 1 maart 2007, kenmerk DGWM/2007/2600.

30 Zie kennisgeving 5 maart 2007.

doorlopen, waarin de klachten overigens ongegrond zijn verklaard.³¹ Het goedkeuringsbesluit en het duinversterkingsplan zijn daarmee onherroepelijk vast komen te staan.

Op 3 september 2007 is de feitelijke uitvoering van de kustversterking in Noordwijk begonnen. In juli en augustus van dat jaar zijn reeds enkele voorbereidende werkzaamheden verricht, zoals het ‘verhuizen’ van hagedissen. In eerste instantie is met 650.000 kubieke meter zand een nooddijk aangelegd, waarna de oude duinen zijn afgegraven (186.140 kubieke meter). Daarna is de harde dijk aangelegd, hetgeen werd gevolgd door het aanleggen van duinen voor en op de dijk. Ten slotte is door middel van het opspuiten van 900.000 kubieke meter zand het strand verbreed en is het nieuwe duin aangesloten aan de reeds bestaande duinen ten noorden en zuiden van de projectlocatie. Het hele project heeft 20 miljoen euro gekost. De werkzaamheden werden in april 2008 afgerond, waarna het strand van Noordwijk weer voor het publiek toegankelijk werd gesteld.³²

10.3.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid

10.3.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht

De hierboven beschreven maatregelen zijn getroffen om de dreiging van klimaat-schade als gevolg van overstromingen en wateroverlast vanuit zee te beperken. Uit de feiten blijkt dat Noordwijk aanvankelijk niet als zwakke schakel werd aangemerkt. De aanwijzing vond nadrukkelijk plaats op aanraden van de beheerder zelf. Het was immers de beoordeling van die beheerder die aanleiding gaf de betreffende zeekering als zodanig aan te merken. De beheerder stelde in zijn beheerderoordeel dat de zeekering niet langer bleek te voldoen aan het wettelijke veiligheidsvereiste. Naast de dreiging van klimaat-schade bestond dus een reële dreiging van aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht. Uit het gedrag van de beheerder kan worden afgeleid dat deze zich van die dreiging bewust was. Dit werd in een interview ook niet ontkend. Het hoogheemraadschap is zich volkomen bewust van zijn wettelijke taken en is ervan op de hoogte dat taakverwaarlozing kan leiden tot aansprakelijkheid. Wel werd benadrukt dat, ondanks dat de zeekering niet aan de wettelijke norm voldeed, nooit een ontoelaatbare onveilige situatie heeft bestaan. De kans op schade is altijd uiterst klein geweest, en de dreiging van aansprakelijkheid dus zeer gering en onzeker.

Toch is het nooit een optie geweest enig schaderisico voor lief te nemen. Dit is ook benadrukt in het genoemde beheerderoordeel. Bij de vraag of maatregelen moeten worden getroffen redeneert en handelt de beheerder echter niet primair vanuit juridisch perspectief. De wettelijke taak wordt veeleer benaderd vanuit een technisch perspectief en vanuit een verantwoordelijkheidsbesef. Het schaderisico moet op grond van die benadering optimaal worden beperkt, maar niet zozeer omdat men aansprakelijkheid wegens het niet naleven van de wettelijke zorgplicht wil voorkomen, maar

³¹ Zie ABRvS 5 maart 2008, 200702359/1.

³² Meer informatie over de gang van zaken met betrekking tot de feitelijke uitvoering van de kustversterkingswerkzaamheden is te raadplegen op <<http://www.rijnland.net>>.

juist omdat de beheerder zich verantwoordelijk voelt voor de veiligheid binnen het beheersgebied. Daarbij geldt de wettelijke norm als uitgangspunt: de beheerder voelt zich aangespoord tot het treffen van maatregelen, indien een kering niet langer blijkt te voldoen aan de gestelde veiligheidsnorm. De dreiging van aansprakelijkheid werd in casu overigens beschouwd als te gering en onzeker om zelfstandige invloed uit te oefenen op het activiteitsniveau van de beheerder. De geïnterviewde kon geen antwoord geven op de vraag of dat anders zou zijn geweest, indien sprake was geweest van een ernstige schadedreiging. Hij zou zich kunnen voorstellen dat het voorkomen van aansprakelijkheid in een situatie met een concrete en ernstige schadedreiging hoger op de lijst zou komen te staan van redenen om maatregelen te treffen. Dergelijke situaties hebben zich echter vooralsnog niet voorgedaan binnen het beheergebied van het hoogheemraadschap.

10.3.2.2. Schending van gedragsvoorschriften

De beheerder hecht veel algemene waarde aan een grote mate van zorgvuldigheid bij de totstandkoming en uitvoering van plannen en besluiten. Verschillende elementen in de hierboven beschreven procedure geven blijk van die houding. Zo is gestreefd naar een hoog niveau van bestuurlijke samenwerking. Daarenboven stond de actieve betrokkenheid van particuliere partijen centraal. Deze zijn reeds in een vroeg stadium van de procedure in de gelegenheid gesteld en uitgenodigd om mee te denken, te reageren op verschillende beleidsvoornemens, en inspraak te hebben tijdens de formele fasen van de plan- en besluitvorming. Openheid en openbaarheid moesten die inbreng stimuleren en faciliteren, en tevens zorgen voor maatschappelijk draagvlak. Een en ander moest leiden tot de keuze voor de variant die vanuit een meervoudige optiek 'het best paste' binnen de omgeving. Bij de nadere uitwerking daarvan is ernaar gestreefd acht te slaan op alle betrokken belangen, waarbij als uitgangspunt gold dat geen van die belangen op onaanvaardbare wijze mocht worden geschaad. In de gevallen waarin de projectbelangen onverenigbaar zouden blijken met particuliere belangen, is compensatie in het vooruitzicht gesteld. In een interview werd benadrukt dat bij grootschalige projecten juist moet worden geïnvesteerd in zorgvuldigheid. Onzorgvuldigheid leidt tot imagoschade en roept het gevaar van vertraging en extra kosten in het leven, omdat bepaalde procedures na een vernietiging opnieuw moeten worden doorlopen. Het feit dat onzorgvuldigheid ook kan leiden tot aansprakelijkheid, wordt niet zozeer beschouwd als extra stimulans voor zorgvuldigheid, maar eerder als terecht gevolg van de schending van gedragsvoorschriften.

10.3.2.3. Nadeelcompensatie

Nadeel en de plicht tot nadeelcompensatie worden beschouwd als een gegeven waarop bij elk grootschalig project kan en moet worden geanticipeerd, aldus een geïnterviewde. Projectbelangen zijn nu eenmaal niet altijd verenigbaar met die van particuliere partijen. In het onderhavige project hebben het nadeel en de compensatieplicht tijdens

de gehele procedure een rol gespeeld, ook wat betreft het maken van beleidskeuzen. De dreiging van deze variant van aansprakelijkheid is in casu echter niet van invloed geweest op de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen. Wel zijn de mate van benadeling en de daaraan verbonden verwachte omvang van de compensatielast in een betrekkelijk vroeg stadium van de procedure van invloed geweest op de beoordeling van de feitelijke realiseerbaarheid van de nog slechts op hoofdlijnen uitgewerkte varianten. De verwachtingen omtrent nadeel en nadeelcompensatie hebben er immers in belangrijke mate toe bijgedragen dat zonder meer is afgezien van (de nadere uitwerking van) de drie landwaartse varianten. Dit wordt beschouwd als belangrijk element van procedurele zorgvuldigheid.

De dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad is dus van invloed geweest op de uitsluiting van bepaalde varianten. Bij de uiteindelijke keuze tussen de resterende varianten lijkt dit aspect echter een minder vooraanstaande rol te hebben gespeeld. Hoewel uit voorstudies bleek dat het wettelijk vereiste veiligheidsniveau zou kunnen worden bereikt met een relatief eenvoudige ingreep,³³ viel de keuze toch op een ruimtelijk ingrijpendere variant die onvermijdelijk ook meer nadeel met zich zou gaan brengen. De reden voor die keuze lag in de dubbele doelstelling van het project. Het betrof niet alleen de veiligheid, maar ook de inpassing binnen de lokale maatschappelijke en ruimtelijke omstandigheden en tevens het bieden van mogelijkheden voor ruimtelijke en economische ontwikkelingen was een nadrukkelijke doelstelling. Ook van deze varianten zou overigens mogelijk zijn afgezien, indien was gebleken dat deze een onaanvaardbare hoeveelheid nadeel met zich zouden brengen. Hierover konden in een vroeg stadium van planontwikkeling echter geen betrouwbare uitspraken worden gedaan.

Tijdens de formele fase van de plan- en besluitvorming is het aspect van de nadeelcompensatie ook van invloed geweest op de genomen beslissingen. Dit heeft, aldus een geïnterviewde, bijgedragen aan de nauwkeurigheid en de zorgvuldigheid van het proces. Er zijn diverse metingen gedaan naar de concrete effecten van het project en er is een risicodossier opgesteld. Zo werd bijvoorbeeld uitzichtschade aan diverse appartementen(complexen) voorzien, evenals nadeel voor de exploitanten van strandtenten. De soorten en de omvang van de schade bleken zeer divers. Potentiële benadelingen zijn rechtstreeks benaderd en er zijn metingen gedaan naar de mate waarin het uitzicht daadwerkelijk zou worden aangetast.³⁴ De uitkomsten van deze metingen en enkele ingebrachte zienswijzen hebben geleid tot een gedeeltelijke aanpassing van het versterkingsplan ten opzichten van het ontwerp daarvan. Het nadeel dat de duinversterking met zich zou brengen voor strandtenthouders en andere belanghebbenden is voorts sterk geminimaliseerd door de maatregelen uit te voeren in de winterperiode.

33 Men had in beginsel kunnen volstaan met het plaatsten van een damwand langs een relatief klein gedeelte van de boulevard.

34 Deze rechtstreekse benadering diende een tweeledig doel: duidelijkheid krijgen over de totale som nadeelcompensatie die het project met zich zou brengen, en het geven van inzicht in de nieuwe situatie ten opzichte van de oude situatie voor belanghebbenden en taxateurs. Tevens werd door de directe benadering van belanghebbenden getracht maatschappelijk draagvlak te creëren.

Dit bracht wel extra projectkosten met zich, maar die wogen niet op tegen de omvang van het nadeel dat anders had moeten worden gecompenseerd.

10.3.3. Samenvatting

Noch de dreiging van aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht, noch de dreiging nadeelcompensatie te moeten uitkeren, is in het kader van het beschreven duinversterkingsproject van invloed geweest op de keuze om al dan geen maatregelen te treffen. Die keuze werd hoofdzakelijk beïnvloed door verantwoordelijkheidsbesef. De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad bleek ook niet van overwegend belang als stimulans voor het betrachten van procedurele en materiële zorgvuldigheid bij de plan- en besluitvorming. In dat verband spelen imago behoud, het creëren van draagvlak en het voorkomen van onnodige vertraging wel een rol. Het aspect van de nadeelcompensatie is voorts van invloed geweest bij het maken van een keuze tussen de verschillende maatregelvarianten. Dit aspect had echter hoofdzakelijk een uitsluitende werking, terwijl het bij de daadwerkelijke keuze voor een van de resterende varianten geen sterke invloed heeft gehad. Na die keuze is bewust getracht het nadeel en de compensatielast zo beperkt mogelijk te houden. Zodoende heeft de compensatieplicht gestimuleerd tot nauwkeurigheid en zorgvuldigheid tijdens de formele fase van de plan- en besluitvorming en de uitvoering van het project.

10.4. Versteving veenkaden na kadeverschuiving Wilnis³⁵

10.4.1. Achtergrond en feiten

Sinds jaar en dag beschermen waterkeringen het achterliggende Nederlandse polderland, zo ook binnen het beheergebied van hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht. Veel van deze zogenoemde (tussen)boezemwaterkeringen bestaan grotendeels uit veen, en worden daarom veendijken of veenkaden genoemd. Een goede fysieke gesteldheid van deze keringen is essentieel voor de waterveiligheid in de polders, temeer omdat het boezemwater door afgraving of inklinking van de polderbodem vaak op een hoger niveau ligt, dan de polder zelf. Tot 2003 was het beheer van deze waterkeringen met het oog op de fysieke gesteldheid ervan hoofdzakelijk gericht op situaties waarin hoogwater een bedreiging vormde voor de waterveiligheid. Sinds verschillende doorbraken en vervormingen van veenkaden is sinds dat jaar echter ook langdurige droogte een steeds belangrijker punt van aandacht bij het beheer van deze kaden.

Veen is bijzonder kwetsbaar voor verdroging. Het houdt van nature veel water vast, waardoor het relatief zwaar is. In deze 'natte' hoedanigheid is het een zeer geschikt materiaal voor kaden, omdat de zogenoemde horizontale schuifweerstand op de overgang tussen de veenkade en de (zandige) ondergrond groot is, mede door het

35 Onderstaande vormt een gedeeltelijke bewerking van Gilissen & Schueler 2012, p. 176-179.

gewicht van het veen. Indien het veen echter indroogt,³⁶ verliest het een aanzienlijk deel van zijn gewicht, waardoor de genoemde schuifweerstand afneemt en de kans toeneemt dat een kade bezwijkt en verschuift onder de druk van het (boezem)water.³⁷ Een bijkomend probleem is dat eenmaal verdroogd veen een sterk hydrofoob karakter heeft en dus niet snel weer in zijn oude 'natte' toestand terugkeert. Een onveilige situatie als gevolg van een verdroogde veenkade zal dus tamelijk lang voortduren. Het risico op een kadeverschuiving blijft daardoor gedurende lange tijd bestaan, ook nadat de droge periode voorbij is.

De lente en de zomer van 2003 kunnen in vergelijking met de omliggende jaren als zeer droog worden aangemerkt.³⁸ In de nacht van 26 augustus 2003 verschoof in Wilnis een groot gedeelte van een veenkade, waardoor boezemwater een woonwijk instroomde met aanzienlijke schade aan huizen, percelen, infrastructuur (wegen en kabels en leidingen) en woonschepen als gevolg. Enkele dagen later bezweek ook een veenkade nabij Terberge, overigens zonder aanmerkelijke schade te veroorzaken. Tijdens de nazomer van 2003 werden op ongeveer vijftig andere locaties ernstige scheuren en vervormingen in veenkaden waargenomen. Langdurige droogte was tot deze gebeurtenissen een onbekend gevaar voor de fysieke gesteldheid van veenkaden, maar geldt sindsdien als maatgevende belastingssituatie. Het was echter nog onbekend hoe de beheerders van waterkeringen met deze situatie dienden om te gaan; welke kaden waren in het bijzonder kwetsbaar en welke maatregelen zouden zij moeten treffen om vervormingen, doorbraken en verschuivingen van veenkaden in de toekomst te voorkomen?

Op regionaal niveau drong zich vrijwel direct na de calamiteiten het besef op dat met spoed maatregelen moesten worden getroffen. De onbekendheid met de nieuwe belastingssituatie leidde echter tot een vijftal urgente vragen bij het hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht en andere beheerders van veenkaden.³⁹ Landelijk groeide het besef dat deze vragen op korte termijn moesten worden beantwoord, teneinde de beheerders van veenkaden te ondersteunen in hun voorbereidingen op toekomstige droge perioden op de langere termijn. Met het oog daarop verzocht de Unie van Waterschappen de Stichting Toegepast Onderzoek Waterbeheer (STOWA) in september 2003 het grootschalige onderzoeksprogramma 'Droogteonderzoek veenkaden' te starten en uit te voeren. Dit leidde tot de publicatie van een groot aantal onderzoeksrapporten in mei en juni 2004. De belangrijkste bevindingen, conclusies en aanbevelingen van het onderzoeksprogramma werden begin 2005 samengebracht in twee

36 Bijvoorbeeld door een daling van de grondwaterstand, die weer een gevolg kan zijn van langdurige droogte.

37 Zie STOWA 2004, p. 9-10.

38 Deze droogte werd al gauw in verband gebracht met klimaatverandering. De gevolgen van deze droogte deden zich in de zomer van 2003 feitelijk in heel Europa gelden, getuige onder meer de bovengemiddeld hoge sterfte van ouderen in Franse steden en de verdroging van Nederlandse veendijken.

39 Het betrof vijf concrete vragen, te weten in welke gebieden kunnen zich droogtegevoelige kaden bevinden; wat zijn belangrijke aandachtspunten bij de visuele inspectie van verdroogde (veen)kaden; welke (operationele) technische hulpmiddelen kunnen de kade-inspectie ondersteunen; welke noodmaatregelen kunnen worden genomen; en hoe lang dienen de veenkaden met verhoogde waakzaamheid te worden geïnspecteerd?

hoofdrapporten.⁴⁰ In de loop der jaren is het inzicht in de gevolgen van droogte op veenkaden sterk toegenomen.⁴¹

Ter beantwoording van de vijf urgente vragen (fase 1) is in de eerste plaats een kaart ('Aandachtsgebieden veenkaden') opgesteld van gebieden waar mogelijk veenkaden voorkomen.⁴² Daarbij is op hoofdlijnen aangegeven in welke mate de inspectie van de in de afzonderlijke gebieden aanwezige veenkaden tijdens droogte aandacht verdient. Vervolgens is een aantal indicatoren geïdentificeerd, die duiden op een droogtegevoelige kade, en is een methode ontwikkeld voor het toekennen van een 'score' voor het vaststellen van de urgentie van een inspectie van de betreffende kade. Tevens is onderzocht welke (operationele) technische hulpmiddelen de visuele inspectie van veenkaden kunnen ondersteunen.⁴³ Ook is onderzocht welke mogelijke acute (nood) maatregelen kunnen worden getroffen om de nadelige gevolgen van verdroging tegen te gaan.⁴⁴ Ten slotte is onderzocht hoe lang het zou duren voordat de stabiliteit van verdroogde veenkaden weer zou zijn hersteld. De conclusie was, met het oog op het waterafstotende karakter van verdroogd veen, dat het herstel langzaam zou verlopen.⁴⁵

Tijdens de tweede fase van het onderzoeksprogramma stond de ontwikkeling van een zogenoemd 'draaiboek voor droogtegevoelige kaden' centraal. Daarbij lag de nadruk op de ontwikkeling van preventieve en beperkende maatregelen, mede aan de hand van een verdieping van de gegevens uit de eerste fase. Er worden grofweg drie categorieën maatregelen onderscheiden. Ten eerste betreft het kadeversterkende maatregelen, waarbij men denke aan het aanbrengen van een kleidek, het verflauwen van het binnentalud, het aanbrengen van een steunberm, of het aanbrengen van bijzondere constructies, zoals damwanden. Ten tweede gaat het om maatregelen om verdroging van het veen te voorkomen of te beperken, dan wel verdroogd veen te herstellen. Voorbeelden zijn het voorkomen van ontwatering, het actieve beheer van het waterpeil in teensloten, het stimuleren van infiltratie van (boezem)water in de kaden, de kunstmatige bevochtiging van de kaden, en het aanbrengen van zogenoemde

40 Zie STOWA 2005a en STOWA 2005b. Alle hoofd-, deel- en achtergrondrapporten van het onderzoeksprogramma 'Droogteonderzoek veenkaden' zijn te raadplegen op <<http://www.stowa.nl>>.

41 Op 15 maart 2010 is STOWA, onder medefinanciering van verschillende waterschappen en provincies, een vervolgonderzoek gestart om de (kennis omtrent de) beoordeling van de veiligheid van droogtegevoelige veenkaden tijdens droogte te verbeteren. Zie het persbericht op <http://www.stowa.nl/nieuws_agenda/Nieuws.aspx?rId=115>.

42 Lange tijd is namelijk onduidelijk geweest waar in Nederland precies veenkaden of kaden op veengrond konden voorkomen. In 2004 is (in opdracht van STOWA) een aantal kaarten vervaardigd met als doel een regionaal overzicht te krijgen van de ligging van de meest kwetsbare gebieden met veenkaden. Zie STOWA 2004d. Er is in 2004 een vervolgstudie op basis van dit onderzoek verricht door middel van case studies. Zie STOWA 2004e.

43 Zie STOWA 2004c.

44 Gebleken is dat noodmaatregelen tegen droogte vaak dezelfde zijn als de maatregelen tegen hoogwater. Het gaat bijvoorbeeld om het versterken van de kade door het verzwaren van het binnentalud, het aanbrengen van een berm, en het dempen van de teensloot. Ook zijn specifieke maatregelen tegen droogte geïdentificeerd, waaronder het beheersen van het boezempeil tijdens perioden met veel neerslag. Zie STOWA 2004a, p. 12. In de tweede fase is dieper ingegaan op mogelijke maatregelen (waarop later nog wordt teruggekomen). Zie STOWA 2004b.

45 Zie STOWA 2004f.

surfactanten.⁴⁶ Ten slotte onderscheidt men maatregelen ter beperking van de gevolgen van een doorbraak van een veenkade, zoals het aanbrengen van een compartimentering in de boezem, waardoor de hoeveelheid water die de polder kan instromen beperkt blijft.

Zoals gezegd leidde het nieuwe veiligheidsrisico tot het besef van urgentie met het oog op het herstel en de versterking van veenkaden. Het hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht heeft als directe reactie op de kadeverschuiving in Wilnis met spoed alle in het beheergebied aanwezige veenkaden onderworpen aan een veiligheidstoetsing. Uit deze toetsing bleek ongeveer 10,7 van de 23,2 kilometer veenkaden niet aan het vereiste veiligheidsniveau te voldoen. Ook werd duidelijk dat niet alle herstel- en versterkingsmaatregelen tezelfdertijd zouden kunnen worden getroffen en dat dus een prioritering moest worden gemaakt. Bij deze prioritering is de omvang van het veiligheidsrisico (berekend aan de hand van de kans op en de verwachte gevolgen van een kaderverschuiving) als uitgangspunt genomen. Zodoende zijn de prioritaire (nood)maatregelen opgenomen in het 'Actieprogramma Veendijken 2004'. Het programma en de daarin omvatte versterkingsplannen zijn als 'noodplan' versneld tot stand gekomen, waarbij is afgeweken van de geldende wettelijke procedure voor versterkingsplannen uit het toenmalige art. 7 van de Wet op de waterkering. De in het plan opgenomen maatregelen moesten vóór de zomer van 2004 zijn uitgevoerd. Het hoogheemraadschap is daarin geslaagd. Het betrof hoofdzakelijk fysieke maatregelen ter versteviging van de verzwakte kaden.

Ter voorbereiding van de maatregelen die niet als urgent werden aangemerkt, is in aansluiting op het Actieprogramma Veendijken het 'Actieprogramma Veilige Waterkeringen 2005-2009' opgesteld. Dit programma en de hierin omvatte versterkingsplannen zijn in tegenstelling tot het noodplan tot stand gebracht conform de daartoe geldende wettelijke procedure.⁴⁷ Dit betekent dat vooral bij de voorbereiding van de afzonderlijke versterkingsplannen meer nadruk lag op de inpassing van de maatregelen in de (directe) omgeving. Ten opzichte van het eerdere actieprogramma is er veel ruimte geweest voor inspraak door particulieren en medeoverheden. Deze inspraak heeft op een aantal punten geleid tot wijzigingen in de (ontwerpen van) verbeteringsplannen. Ten slotte is er bewust naar gestreefd nadeel zo veel mogelijk te voorkomen en waar dat onmogelijk bleek te beperken en te compenseren. Daartoe is in elk verbeteringsplan een paragraaf opgenomen over de compensatie van enig nadeel. Voor zover ik kan nagaan, zijn er geen juridische procedures gevoerd tegen de voor de totstandkoming van de verbeteringsplannen benodigde provinciale goedkeuring, hetgeen wijst op het bestaan van maatschappelijk draagvlak. Na het treffen van de versterkingsmaatregelen is de nadruk wat betreft het actieve beheer komen te liggen op het voorkomen van verdroging en de ontwikkeling van innovatieve methoden te dien aanzien.

⁴⁶ Een surfactant heeft effect op de waterafstotendheid van verdroogd veen. Door het aanbrengen van een chemische, dan wel een biologische surfactant zal verdroogd veen beter en sneller (regen)water opnemen.

⁴⁷ Meer informatie over dit actieprogramma en de afzonderlijke dijkverbeteringsplannen was te vinden op de website van het hoogheemraadschap (<http://www.agv.nl/plannen_en_inspraak/item_25775>). Inmiddels is de website aangepast en is de genoemde informatie verdwenen.

10.4.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid

10.4.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht

Door de kadeverschuiving in Wilnis is het hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht op noodlottige wijze gewezen op zijn wettelijke zorgplicht. Verdroging is daardoor op de kaart komen te staan als nadrukkelijk aandachtspunt binnen het toekomstige waterveiligheidsbeleid. Tevens is gebleken welke gevolgen een kadeverschuiving met zich kan brengen. Uit de kort na de verschuiving uitgevoerde toetsing bleek dat op verschillende locaties in het beheergebied een vergelijkbare dreiging van schade door kadeverschuivingen bestond als in Wilnis. Veel kaden bleken niet (langer) het vereiste niveau van waterveiligheid te bieden.⁴⁸ De dreiging van aansprakelijkheid kon daarom niet op voorhand worden uitgesloten. Toch heeft dreigende aansprakelijkheid geen belangrijke en directe rol gespeeld bij het treffen van maatregelen. In de praktijk wordt, volgens een geïnterviewde, het risico op schade namelijk niet bewust gekoppeld aan mogelijke aansprakelijkheid. Uiteraard zijn de maatregelen wel getroffen om schade te voorkomen of te beperken, maar dat is hoofdzakelijk gebeurd vanuit het besef van verantwoordelijkheid voor de veiligheid binnen het beheergebied en het streven naar behoud van het goede imago van het hoogheemraadschap. Het beperken van de dreiging van aansprakelijkheid wegens het tekortschieten in een zorgplicht wordt ook in tijden van nood eerder beschouwd als een fijne bijkomstigheid, dan als een doel op zich.

Ook bij het aanbrengen van een prioritering tussen de noodzakelijkerwijs te treffen maatregelen heeft dreigende aansprakelijkheid, aldus een geïnterviewde, geen doorslaggevende rol gespeeld, hoewel deze zich wel kan voorstellen dat het daar voor buitenstaanders soms op kan lijken. Bij de noodgedwongen selectie van urgente maatregelen is de mate van het schaderisico als uitgangspunt genomen. Dit is overigens ook buiten noodsituaties geen ongebruikelijke wijze van invulling van de zorgplicht. Het risico is van geval tot geval berekend aan de hand van de kans op een kadeverschuiving en de omvang van de schade die een verschuiving zou veroorzaken. Zodoende is de nadruk komen te liggen op de preventie van schade aan particuliere eigendommen in woonkernen, omdat in dergelijke kernen veel eigendommen zijn geconcentreerd. In landelijke gebieden is het schaderisico meestal kleiner, omdat de omvang van de schade door een eventuele kadeverschuiving daar in de meeste gevallen kleiner zal zijn. Ook het behoud en de versterking van het imago hebben een rol gespeeld bij de prioritering. Hoe meer particulieren individueel worden getroffen door een kadeverschuiving, hoe groter de maatschappelijke impact daarvan zal zijn en hoe sterker dit ten koste zal gaan van het imago van de waterbeheerder. Kadeverschuivingen in woonkernen trekken ook meer (negatieve) aandacht van de media, terwijl het treffen van veiligheidsmaatregelen op dergelijke locaties bij concrete schadedreiging leidt tot imagoverbetering. Het streven naar imagoverbetering is echter nadrukkelijk niet doorslaggevend geweest bij het bepalen van de mate van urgentie.

48 Het verdient daarbij wel opmerking dat ten tijde van de kadeverschuiving in Wilnis geen provinciale veiligheidsnormen waren vastgesteld. De betrokken provincies hebben daarin kort na en mede naar aanleiding van de kadeverschuiving voorzien (zie art. 3a Wet op de waterkering (oud)).

10.4.2.2. Schending van gedragsvoorschriften

Het hoogheemraadschap hecht veel waarde aan de zorgvuldigheid waarmee plannen en besluiten tot stand worden gebracht. Een versterkingsplan is ook niet goed voor te bereiden en uit te voeren zonder eerst goed op de hoogte te zijn van de in het plangebied aanwezige belangen en waarden. Er bestaan voldoende juridische waarborgen ter garantie van een minimale mate van zorgvuldigheid. Het schenden van dergelijke normen wordt ontoelaatbaar geacht. Wel ontstaan er vaak complexe situaties, waarin lastige keuzen moeten worden gemaakt en meestal niet elk belang ten volle kan worden gediend. In dergelijke gevallen wordt wel vaak nadeelcompensatie uitgekeerd. Het is gebruikelijk dat reeds in een vroeg stadium van de plan- en besluitvorming actief contact wordt gezocht met de bewoners, bedrijven en andere organisaties binnen een plangebied. Daar wordt over het algemeen ook veel tijd voor uitgetrokken. De inspraakverordening van het hoogheemraadschap voorziet in nadere regels over informatievoorziening en de betrokkenheid van particulieren bij de plan- en besluitvorming. Elke betrokkene wordt ruimschoots de gelegenheid geboden zijn belangen kenbaar te maken en zijn mening te geven. Indien daar aanleiding toe bestaat, leidt dit tot een wijziging van een ontwerpplan of -besluit. Een fatsoenlijke organisatie moet, aldus een geïnterviewde, dergelijke regels in acht nemen, anders verliest deze het vertrouwen van burgers. Toch kan hij zich moeilijk voorstellen dat een waterbeheerder zich enkel en alleen aan de regels houdt, omdat anders aansprakelijkheid in het vooruitzicht ligt.

Bij de totstandkoming van het Actieprogramma Veendijken 2004 en de versterkingsplannen voor de meest urgente gevallen is minder tijd ingeruimd voor diepgaarend vooronderzoek naar de negatieve effecten van de maatregelen binnen het betreffende plangebied. Dat kon ook niet, want haast was geboden. Het wordt niet ontkend dat in sommige gevallen een gevaarlijke situatie heeft bestaan. Er is bij de plan- en besluitvorming wel degelijk rekening gehouden met de belangen van particulieren, vooral door sobere, maar doelgerichte maatregelen te treffen. Aan het belang van de waterveiligheid en de geboden spoed is daarbij een zeer zwaar gewicht toegekend. De maatregelen zijn onverwijld uitgevoerd. Volgens een betrokkene is van enige onrechtmatige aantasting van belangen geen sprake geweest, omdat het hoogheemraadschap in noodsituaties bevoegd is noodmaatregelen te treffen en het veiligheidsbelang te plaatsen boven dat van individuen. Er bestaat een breed gedragen overtuiging dat op een juiste wijze is gehandeld en dat hierdoor onveilige situaties en wellicht ook concrete schade zijn voorkomen. Onevenredige schade door de getroffen maatregelen kwam op grond van de toenmalige nadeelcompensatieregeling overigens voor vergoeding in aanmerking. Er is geen maatschappelijke weerstand geweest tegen het treffen van de noodmaatregelen. Burgers lijken in tijden van nood bereid hun individuele belangen op te geven voor het collectieve belang van de waterveiligheid. Maatschappelijk draagvlak wordt van groot belang geacht bij het uitvoeren van maatregelen. De schending van gedragsnormen kan ten koste daarvan gaan.

10.4.2.3. Nadeelcompensatie

Het feit dat het treffen van maatregelen een nadeelcompensatieplicht in het leven kan roepen, is – zeer stellig – van geen enkele invloed geweest op de overweging om al dan geen maatregelen te treffen. Dat zou volgens een geïnterviewde ook vreemd en onwenselijk zijn. In de meeste gevallen wordt pas over nadeelcompensatie nagedacht in latere stadia van de plan- en besluitvorming, namelijk wanneer een tamelijk concreet zicht bestaat op de daarbij betrokken belangen. Enig nadeel is vaak ook niet te voorkomen, vooral niet wanneer de maatregelen een groot beslag leggen op de beschikbare ruimte. Juist voor dergelijke gevallen is een nadeelcompensatieregeling in het leven geroepen. Eventuele aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad heeft het hoogheemraadschap er in casu dus allerminst van weerhouden om maatregelen te treffen. Het schaderisico en de urgentie lieten het ook niet toe eerst rustig te discussiëren over de vraag of het treffen van maatregelen niet te duur zou worden met het oog op de nadeelcompensatie. Daarom heeft dit aspect een beperkte rol gespeeld bij het voorbereiden en uitvoeren van de maatregelen binnen het Actieprogramma Veendijken 2004. Dat is enigszins ten koste gegaan van de zorgvuldigheid, hetgeen met nadruk niet betekent dat benadeelden het recht op compensatie is ontzegd. De maatschappelijke zorgvuldigheid dwingt in noodgevallen eerder tot acute maatregelen en minder tot eindeloze inspanningen om de negatieve gevolgen van maatregelen in te dammen.

Onder normale omstandigheden wordt tijdens de voorbereidingsprocedure betrekkelijk veel rekening gehouden met het nadeel dat maatregelen met zich zullen brengen. Er wordt bewust naar gestreefd dat maatregelen zo weinig mogelijk nadeel met zich brengen, hetgeen ook van groot belang wordt geacht voor het creëren van maatschappelijk draagvlak. De actieve betrokkenheid van particuliere partijen en medeoverheden wordt hierbij als onmisbaar beschouwd. Zij zijn immers het best in staat hun belangen te verwoorden en mee te denken over oplossingen om de schending daarvan te voorkomen of te beperken. Uiteindelijk wordt steeds een schade-raming gemaakt, en wordt deze raming meegenomen in de begroting van maatregelen. Een geïnterviewde beaamt dat de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad van invloed is op de (zorgvuldigheid van) gedragingen en (beleids) keuzen van het hoogheemraadschap, maar dat dat niet het enige aspect is waarmee rekening wordt gehouden. Men spreekt overigens liever niet van een ‘dreiging van aansprakelijkheid’, maar beschouwt het aspect van de nadeelcompensatie als wezenlijk element van de kosten/batenanalyse die tijdens de plan- en besluitvorming wordt uitgevoerd. Wanneer blijkt dat een vergelijkbaar (veiligheids)doel kan worden bereikt aan de hand van minder ingrijpende maatregelen, ligt het in beginsel voor de hand te kiezen voor dergelijke maatregelen.

10.4.3. Samenvatting

De dreiging van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid is ook in deze casus niet van invloed geweest op de keuze om al dan geen maatregelen te treffen. Die keuze werd hoofdzakelijk ingegeven door een besef van verantwoordelijkheid voor de behartiging

van het publieke belang van de waterveiligheid. Ook het streven naar imago-behoud en -verbetering speelde hierbij een rol. De selectie van urgente gevallen vond hoofdzakelijk plaats op basis van een beoordeling en weging van het schaderisico. Het is ontkend dat de dreiging van aansprakelijkheid bij deze selectie een rol heeft gespeeld. Dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad heeft noch bij de keuze om al dan geen maatregelen te treffen, noch bij de selectie, voorbereiding en uitvoering van de noodmaatregelen een rol gespeeld. De maatregelen in het kader van het Actieprogramma Veendijken 2004 zijn met spoed uitgevoerd en het nadeel dat deze met zich brachten is gecompenseerd. Bij de voorbereiding van de maatregelen in het kader van het Actieprogramma Veilige Waterkeringen 2005-2009 is – zoals het hoogheemraadschap gewoon is – wel belang gehecht aan het voorkomen of beperken van nadeel. Het aspect van de nadeelcompensatie weegt mee bij de beslissingen van de beheerder bij de voorbereiding van maatregelen. Een ruime mate van zorgvuldigheid ten aanzien van particuliere belangen versterkt immers het maatschappelijk draagvlak van maatregelen. In tijden van nood lijken particulieren overigens in hoge mate bereid individuele belangen opzij te zetten voor het collectieve belang van de waterveiligheid.

10.5. Hemelwateroverlast in het Westland⁴⁹

10.5.1. Achtergrond en feiten

De laatste decennia heeft zich op de grondgebieden van veel Nederlandse gemeenten met enige regelmaat grootschalige wateroverlast voorgedaan door vaak kortstondige, maar zeer hevige regenval. Zogenaemde piekbuien zijn in (West-)Nederland een steeds vaker voorkomend verschijnsel dat zich lastig laat voorspellen en evenmin goed valt te beheersen. Deze extremere weersomstandigheden zijn door het KNMI in verband gebracht met klimaatverandering.⁵⁰ Het schaderisico door hevige regenval wordt deels veroorzaakt en in elk geval vergroot, doordat grote aaneengesloten delen van veel gemeenten sterk zijn verhard door de aanwezigheid van uiteenlopende vormen van bebouwing en andere werken. Door de verharding van het oppervlak kan hemelwater niet in voldoende mate infiltreren in de bodem, zodat het op het landoppervlak blijft staan, en afvloeit naar lager gelegen gebieden en het oppervlaktewater. Rioleringsystemen zijn vaak niet opgewassen tegen de grote hoeveelheden af te voeren hemelwater. Voorts is ook de bergingscapaciteit binnen veel gemeenten te beperkt om schade door afvloeiend hemelwater te voorkomen. En ook het oppervlaktewatersysteem kan overbelast raken door de grote hoeveelheid water die het plotseling te verwerken krijgt.

Sinds de eerste gevallen van grootschalige wateroverlast door afvloeiend hemelwater rees op bestuurlijk en maatschappelijk niveau de vraag welke maatregelen konden en moesten worden getroffen om schade daardoor te voorkomen en te beperken. Ook rees de vraag wie (welk overheidsorgaan) verantwoordelijk was die maatregelen te treffen. Met betrekking tot beide vragen ontstond onduidelijkheid en discussie.

⁴⁹ Onderstaande is deels gebaseerd op Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010.

⁵⁰ Zie KNMI 2006 en KNMI 2008.

Mogelijke oplossingen leken te worden gevonden in de aanwijzing en inrichting van terreinen voor de tijdelijke berging van overtollig hemelwater, de vergroting van de afvoer- en bergingscapaciteit van het oppervlaktewatersysteem, de vergroting van de afvoercapaciteit van rioleringen en de introductie van gescheiden riolen voor afval- en hemelwater, en vele alternatieve vormen van (particuliere) wateropslag en -berging, al dan niet in combinatie met uiteenlopende wijzen van nuttige toepassing. De nadruk kwam door fundamentele wijzigingen in het waterbeleid en hoofdzakelijk door de introductie van de trits vasthouden – bergen – afvoeren steeds minder te liggen op de bemaalcapaciteit en het dijkbeheer, maar juist op het creëren van ruimte voor de tijdelijke berging van hemelwater. Ook deze benadering lijkt momenteel weer deels losgelaten. Er wordt, althans, steeds vaker gezocht naar maatwerkoplossingen, waarbij de berging van overtollig water niet per se de voorkeur hoeft te genieten.

Reeds vóór de eeuwwisseling drong het besef door dat de problemen omtrent de (hemel)wateroverlast niet zouden kunnen worden opgelost zonder interbestuurlijke samenwerking en afstemming van taken en bevoegdheden. Als reactie daarop werden te dien aanzien in 2003 op nationaal niveau beginselafspraken vastgelegd in het Nationaal Bestuursakkoord Water (NBW). Dit leidde onder meer tot de introductie van de (enigszins misleidende) term ‘stedelijke wateropgave’.⁵¹ Bij de actualisering van het NBW in 2008 werden deze afspraken bekrachtigd en deels geconcretiseerd. Inmiddels werd de wateropgave in sterk verharde gebieden aangemerkt als een *gezamenlijke verantwoordelijkheid* voor gemeenten, watersysteembeheerders en particulieren. Het gemeentelijke waterplan werd genoemd als geschikt instrument voor de nadere concretisering van deze gezamenlijke verantwoordelijkheid.⁵² Ook werden met het oog op de lokale wateropgaven in veel gevallen regionale bestuursakkoorden gesloten.⁵³ Ondanks de goede bedoelingen groeide de onduidelijkheid ten aanzien van de exacte juridische verdeling van verantwoordelijkheden, hetgeen vooral een belemmering vormde voor het maken van afspraken over de (gezamenlijk) uit te voeren maatregelen en de financiering daarvan. Mede ter verduidelijking van de verdeling van juridische verantwoordelijkheden werd in 2008 de Wet gemeentelijke watertaken vastgesteld.⁵⁴ Deze is in 2009 verankerd in de Waterwet, waarin tevens een juridische afstemmingsverplichting is opgenomen.⁵⁵

Ook het Westland heeft in sterke mate te kampen met de hierboven beschreven problematiek. De bodem is daar sterk verhard, vooral door de aanwezige glastuinbouw en woonkernen. Daarnaast heerst binnen het gebied een groot bergingstekort

51 Deze term is misleidend, omdat onduidelijk is welke gebieden precies moeten worden aangemerkt als ‘stedelijk’. In een eerdere bijdrage betoogden Van Rijswijk, De Gier en ik dat vooral de verhardingsgraad van het oppervlak en niet zozeer de functie van het gebied richtinggevend is voor de vraag of een gebied al dan niet ‘stedelijk’ is. Het verdient met het oog daarop aanbeveling de neutralere term ‘verhard gebied’ te hanteren. Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 30-32 en p. 49.

52 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 52-53 en VNG & UvW 2004.

53 Zie Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 51-52.

54 Zie over de huidige verdeling van verantwoordelijkheden in het waterbeheer Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 79-85; Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 7-22; Groothuijse 2009, p. 42-56.

55 Zie art. 3.8 Waterwet. Zie daarover Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010, p. 47-48 en Havekes & De Putter (red.) 2009, p. 68.

en is het rioleringsstelsel niet berekend op het afvoeren van zeer grote hoeveelheden hemelwater. Hemelwateroverlast heeft met de nodige regelmaat geleid tot ernstige schade aan kassen, gewassen, woningen en infrastructuur. Sinds 1998 zijn diverse maatregelen getroffen om de bergings- en bemaalcapaciteit in de polders te vergroten. Naar aanleiding van de grootschalige wateroverlast in 2004 is – in de overtuiging dat de wateropgave in het Westland een gezamenlijke opgave is van de gemeente Westland en het hoogheemraadschap van Delfland – het voornemen ontstaan een gemeentelijk waterplan op te stellen, met daarin een gemeenschappelijke strategie ter gezamenlijke aanpak van de problematiek.⁵⁶ Beide organisaties voelden zich immers verantwoordelijk voor het voorkomen van wateroverlast, maar beseften dat zij voor een doeltreffende aanpak op elkaar waren aangewezen. In het waterplan wensten zij gezamenlijke integrale doelstellingen voor de lange en kortere termijn onder woorden te brengen, te anticiperen op de noodzakelijke maatregelen, en afspraken vast te leggen over de uitvoering en financiering daarvan.⁵⁷

Sinds 2004 is gewerkt aan de totstandkoming van het waterplan. De berekening van de resterende bergingsopgave vormde daarbij een belangrijk element.⁵⁸ Op 23 september 2008 is het waterplan inhoudelijk vastgesteld.⁵⁹ Naast algemene gemeenschappelijke doelstellingen voor de lange termijn (2030)⁶⁰ omvat het plan ook concretere thematische doelstellingen voor de kortere termijn (2015).⁶¹ Als onderdeel van het thema ‘Droge voeten’ geldt als doelstelling het watersysteem uiterlijk in 2015 zodanig te hebben ingericht, dat het is bestand tegen de te verwachten piekbuien. Daarbij gelden de normen voor wateroverlast uit het NBW als uitgangspunt.⁶² Bij de mogelijke oplossingen in de polders ligt de nadruk op de aanleg van waterberging en het vergroten van de afvoercapaciteit. Voor het bereiken van de doelstellingen wordt in het plan meermaals benadrukt dat de medewerking van alle belanghebbenden, in het bijzonder de tuinbouwsector, essentieel is.⁶³ Daarom worden zij in een zo vroeg mogelijk stadium op verschillende manieren betrokken bij de uitwerking van de noodzakelijke maatregelen in concrete operationele programma’s. Op die wijze beogen de opstellers van het waterplan te garanderen dat in elke polder maatwerk kan worden geleverd,

56 Mede in het licht van deze ontwikkelingen is op 22 februari 2006 het Regionaal Bestuursakkoord Water Haaglanden opgesteld.

57 De samenwerking tussen het hoogheemraadschap en de gemeente beperkt zich overigens niet tot de wateroverlastproblematiek, maar betreft ook de verbetering van de chemische en ecologische waterkwaliteit. Dit aspect van samenwerking blijft hier buiten beschouwing.

58 De bergingsopgave betrof eind 2006 nog ruim 600.000 kubieke meter. Begin 2009 was hiervan reeds een kwart door het hoogheemraadschap gerealiseerd. Ook daarna zijn nog de nodige maatregelen getroffen, maar de omvang van resterende bergingsopgave is onduidelijk.

59 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008.

60 De gemeenschappelijke doelstelling betrof het realiseren van ‘een ruime, groene en duurzame boezem, een ontvlochten waterketen en watersysteem, maatwerk voor polders en boezemlanden, een ruimtelijke oriëntatie op het watersysteem en ecologische en recreatieve meerwaarde van oppervlaktewater, kades en oevers’. Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008, p. 17-18.

61 Het plan omvat drie thema’s, te weten ‘Droge voeten’, ‘Levend water’ en ‘Zichtbaar water’. Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008, p. 18-19.

62 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008, p. 20-24.

63 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008, p. 45.

door te streven naar een maatschappelijk aanvaardbare inpassing van de maatregelen in de bestaande structuren binnen de polder.⁶⁴

Bij de inhoudelijke vaststelling van het waterplan heeft de gemeente de besluitvorming omtrent de uitvoering daarvan aangehouden. De in het plan neergelegde algemene uitgangspunten over de financiering van maatregelen en de inbreng van gronden bleken de samenwerking en uitvoering in ernstige mate te belemmeren, waardoor de samenwerking stagneerde.⁶⁵ Daarom is in 2009 en 2010 verkennend onderzoek verricht naar de verdeling van verantwoordelijkheden en de mogelijkheden om op alternatieve wijze te komen tot de (gezamenlijke) financiering en uitvoering van het waterplan. Dit leidde tot een uitgebreide rapportage over de oplossingsrichtingen,⁶⁶ en tevens tot de bekrachtiging van een nieuwe uitvoeringsstrategie. Deze strategie heeft als kern dat de gemeente en het hoogheemraadschap in *gebiedsprocessen* samenwerken met belanghebbenden om wateroverlast in de polders op een doelmatige en kosteneffectieve wijze te voorkomen, waarbij de betrokken belangen en de economische waarde van het gebied centraal staan, evenals de ruimtelijke kwaliteiten daarvan en de duurzaamheid van het watersysteem.⁶⁷ Het doel van het doorlopen van dergelijke gebiedsprocessen is nadrukkelijk niet vrijblijvend. Dit strekt ertoe om in overleg met alle betrokken partijen te komen tot haalbare afspraken over de verdeling van uitvoeringstaken en de verantwoordelijkheid voor de financiering van maatregelen. Het verloop van dergelijke processen is nauwkeurig uitgewerkt in een bijlage bij het nieuwe programma ter uitvoering van het waterplan.⁶⁸ Deze nieuwe strategie wordt beschouwd als doorbraak van de impasse.

In het bedoelde programma zijn de processen, strategieën en randvoorwaarden beschreven voor de jaarlijks op te stellen concrete uitvoeringsprogramma's.⁶⁹ Het realiseren van extra oppervlaktewater ter vergroting van de bergingscapaciteit lijkt daarin te zijn losgelaten als enige oplossing voor de wateroverlastproblematiek. In plaats daarvan wordt gestreefd naar maatwerk en is benadrukt dat oplossingen – indien de plaatselijke omstandigheden daartoe nopen en mogelijkheden bieden – ook buiten het watersysteem kunnen worden gezocht en gerealiseerd.⁷⁰ Voorts zijn met het oog op het treffen van maatregelen ter beperking van de wateroverlast in de polders prioriteiten gesteld.⁷¹ Dit heeft geleid tot de aanwijzing van negen prioritaire gebieden. In vijf daarvan was eind 2011 de planvormingsfase reeds van start gegaan. De eerste resultaten van de gebiedsprocessen zijn reeds bekend en overwegend positief. In de andere vier gevallen zijn de gebiedsprocessen wegens de economische recessie nog niet in gang

64 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008, p. 46-48.

65 Het bleek onmogelijk consensus te bereiken tussen de gemeente Westland, het hoogheemraadschap van Delfland en de betrokken glastuinbouwers over het 'om niet' inbrengen van gronden.

66 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011a.

67 Zie ook Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011c, p. 18-21. Deze strategie berust op maatwerk, draagvlak, specificiteit, doelmatigheid, gezamenlijke gebiedsprocessen, en financiering op basis van belang.

68 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011b.

69 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011c

70 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011c, p. 18.

71 Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011c, p. 24-25.

gezet; het is voornamelijk onduidelijk wanneer dit zal gebeuren. Het uitvoeringsprogramma 2012 stond hoofdzakelijk in het kader van het intensiveren van de samenwerking tussen het hoogheemraadschap en de gemeente. In dat licht stond het opdoen van de nodige ervaringen met de nieuwe uitvoeringsstrategie en de verankering daarvan in het beleid en de werkstructuren van beide organisaties centraal.⁷² Eind 2012 is begonnen met de uitvoering van de eerste projecten. De uitvoering van volgende projecten wordt verwacht plaats te vinden in het kader van het uitvoeringsprogramma voor 2013.

10.5.2. De invloed van dreigende aansprakelijkheid

10.5.2.1. Tekortschieten in een zorgplicht

De hemelwaterproblematiek heeft door het zich geregeld voordoen van wateroverlast op noodlottige wijze een belangrijke positie op de politieke agenda verworven. Er heeft lange tijd onduidelijkheid en onenigheid bestaan over de exacte verdeling van juridische verantwoordelijkheden. Dat betekent niet dat de betrokken overheden hun verantwoordelijkheden steeds uit de weg zijn gegaan: reeds in een vroeg stadium is benadrukt dat het een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid betreft, waarbij een deel van de verantwoordelijkheid tevens op particuliere partijen rust. Ondanks het gebrek aan volledige duidelijkheid omtrent de verantwoordelijkheidsverdeling, heeft bij de gemeente Westland steeds een besef van urgentie bestaan, evenals de overtuiging dat alleen door samenwerking met de betrokken partijen tot een adequate oplossing kan worden gekomen. Dit heeft, volgens een geïnterviewde, mede gezorgd voor een hoge mate van (inter)bestuurlijke betrokkenheid, hetgeen bijvoorbeeld weerspiegeling vindt in de ontwikkeling en totstandkoming van het gemeentelijke waterplan, maar ook in de recentere ontwikkelingen in de samenwerking na de 'dip' tussen de zomer van 2008 en het voorjaar van 2009. Volgens haar weerspiegelt het gehele proces een hoge mate van bestuurlijke en ambtelijke wil en betrokkenheid, ondanks dat de samenwerking niet altijd vlekkeloos is verlopen.

Het wordt niet ontkend dat de juridische verantwoordelijkheid ook in belangrijke mate op de gemeente rust en dat aansprakelijkheid voor eventuele tekortkomingen daarin niet zonder meer kan worden uitgesloten. Toch wordt benadrukt dat de dreiging van aansprakelijkheid geen directe invloed heeft gehad op de beslissingen die vroeg tijdens het proces zijn genomen. Naarmate de periodieke schade steeds structurelere vormen aannam (en dus niet incidenteel van aard bleek te zijn), ontstond bij de gemeente Westland een sterk taakbesef, hetgeen werd versterkt door een hoog ambitieniveau en de wens tot imagoverbetering. In dat verband is zelfs de wens uitgesproken de meest duurzame 'Greenport' van Nederland te worden. Ook het besef van de noodzaak tot het treffen van schadebeperkende maatregelen was een belangrijke drijfveer achter de gemeentelijke inspanningen, hoewel nog grote vraagtekens stonden bij de vraag welke maatregelen het zou moeten en kunnen betreffen. Toen bleek dat bij

⁷² Zie Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011d, p. 9-11.

de betrokken beheerder (hoogheemraadschap van Delfland) sterk vergelijkbare wensen en ideeën bestonden, is op wederzijds initiatief de samenwerking geïntensiveerd. Hierbij werd gezocht naar gemeenschappelijke doelstellingen en belangen om op een adequate wijze uitvoering te geven aan de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid. Dit heeft geresulteerd in een gezamenlijke strategie, waarmee het reeds bestaande waterplan is aangevuld.

In 2009 bleek de uitvoering van het waterplan zoals dat voorlag een lastig uitvoerbare opgave. Dat kwam mede door onenigheid over de financiering van maatregelen en de verdeling van verantwoordelijkheden, maar ook door een gebrek aan wederzijds vertrouwen wegens 'oude frustraties'. Dit betekende echter niet dat het ambitieniveau en het besef van urgentie en verantwoordelijkheid verdwenen. Dit bleef in beide organisaties sterk aanwezig, hetgeen blijkt uit de wederzijdse inspanningen om de samenwerking te 'redden' en de daarop volgende inspanningen met betrekking tot de totstandkoming van een kader voor hernieuwde samenwerking. Door de stagnatie van het samenwerkingsproces heeft de feitelijke uitvoering van schadebeperkende maatregelen ernstige vertraging opgelopen, terwijl de juridische verantwoordelijkheid bleef bestaan en zelfs werd herbevestigd. Ook tijdens deze fase van de ontwikkelingen is de dreigende aansprakelijkheid nooit op de voorgrond getreden als stimulans om de samenwerking koste wat kost te behouden. Volgens een betrokkene is de overtuiging van de noodzaak tot een gezamenlijke aanpak van de problematiek nooit verdwenen, maar zijn in een vroeg stadium achteraf gezien onjuiste beslissingen genomen ten aanzien van de vormgeving van die samenwerking. Daarbij moet volgens haar wel worden benadrukt dat er in de praktijk nog amper ervaring bestond met interbestuurlijke samenwerking, en dat daarmee juist in dat stadium de broodnodige ervaring is opgedaan. Volgens haar zijn, ten slotte, de positieve prikkels van het met samenwerking te behalen voordeel en succes in de praktijk veel sterker dan de negatieve prikkels die in theorie uitgaan van dreigende aansprakelijkheid.

10.5.2.2. Schending van gedragsvoorschriften

Zorgvuldigheid, betrouwbaarheid, openbaarheid en betrokkenheid van particulieren staan bij de gemeente Westland van oudsher hoog in het vaandel. Die boodschap wordt in verband met de bestrijding van de hemelwaterproblematiek en de samenwerking in dat kader ook actief uitgedragen in verschillende recente beleidsdocumenten. Er bestaat wat dat betreft zelfs een zekere vorm van 'trots', omdat dit in de praktijk naar eigen zeggen zeker niet onverdienstelijk is gebleken. De naleving van dergelijke tot de overheid gerichte fatsoensnormen wordt niet in de eerste plaats gestimuleerd door dreigende aansprakelijkheid, hoewel wordt bevestigd dat aansprakelijkheid in de rede ligt wanneer een burger schade lijdt door niet te rechtvaardigen onzorgvuldigheid of andere fouten aan de zijde van de overheid. De gemeente heeft te dien aanzien een zekere voorbeeldfunctie, en bovendien leert de ervaring dat de naleving van dergelijke normen kan leiden tot voordeel, zoals maatschappelijk draagvlak, waardering, maatschappelijke erkenning van de problematiek, en zelfs een creatieve en meedenkende

houding van particulieren. Het in acht nemen van dergelijke gedragsnormen blijkt ook van essentiële waarde voor een succesvolle probleemgestuurde en oplossingsgerichte samenwerking met zowel medeoverheden, als particuliere partijen.

Volgens een betrokkene getuigt de nieuwe uitvoeringsstrategie er bij uitstek van dat de gemeente en haar (bestuurlijke) partners het probleem serieus nemen en bij de oplossing daarvan een hoge mate van zorgvuldigheid en betrokkenheid aan de dag leggen. Door het doorlopen van gebiedsprocessen wordt immers actief gezocht naar maatschappelijk aanvaardbare en breed gedragen maatwerkoplossingen. Daarbij wordt elke betrokkene een kans geboden mee te denken en worden alle belangen serieus genomen. De beslissing om een gebiedsproces te gaan doorlopen is echter niet vrijblijvend. Het starten van een dergelijk proces bindt de partners tot het zoeken en vinden van een passende oplossing. Daarbij zijn zij in beginsel niet gebonden aan vooraf vastgestelde termijnen en andere voorwaarden. Het doorlopen van een gebiedsproces is daarom een bewuste keuze voor een vergaande mate van zorgvuldigheid. Dat wordt ten aanzien van de problematiek in het Westland als noodzakelijk ervaren. Het 'opdringen' en 'doordrukken' van maatregelen leidt tot grote weerstand, vertraging in de uitvoering, en mogelijk tot stagnatie, terwijl een investering in zorgvuldigheid het draagvlak kan vergroten en uiteindelijk kan leiden tot een vlotte uitvoering van maatregelen, waarin velen zich kunnen vinden en die het probleem ook daadwerkelijk oplossen en niet slechts verplaatsen.

10.5.2.3. Nadeelcompensatie

Het aspect van de nadeelcompensatie/planschadevergoeding speelt met het oog op de huidige stand van de ontwikkelingen (begin 2013) vooralsnog geen grote rol bij het nemen van beslissingen. De meeste gebiedsprocessen bevinden zich immers nog in een verkennende fase en er bestaat nog geen concreet uitzicht op de aard en omvang van de feitelijke maatregelen. Een geïnterviewde verwacht dat de compensatie van nadeel op termijn – indien met het oog op de uitkomsten van de gebiedsprocessen meer zicht ontstaat op de concreet te treffen maatregelen – wel van invloed kan zijn op de uiteindelijke besluitvorming. Met het doorlopen van de gebiedsprocessen wordt het uitkeren van nadeelcompensatie overigens niet uitgesloten, vooral omdat enig nadeel door het treffen van ruimtelijke maatregelen in sterk verharde gebieden nu eenmaal niet kan worden uitgesloten. Wel wordt in beginsel gestreefd naar passende maatwerkoplossingen die zo weinig mogelijk maatschappelijke kosten en lasten met zich brengen. Het doorlopen van deze processen draagt dus bij aan de beperking van de uiteindelijke omvang van het te compenseren nadeel. Dat gebeurt niet alleen met het oogmerk de kosten van maatregelen te beperken, maar ook om draagvlak te creëren en projectvertraging te voorkomen. Een geïnterviewde kan zich overigens wel een situatie herinneren waarin de hoogte van de planschadelast er in een tamelijk vergevorderde fase van de besluitvorming toe heeft geleid dat alsnog werd afgezien van het treffen van de geplande maatregelen. Het lijkt er dus op dat de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad in uitzonderlijke gevallen aanleiding

kan zijn voor de beslissing om geen maatregelen te treffen. De geïnterviewde stelde wel dat het een bijzonder geval betrof, waarin ingrijpende maatregelen zouden worden getroffen en waarin veel afhing van de vrijwillige medewerking van alle betrokken particuliere partijen.

10.5.3. Samenvatting

Ondanks dat nog veel onduidelijkheid bestaat over de exacte juridische afbakening van verantwoordelijkheden ten aanzien van het treffen van maatregelen ter beperking van de nadelige gevolgen van wateroverlast door afvloeiend hemelwater, liggen maatregelen door of vanwege de gemeente Westland in het vooruitzicht. De vorming van concrete beslissingen ten aanzien hiervan bevindt zich echter nog in een vroeg stadium. Bij de vraag of daadwerkelijk maatregelen moeten worden getroffen, speelt de dreiging van aansprakelijkheid wegens tekortschieten in een wettelijke zorgplicht geen rol van betekenis. In vergelijking met de eerder besproken praktijkgevallen, zijn ook hier het verantwoordelijkheidsbesef en de wens van imagoverbetering de belangrijkste beïnvloedende factoren. Alle overheidsgedragingen staan in het teken van het vinden van een passende oplossing. Daarbij wordt, door middel van het doorlopen van gebiedsprocessen, betrekkelijk veel geïnvesteerd in de zorgvuldigheid van de totstandkoming van relevante beslissingen en de betrokkenheid van particulieren en medeoverheden. Doordat wordt gestreefd naar maatwerkoplossingen met zo laag mogelijke maatschappelijke kosten en lasten, zal ook de omvang van het uiteindelijk te vergoeden nadeel beperkt zijn. Dat laatste is echter niet altijd het hoofddoel: het doorlopen van gebiedsprocessen heeft nadrukkelijk ook ten doel draagvlak te creëren en projectvertraging te voorkomen. Het beperken van inbreuken op eigendomsrechten draagt daartoe bij. Later in het proces, tijdens de concrete besluitvorming, zal de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad vermoedelijk wel van invloed kunnen zijn op de uiteindelijk te nemen beslissingen.

10.6. Toetsing van de geschetste verwachtingen aan de praktijkgegevens

In paragraaf 9.4 schetste ik op basis van de algemene gedragspresumptie verwachtingen over de wijze waarop dreigende aansprakelijkheid van invloed is op de beslissingen van waterbeheerders tijdens drie opeenvolgende fasen van het 'adaptatieproces'. Ik maakte globaal onderscheid tussen de oriëntatiefase, de voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Tijdens elke fase worden karakteristieke beslissingen genomen ten aanzien van de noodzaak, voorbereiding of uitvoering van adaptatiemaatregelen. Op dat punt vinden de geschetste verwachtingen aansluiting bij de analyse van de praktijkgevallen. Bij die analyse stonden immers dezelfde karakteristieke beslissingen centraal. In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre de geschetste verwachtingen overeenstemmen met de resultaten van het praktijkonderzoek. Indien dat het geval blijkt te zijn, levert dat een aanwijzing op dat het preventieelstuk en de gedragspresumptie een min of

meer waarheidsgetrouwe weerspiegeling van de werkelijkheid vormen. Indien de verwachtingen afwijken van de praktijkgegevens, bestaan er aanwijzingen dat de juistheid van de gedragspresumptie in haar algemene verschijningsvorm binnen de kaders van het Nederlandse waterbeheer in twijfel dient te worden getrokken en op haar minst dient te worden genuanceerd.

10.6.1. De oriëntatiefase: de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen

10.6.1.1. Verwachtingen

De beslissing om al dan geen maatregelen te treffen kan worden beïnvloed door een dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige en rechtmatige daad. Zolang een waterbeheerder tekortschiet in een wettelijke zorgplicht, zal deze naar verwachting maatregelen treffen, teneinde deze onrechtmatige situatie op te heffen en aansprakelijkheid voor klimaatschade te voorkomen. Zolang een waterbeheerder niet tekortschiet in een van zijn zorgplichten, bestaat er geen directe dreiging van aansprakelijkheid en bestaat met het oog daarop geen rechtstreekse aanleiding om maatregelen te treffen. Wel kunnen de verwachtingen omtrent klimaatverandering een toekomstige dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade in het leven roepen. De mate van onzekerheid hieromtrent is van invloed op de preventieve werking van de aansprakelijkheidsdreiging: hoe onzekerder een klimaatrisico is (en hoe verder dit in de toekomst is gelegen), hoe zwakker de gedragsprikkel van de dreigende aansprakelijkheid zullen zijn. Waterbeheerders zullen dus naar verwachting minder gauw geneigd zijn adaptatiemaatregelen te treffen, naarmate een klimaatrisico is omgeven met een grotere mate van onzekerheid. Op basis van de gedragspresumptie zullen zij naar verwachting afzien van het treffen van maatregelen, indien reeds op voorhand blijkt dat de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade slechts kan worden weggenomen door maatregelen te treffen, waarvan de kosten (met inbegrip van de verwachte nadeelcompensatielast) die van de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen. In dat geval zullen zij het risico op aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad dus naar verwachting voor lief nemen.

10.6.1.2. Praktijk

In elk van de onderzochte praktijkgevallen was sprake van een min of meer concrete dreiging van klimaatschade. In de casus 'Noordwijk' was deze dreiging echter minder concreet dan in de andere twee gevallen, omdat deze nog ver in de toekomst lag. In de andere twee gevallen had zich tamelijk recent nog klimaatschade voorgedaan. In geen van de gevallen kon worden gesteld dat de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade geheel ontbrak. Wel verschilde de concreetheid van de dreiging – voor zover deze valt te 'wegen' – per casus. In alle gevallen is de beslissing genomen om daadwerkelijk adaptatiemaatregelen te gaan treffen. Uit geen van de gevallen blijkt echter dat de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade een doorslaggevend of anderszins bijzondere invloed heeft gehad op deze beslissing. Als belangrijkste

factor werd in alle gevallen het besef van de verantwoordelijkheid voor de behartiging van het publieke belang genoemd. In de casus 'Veenkaden' en 'Westland' werden ook de verbetering van (geschaad) imago en een hoog ambitieniveau genoemd als reden om maatregelen te treffen. Het is onduidelijk of in de onderzochte gevallen een groter belang aan de dreiging van aansprakelijkheid zou zijn toegekomen, indien deze dreiging concretere of ernstigere vormen had aangenomen. In geen van de gevallen is overigens de dreiging van aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens rechtmatige gedragingen van enige invloed geweest op de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen. Er is geen blijk van dat het in andere situaties wel gebruikelijk is dergelijke beslissingen (mede) hiervan te laten afhangen.

10.6.1.3. Conclusie

De geschetste verwachtingen stemmen niet goed overeen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. De belangrijkste factoren die hebben geleid tot de beslissing om daadwerkelijk adaptatiemaatregelen te treffen, lagen geheel buiten de werkingssfeer van de dreiging van enige vorm van aansprakelijkheid. Dreigende aansprakelijkheid speelde in de onderzochte gevallen geen rol bij die beslissing. Daaruit moet niet te gauw de algemene conclusie worden getrokken dat dreigende aansprakelijkheid nooit een rol speelt bij dergelijke beslissingen; in andere gevallen kan het tegendeel nog blijken. Toch vloeit uit de conclusie dat de gedragspresumptie in de onderzochte gevallen tot onjuiste verwachtingen leidde wel een aanwijzing voort om de juistheid van deze presumptie in vergelijkbare gevallen in twijfel te trekken.

10.6.2. De oriëntatiefase: de keuze voor concrete maatregelen

10.6.2.1. Verwachtingen

De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is naar verwachting niet van invloed op beslissingen in verband met de vraag welke maatregelen dienen te worden getroffen. Beslissingen in dat verband zullen naar verwachting wel worden beïnvloed door de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Waterbeheerders zullen onderzoeken aan de hand van welke maatregelen het gewenste adaptatiedoel kan worden bereikt. Indien op voorhand blijkt dat bepaalde soorten maatregelen naar verhouding meer nadeel met zich brengen dan andere, dan zullen zij zonder meer afzien van een nadere uitwerking daarvan. Uiteindelijk valt op basis van de gedragspresumptie te verwachten dat waterbeheerders, bij de keuze voor een tijdens de voorbereidingsfase nader uit te werken maatregelvariant, kiezen voor de variant waarvan zij vermoeden dat die in vergelijking met andere varianten het minste te compenseren nadeel met zich brengt. Zij zullen naar verwachting alsnog afzien van het treffen van maatregelen, indien blijkt dat de kosten van de onderzochte varianten de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen.

10.6.2.2. Praktijk

In geen van de onderzochte casus is gebleken dat de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van invloed is geweest op de keuze voor (de nadere uitwerking) van concrete maatregelen. Dat komt volledig overeen met de geschetste verwachting. Uit de drie casus volgt dat bij de keuze voor concrete maatregelen wel belang kan toekomen aan het aspect van de nadeelcompensatie. Daarbij bleek dat de nadeelcompensatieplicht niet zozeer wordt beschouwd als een dreiging van aansprakelijkheid, maar eerder als een factor waarmee bij de keuze voor en de voorbereiding van maatregelen rekening kan worden gehouden. In de casus 'Noordwijk' bestond tijdens de oriëntatiefase betrekkelijk veel tijd en ruimte voor een nadere afweging. Tijdens die fase is op voorhand afgezien van een aantal mogelijke, maar zeer ingrijpende (landinwaartse) maatregelvarianten. Dat is in lijn met de geschetste verwachtingen. Bij de keuze tussen de resterende varianten heeft het aspect van de nadeelcompensatie wel een rol gespeeld, maar dit aspect is bij de uiteindelijke keuze niet van doorslaggevend belang gebleken: er kwam meer belang toe aan het creëren van ontwikkelingsmogelijkheden binnen verschillende sectoren. Uiteindelijk is gekozen voor een relatief dure en ingrijpende maatregel. In de casus 'Veenkaden' bestond een duidelijk onderscheid tussen urgente en minder urgente gevallen. In de urgente gevallen is gekozen voor sobere, maar doeltreffende maatregelen. Het aspect van de nadeelcompensatie heeft bij de uiteindelijke beslissingen daartoe een ondergeschikte rol gespeeld: bij die beslissing stond zonder meer vast dat onevenredig nadeel gewoon zou worden gecompenseerd. In de minder urgente gevallen is meer belang toegekomen aan het aspect van de nadeelcompensatie. Er is bij de keuze voor maatregelen bewust en actief naar gestreefd het nadeel – zoals gewoonlijk – zo beperkt mogelijk te houden. Ook in de casus 'Westland' is bevestigd dat het aspect van de nadeelcompensatie tijdens het doorlopen van de gebiedsprocessen over het algemeen een belangrijke rol speelt. Het algemene streven is om passende oplossingen te vinden, waarbij er reeds bij de keuze voor (soorten) maatregelen onder meer naar wordt gestreefd het nadeel zo beperkt mogelijk te houden. Daarbij wordt overigens niet alleen gehandeld vanuit financiële overwegingen, maar wordt ook reeds vroeg in het proces gestreefd naar het creëren van een zo breed mogelijk draagvlak voor de noodzakelijkerwijs te treffen maatregelen.

10.6.2.3. Conclusie

De geschetste verwachtingen stemmen op hoofdlijnen overeen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek, maar op bepaalde punten is wel nuancering nodig. Er bestaan aanwijzingen dat waterbeheerders geneigd zijn af te zien van de nadere uitwerking van bepaalde maatregelvarianten, indien op voorhand duidelijk is dat deze in vergelijking tot andere varianten een aanzienlijk hogere compensatielast met zich zullen brengen. De dreiging van aansprakelijkheid kan bij de keuze voor maatregelen dus inderdaad de verwachte 'uitsluitende werking' hebben. Voorts speelt het aspect van de nadeelcompensatie doorgaans wel een rol bij de uiteindelijke keuze voor bepaalde maatregelen, maar blijkt het daarbij niet steeds van doorslaggevend belang te zijn. Vooral de

verwachting dat waterbeheerders steeds zullen kiezen voor de variant die (naar verwachting) het minste nadeel met zich brengt, dient dus te worden genuanceerd: andere belangen, factoren en omstandigheden kunnen nadrukkelijk van grotere invloed zijn op de keuzen van waterbeheerders, dan enkel de prikkels tot schadebeperking die uitgaan van dreigende aansprakelijkheid. Ook blijkt de mate waarin belang toekomt aan het aspect van de nadeelcompensatie afhankelijk te zijn van de vraag in hoeverre maatregelen met spoed moeten worden getroffen. Dit belang blijkt beperkter te zijn, naarmate het treffen van maatregelen urgenter is. Al met al kan worden geconcludeerd dat de gedragspresumptie in verband met de keuze voor adaptatiemaatregelen niet zozeer een onjuist, als wel een onvolledig beeld van de werkelijkheid vormt.

10.6.3. De voorbereidingsfase

10.6.3.1. Verwachtingen

Tijdens de voorbereidingsfase kan zowel de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige, als die uit onrechtmatige overheidsdaad van invloed zijn op de in dat verband te nemen beslissingen. Op grond van beide soorten aansprakelijkheid zullen waterbeheerders zich naar verwachting inspannen om de gevolgschade van de gekozen maatregel te voorkomen of te beperken. Op basis van de gedragspresumptie zullen waterbeheerders, bij de nadere uitwerking van de door hen tijdens de oriëntatiefase gekozen variant, naar verwachting alle relevante procedurele en materiële vereisten in acht nemen, teneinde aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade wegens de schending van dergelijke normen te voorkomen. Voorts zullen zij er tijdens de voorbereidingsprocedure naar streven het te compenseren nadeel dat de gekozen maatregel met zich zal brengen zo veel mogelijk te beperken. Daartoe zullen zij zich inspannen om de verwachte nadeelcompensatielast in kaart te brengen en zullen zij onderzoeken op welke wijze en tegen welke eventuele kosten deze last kan worden beperkt. Zolang deze kosten de verwachte schadelast niet overstijgen, zullen waterbeheerders schadebeperkende maatregelen treffen.

10.6.3.2. Praktijk

Onrechtmatige daad

In alle onderzochte praktijkgevallen is benadrukt dat de betrokken waterbeheerders in algemene zin veel belang hechten aan de naleving van de voor hen in het kader van de uitoefening van hun taken en bevoegdheden geldende rechtsregels. De schending van dergelijke regels wordt als verwerpelijk beschouwd en men benadrukt dat in een dergelijk geval terechte aansprakelijkheid volgt voor eventuele gevolgschade. Toch lijkt de dreiging van aansprakelijkheid in geen van de gevallen in bijzondere mate te hebben gestimuleerd tot normnaleving en schadepreventie. Wel werd in dit verband het behoud en de verbetering van het imago genoemd als stimulans, en werd er tevens op gewezen dat in sommige gevallen een extra zorgvuldige voorbereiding kan zijn geboden om voldoende maatschappelijk draagvlak voor een project te krijgen. Ten slotte is

erop gewezen dat de schending van rechtsregels kan leiden tot ernstige projectvertraging, doordat besluiten worden vernietigd: de tijd die men dan verliest, had men beter kunnen steken in een zorgvuldigere voorbereiding. In elke casus werden voorbeelden genoemd waaruit valt af te leiden dat in de onderhavige gevallen bijzondere aandacht is besteed aan de uiterst zorgvuldige voorbereiding van de maatregelen. In de casus ‘Noordwijk’ en ‘Westland’ leek daarbij de nadruk te liggen op de actieve betrokkenheid van alle belanghebbende partijen tijdens alle fasen van het voorbereidingsproces. Uit de casus ‘Veenkaden’ bleek dat de nadruk bij urgente veiligheidsmaatregelen in mindere mate ligt op de inpassing van een project in een bepaald gebied, maar meer op de waarborging van de waterveiligheid als maatschappelijk belang binnen dat gebied.

Nadeelcompensatie

In alle onderzochte praktijkgevallen is bevestigd dat de nadeelcompensatie een belangrijke factor is, waarmee tijdens de concrete voorbereiding van maatregelen over het algemeen veel rekening wordt gehouden. De algemene overtuiging heerst dat op de overheid jegens haar onderdanen ook een zekere verantwoordelijkheid rust om zich in te spannen dat noodzakelijk te treffen maatregelen zo weinig mogelijk nadelige gevolgen met zich brengen. Daartegenover werd gesteld dat enig nadeel gewoonweg niet kan worden uitgesloten, dus dat het zinloos is om nadeel zonder meer te willen voorkomen. Mede daarom wordt het van groot belang geacht dat alle belanghebbende partijen actief worden betrokken bij het gehele voorbereidingsproces. Dit strekt ook tot de bevordering van het maatschappelijk draagvlak. De omvang van de nadeelcompensatielast kan vaak vooraf worden begroot. Daardoor kunnen ook uiteenlopende strategieën worden bedacht en toegepast om deze last te minimaliseren. Het doorlopen van gebiedsprocessen kan daartoe bijdragen, maar ook kan worden gedacht aan welbewuste beslissingen met het oog op de schadebeperking. Een duidelijk voorbeeld daarvan is de expliciete beslissing in de casus ‘Noordwijk’ om de maatregelen uit te voeren in de herfst- en de winterperiode. Uit de casus ‘Veenkaden’ volgt dat in urgente gevallen minder nadruk ligt op de beperking van enig nadeel tijdens de (overigens verkorte) voorbereidingsprocedure. Wel is gekozen voor sobere en snel uitvoerbare maatregelen die nu eenmaal minder nadeel met zich brengen dan prestigieuze en ingrijpende maatregelen.

10.6.3.3. Conclusie

Uit bovenstaande volgt dat de geschetste verwachtingen wat betreft de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens de schending van procedurele en materiële rechtsregels niet goed overeenstemmen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. Voor de naleving van dergelijke rechtsregels bij de voorbereiding van adaptatiemaatregelen zijn kennelijk geen aansprakelijkheidsprykkels nodig. Op dit punt dient de juistheid van de gedragspresumptie in twijfel te worden getrokken. De geschetste verwachtingen wat betreft de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad stemmen daarentegen beter overeen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. Op dit punt is echter ook nuancering nodig. Waterbeheerders

blijken zich via verschillende strategieën in te spannen om het nadeel dat maatregelen met zich zullen brengen tijdens de voorbereidingsfase zo gering mogelijk te houden en waar nodig te beperken door hun ontwerpbesluiten aan te passen. Het zijn in de praktijk echter niet slechts de financiële prikkels van dreigende aansprakelijkheid die waterbeheerders daartoe bewegen. Ook andere, buiten het aansprakelijkheidsrecht gelegen factoren en omstandigheden kunnen waterbeheerders daartoe stimuleren. Ook hier luidt de conclusie dat de gedragspresumptie op dit punt niet zozeer een onjuiste, als wel een onvolledige weerspiegeling vormt van de werkelijkheid.

10.6.4. De uitvoeringsfase

10.6.4.1. Verwachtingen

Ook tijdens de uitvoeringsfase bestaat nog een aansprakelijkheidsdreiging. De dreiging van aansprakelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte uitvoeringsschade zal waterbeheerders of degenen die de maatregelen feitelijk uitvoeren er naar verwachting toe stimuleren om zorgvuldig te werk te gaan bij de uitvoering en de in verband daarmee gestelde voorschriften in acht te nemen. Ook kan tijdens de uitvoeringsfase blijken dat zich gevolgschade voordoet, waarmee tijdens eerdere fasen geen rekening is of kon worden gehouden. Waterbeheerders zullen in dat geval alsnog trachten dit nadeel te beperken, tenzij dat niet goed mogelijk blijkt zonder daartoe hoge kosten te maken of af te wijken van de in verband met de uitvoering gestelde voorschriften. Wanneer komt vast te staan dat bij veronderstelde bekendheid met het nadeel tijdens de eerdere fasen wezenlijk andere beslissingen zouden zijn genomen, zal de uitvoering wellicht worden gestaakt en zullen de beslissingen worden heroverwogen.

10.6.4.2. Praktijk

Uit de onderzochte praktijkgevallen vloeien geen duidelijke aanwijzingen voort dat de betrokken waterbeheerders bij de uitvoering van hun maatregelen op een bijzondere wijze zijn beïnvloed door enige vorm van dreigende aansprakelijkheid. In de casus 'Noordwijk' en 'Veenkaden' zijn de maatregelen reeds afgerond. In de casus 'Westland' zijn feitelijke maatregelen nog in voorbereiding, althans worden momenteel gebiedsprocessen doorlopen. Voor zover ik ben nagegaan, hebben zich bij de uitvoering van de maatregelen in de eerste twee casus geen uitermate bijzondere omstandigheden voorgedaan die aanleiding zouden hebben kunnen geven om af te zien van de uitvoering van de maatregelen conform de daartoe vastgestelde plannen en besluiten. De maatregelen zijn overigens volledig uitgevoerd conform die plannen en besluiten.

10.6.4.3. Conclusie

Op basis van bovenstaande kunnen geen duidelijke conclusies worden getrokken over de mate waarin de betrokken waterbeheerders in de onderzochte praktijkgevallen zijn beïnvloed door dreigende aansprakelijkheid. De casus lenen zich niet goed voor een

beoordeling of de wijze waarop in de onderhavige gevallen uitvoering is gegeven aan de geplande maatregelen overeenstemt met de geschetste verwachtingen. De enige, met nadruk voorzichtige, aanwijzing die daaruit kan worden gedistilleerd, is dat de dreiging van aansprakelijkheid voor onvoorziene rechtmatig toegebrachte schade niet gauw van invloed is op beslissingen van waterbeheerders in de uitvoeringsfase.

10.6.5. Nuancering van de gedragspresumptie

Uit bovenstaande blijkt op welke punten de algemene gedragspresumptie in twijfel kan worden getrokken, dan wel dient te worden genuanceerd. Een en ander is van belang voor vervolgonderzoek en wellicht ook voor vergelijkbaar onderzoek op andere terreinen van de overheidsaansprakelijkheid en het omgevingsrecht. Hieronder geef ik een puntsgewijze opsomming van veronderstellingen die men bij vervolgonderzoek als uitgangspunt kan nemen. Van de gedragspresumptie in haar huidige vorm blijft daarbij, zoals blijkt, niet veel meer over. Deze is dus kennelijk niet goed toegesneden om te worden toegepast in complexe beslissituaties, zoals die zich voordoen in het Nederlandse waterbeheer.

- Het is niet aannemelijk dat de dreiging van aansprakelijkheid wegens onrechtmatig nalaten (tekortschieten in een wettelijke zorgplicht) van doorslaggevende invloed is op de beslissing van waterbeheerders om al dan geen adaptatiemaatregelen te treffen.
- Het is evenmin aannemelijk dat de verplichting om nadeelcompensatie te moeten uitkeren waterbeheerders er zonder meer van weerhoudt adaptatiemaatregelen te treffen.
- Waterbeheerders zullen bij de keuze voor concrete adaptatiemaatregelen naar verwachting in een vroeg stadium van het proces afzien van de varianten waarvan op voorhand duidelijk is dat deze aanmerkelijk meer nadeel met zich zullen brengen dan andere maatregelen, waarmee hetzelfde adaptatiedoel kan worden bereikt.
- Voorts zullen waterbeheerders naar verwachting uiteindelijk geneigd zijn te kiezen voor een maatregel die ten opzichte van andere mogelijke maatregelen relatief weinig nadeel met zich brengt. Daarbij dient te worden bedacht dat andere factoren en bijzondere omstandigheden ook en zelfs van grotere invloed kunnen zijn op die keuze, en deze ook op tegengestelde wijze kunnen beïnvloeden.
- Het is niet aannemelijk dat de dreiging van aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens schending van procedurele en materiële rechtsregels de doorslaggevende beweegreden voor waterbeheerders is om dergelijke regels bij de voorbereiding van maatregelen in acht te nemen.
- Waterbeheerders zullen zich bij de concrete voorbereiding van maatregelen naar verwachting inspannen om het nadeel dat deze met zich zullen brengen te beperken, zolang daartoe voldoende tijd en beslissingsruimte bestaat. Daarbij dient te worden bedacht dat ook andere dan aansprakelijkheidsprykkels daartoe (zelfs in sterkere mate) kunnen stimuleren.

10.7. Conclusies

In dit hoofdstuk heb ik voor een drietal praktijkgevallen onderzocht in hoeverre dreigende aansprakelijkheid van invloed is geweest op de uiteenlopende beslissingen die de betrokken waterbeheerders tijdens verschillende fasen van het beslisproces hebben genomen. De uitgebreide verslaglegging daarvan is te vinden in de paragrafen 10.3, 10.4 en 10.5. In paragraaf 10.6 plaatste ik de resultaten van het praktijkonderzoek in het licht van de verwachtingen die ik aan het eind van het vorige hoofdstuk op basis van de algemene gedragspresumptie heb geschetst. Uit die toetsing bleken de geschetste verwachtingen in bepaalde gevallen niet goed overeen te stemmen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. Daaruit vloeit een aanwijzing voort dat de juistheid van de gedragspresumptie op die punten in twijfel kan worden getrokken. In andere gevallen bleken de verwachtingen en de uitkomsten van het praktijkonderzoek beter met elkaar overeen te stemmen. Toch bleek steeds behoefte aan nadere nuancering. De conclusie was in dat verband dat de gedragspresumptie niet zozeer een onjuiste, als wel steeds een onvolledige weerspiegeling van de werkelijkheid vormt. Het komt er in het kort op neer dat dreigende aansprakelijkheid lang niet de enige bron is van gedragsprikkel die waterbeheerders bij hun uiteenlopende beslissingen stimuleren om de schade in verband met die gedragingen te voorkomen of te beperken. Ook andere factoren (zoals ambitie, imago of maatschappelijk draagvlak) en bijzondere omstandigheden (zoals urgentie) bleken van invloed op de mate waarin waterbeheerders zich bij hun beslissingen hebben ingespannen om schade te voorkomen of te beperken. In paragraaf 10.6.5 formuleerde ik enkele uitgangspunten voor vervolgonderzoek, waarin bovenstaande nuancerings doorclank vinden.

Vooraf in verband met de dreigende aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad bleken de geschetste verwachtingen niet goed overeen te stemmen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. Dat is op het eerste gezicht opmerkelijk, omdat juist aan dat aansprakelijkheidssysteem een preventiedoelstelling ten grondslag ligt.⁷³ Anderzijds hoeft dit niet veel verbazing te wekken. Kennelijk zijn in de onderhavige casus reeds voldoende prikkels tot normnaleving uitgegaan van de relevante wettelijke taakstellingen en de in dat verband geldende materiële en procedurele rechtsregels zelf. Dat blijkt ook uit het feit dat in alle casus is gesteld dat primair is gehandeld vanuit een verantwoordelijkheidsbesef ten aanzien van de publieke taken en een zeker 'moreel besef' ten aanzien van de naleving van kaderstellende gedragsregels. Extra prikkels van dreigende aansprakelijkheid leken in die gevallen overbodig. Uit deze gegevens kan echter niet zonder meer worden geconcludeerd dat de gedragspresumptie in verband met de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid dient te worden verworpen. Evenmin kan worden gesteld dat dit aansprakelijkheidssysteem in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering al dan niet voorziet in voldoende preventieprikkels, en dus kan worden aangemerkt als effectuerend. Niet is uitgesloten dat dit systeem in andere gevallen wel degelijk voorziet in dergelijke prikkels, of daarin juist tekortschiet.

73 Zie paragraaf 9.3.4.1.

In verband met de dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad bleken de geschetste verwachtingen over het algemeen beter overeen te stemmen met de uitkomsten van het praktijkonderzoek. Dat is enerzijds opmerkelijk, omdat aan het systeem van de nadeelcompensatie geen duidelijk preventiedoel ten grondslag ligt.⁷⁴ Ook dat hoeft echter geen grote verbazing te wekken. Vaak kan bij de voorbereiding van adaptatieprojecten reeds in een vroeg stadium globaal worden nagegaan welke (nadeelige) gevolgen die projecten met zich zullen brengen voor de leefomgeving. Daarmee kan rekening worden gehouden bij de beslissing welk soort maatregelen zal worden getroffen en tevens bij de concretere beslissingen tijdens de plan- en besluitvorming. Het praktijkonderzoek wijst uit dat dat ook niet ongebruikelijk is. Hierbij dient wel een belangrijke nuancerende opmerking te worden geplaatst: de financiële en andere prikkels van dreigende aansprakelijkheid zijn met nadruk niet de enige factoren die van invloed zijn bij het maken van beslissingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Het is dus onjuist om te stellen of te verwachten dat van het systeem van de nadeelcompensatie steeds een overheersende preventieve werking uitgaat. Uit het praktijkonderzoek volgt immers dat waterbeheerders niet steeds kiezen voor de minst ingrijpende maatregelen, en bij hun concrete plan- en besluitvorming niet steeds de schadepreventie voorop stellen. Een en ander dwingt niet tot de verwerping van de gedragspresumptie, maar noopt wel tot een tamelijk fundamentele nuancering.

74 Zie paragraaf 9.3.4.3.

Deel IV

Conclusies

≈ 11 Conclusies

11.1. Inleiding

Het thema van dit proefschrift betreft de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. Binnen dat thematische kader stonden vragen centraal omtrent de verplichtingen van waterbeheerders, de dreigende aansprakelijkheid voor schade die in verband kan worden gebracht met hun gedragingen, en de mate van beïnvloeding van die gedragingen door de dreiging van verschillende vormen van aansprakelijkheid. Zodoende zijn de drie samenhangende subthema's van dit proefschrift te vatten in de termen 'adaptatieverplichtingen', 'aansprakelijkheid' en 'preventieve werking'. In de drie afzonderlijke delen (I, II en III) van dit proefschrift kwam steeds een van die subthema's aan de orde. In dit afsluitende deel geef ik een overzicht van de in verband met elk subthema getrokken conclusies en bespreek ik die, waar nodig, in hun onderlinge samenhang. Ook geef ik een overzicht van de belangrijkste aanbevelingen die ik in de loop van dit proefschrift heb gedaan. Ik verwijs daarbij steeds naar de relevante passages uit het voorgaande. Een en ander strekt tot de beantwoording van de centrale vraagstelling:

In hoeverre rusten op Nederlandse waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, in hoeverre geldt voor hen in dat kader een dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade, en welke invloed heeft die dreiging naar verwachting op hun gedragingen in dat verband?

Deze vraag valt uiteen in drie deelvragen, die elk corresponderen met een van de thematische delen van dit proefschrift. Die vragen luiden als volgt:

1. *In hoeverre rusten op Nederlandse waterbeheerders verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering en waartoe strekken die verplichtingen? Welke aanbevelingen kunnen voorts worden gedaan tot de verduidelijking daarvan?*
2. *In hoeverre geldt voor Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade? In hoeverre krijgen de afzonderlijke toetsingsfactoren van de te onderscheiden aansprakelijkheidssystemen naar verwachting een bijzondere invulling of toepassing in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering?*
3. *In hoeverre en op welke wijze is de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaat- dan wel gevolgschade naar verwachting van invloed op de beslissingen en gedragingen van Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering? In hoeverre vormen die verwachtingen een waarheidsgetrouwe weerspiegeling van de praktijk?*

11.2. Overzicht thematisch kader

Vooraleer over te gaan tot de beantwoording van deze vragen, ga ik in deze paragraaf nader in op het thematische kader van dit proefschrift en enkele van de in dat verband geregeld terugkomende begrippen. Uit deze bespreking op hoofdlijnen volgt ook de samenhang van de hierboven genoemde subthema's. De adaptatie aan klimaatverandering is een van de door de mens te volgen strategieën in de strijd tegen de (nadelige) gevolgen van klimaatverandering. Deze strategie onderscheidt zich van de mitigatiebenadering, waarin de stabilisering van het mondiale klimaat centraal staat door middel van het terugdringen van de menselijke uitstoot van broeikasgassen in de atmosfeer. De adaptatiebenadering richt zich daarentegen op de aanpassing van ecologische, sociale of economische systemen aan de regionaal merkbare of te verwachten veranderingen in het klimaat of de gevolgen daarvan. Daarbij staat primair de verzachting van de nadelige gevolgen van klimaatverandering centraal, maar wordt ook gestreefd naar het behalen van voordeel uit de daardoor ontstane mogelijkheden. Beide benaderingen en de bijpassende maatregelen verschillen sterk naar hun aard en strekking, en ook de effecten daarvan verschillen naar het schaalniveau en het moment waarop zij merkbaar zullen zijn. Zo zullen de effecten van mitigatiemaatregelen hoofdzakelijk op mondiaal niveau merkbaar zijn, maar dergelijke maatregelen sorteren vooral effect op de langere termijn. De effecten van adaptatiemaatregelen zijn daarentegen direct merkbaar, maar deze beperken zich tot het regionale niveau waarop de maatregelen worden getroffen. Mede daarom worden beide benaderingen in het huidige klimaatdebat beschouwd als noodzakelijk en bovendien als complementair. In dit proefschrift is gekozen voor een focus op de adaptatiebenadering; er wordt ondanks het complementaire karakter van beide benaderingen geen uitgebreide aandacht geschonken aan de mitigatiebenadering.

De gevolgen van klimaatverandering zijn merkbaar binnen feitelijk alle sectoren van de samenleving, of zullen dat op termijn worden. De risico's die de nadelige gevolgen van klimaatverandering binnen de verschillende maatschappelijke sectoren met zich dragen, kunnen worden aangeduid als klimaatrisico's. Met het oog op de langere termijn bestaat nog tamelijk veel (wetenschappelijke) onduidelijkheid en onzekerheid over de exacte gevolgen van klimaatverandering en de daarmee samenhangende risico's. Daarom worden dergelijke risico's in dit proefschrift aangeduid als onzekere klimaatrisico's. De klimaatrisico's die zich openbaren binnen de watersector nemen een bijzondere positie in ten opzichte van de risico's in andere maatschappelijke sectoren. De meeste sectoren zijn immers direct of indirect afhankelijk van water en een adequaat waterbeheer. Binnen de watersector brengen de nadelige gevolgen van klimaatverandering verschillende risico's met zich. Zo kan worden gewezen op een toenemend overstromingsrisico en een toenemend risico van wateroverlast, zowel vanuit het oppervlaktewater, als door veranderende neerslagpatronen. Voorts kan langdurige droogte leiden tot risico's omtrent waterschaarste, verdroging, verzilting en bodemdaling, hetgeen tevens nadelige gevolgen kan hebben voor de waterkwaliteit en de bescherming van ecosystemen. Door de verwezenlijking van dergelijke klimaatrisico's kan schade optreden. In het kader van dit proefschrift wordt in dat geval gesproken

van klimaatschade.¹ Het is de vraag in hoeverre op Nederlandse waterbeheerders op basis van het huidige internationale, Europese en nationale recht verplichtingen rusten om bescherming te bieden tegen klimaatschade, en – in het verlengde daarvan – in hoeverre zij aansprakelijk kunnen zijn voor klimaatschade wegens enig tekortschieten in de tenuitvoerlegging daarvan. Deze verantwoordelijkheidsvraag staat centraal in deel I van dit proefschrift en bereidt voor op aansprakelijkheidsvragen in deel II.

Het valt redelijkerwijs te verwachten dat waterbeheerders uiteenlopende maatregelen zullen treffen om de verschillende klimaatrisico's in de watersector te beperken of weg te nemen, wellicht ook zonder dat zij daartoe verplicht zijn. In sommige gevallen zijn dergelijke maatregelen reeds getroffen of in voorbereiding. De adaptatiebenadering heeft in elk geval haar ingang gevonden in beleidsdocumenten op verschillende overheidsniveaus. De term 'waterbeheerder' geniet in dit proefschrift overigens een brede uitleg: het betreft alle overheidsorganen met taken en bevoegdheden in het waterbeheer.² De gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, kunnen uiteenlopende vormen aannemen. Het kan in de eerste plaats diverse soorten rechtshandelingen betreffen, zoals wet- en regelgeving, uiteenlopende planvormen, beleidsregels, appellabele besluiten, of privaatrechtelijke rechtshandelingen. Voorts kan het uiteenlopende feitelijke handelingen betreffen, die al dan niet in verband staan met enig appellabel besluit of enige andere rechtshandeling. Het zal overigens vaak een combinatie van uiteenlopende soorten handelingen betreffen.³ Ook dergelijke gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen schade veroorzaken, ongeacht of zij onrechtmatig dan wel rechtmatig van aard zijn. Deze schade valt niet aan te merken als klimaatschade. In dit proefschrift wordt deze vorm van schade aangeduid als gevolgschade in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, of kortweg als gevolgschade.⁴ Ook in verband met deze gevolgschade rijzen diverse aansprakelijkheidsvragen. Met het oog op de aansprakelijkheid voor klimaat- en gevolgschade rijst in het bijzonder de vraag in hoeverre in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling zal worden gegeven aan de karakteristieke toetsingscriteria die gelden in verband met drie relevante systemen van overheidsaansprakelijkheid, te weten de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid, de opstellenaansprakelijkheid en de nadeelcompensatie. De aansprakelijkheidsvragen staan centraal in deel II van dit proefschrift en bereiden op hun beurt voor op vragen in verband met de schadepreventie in deel III.

Het is niet goed mogelijk om in algemene zin te bepalen wanneer en onder welke omstandigheden een waterbeheerder al dan niet aansprakelijk zal zijn voor de klimaat- of gevolgschade die in verband kan worden gebracht met zijn gedragingen (waaronder nalatigheden) in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Bij de beantwoording van elke aansprakelijkheidsvraag komt immers een uiterst groot belang toe aan alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Dat is niet anders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Wel kan de onzekerheid omtrent

1 Zie paragraaf 1.2.2 en 5.2.3.1.

2 Zie paragraaf 4.3.2 en 4.3.3.

3 Zie paragraaf 5.2.2.

4 Zie paragraaf 1.2.2 en 5.2.3.2.

klimaatrisico's worden aangemerkt als bijzondere omstandigheid, die uiteindelijk van invloed kan zijn op de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag in een concreet geval van klimaat- of gevolgschade. Hiermee is nadrukkelijk niet gezegd dat de kans op aansprakelijkheid in bepaalde gevallen gewoonweg en zonder meer afwezig is. De dreiging van aansprakelijkheid kan vaag en onzeker zijn, maar men doet er in geen geval goed aan deze vooraf weg te denken. Dit roept de boeiende vraag in het leven in hoeverre dreigende aansprakelijkheid van invloed is op de beslissingen en gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Op basis van het algemene preventieleerstuk zou men verwachten dat verschillende vormen van aansprakelijkheidsdreiging waterbeheerders ertoe stimuleren om klimaat- en gevolgschade te voorkomen of te beperken. Als dat zo is, dan kan worden gesteld dat de verschillende systemen van aansprakelijkheid een preventief effect genereren. Het is echter de vraag of en in hoeverre dit theoretische leerstuk een waarheidsgetrouwe weerspiegeling vormt van de adaptatiepraktijk in het Nederlandse waterbeheer. Deze vraag staat centraal in deel III van dit proefschrift. Dit deel vormt daarvan het sluitstuk, maar opent tegelijkertijd nieuwe deuren voor breed georiënteerd vervolgonderzoek.

11.3. Adaptatiebeleid

De adaptatiebenadering is hoofdzakelijk tot ontwikkeling gekomen in het internationale wetenschappelijke en politieke klimaatdebat.⁵ Aanvankelijk ging deze benadering uit van het zelfstandige aanpassingsvermogen van maatschappelijke en ecosystemen, waarbij menselijke inspanning niet noodzakelijk werd geacht. Deze benadering stuitte op felle kritiek, met als kern dat het een gemakzuchtige en fatalistische benadering betrof, die zich bovendien ten onrechte verzette tegen de heersende overtuiging dat de klimaatverandering door menselijk ingrijpen zou kunnen worden gekeerd.⁶ De adaptatiebenadering heeft mede daardoor geen prominente positie verworven in het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol. Naarmate er meer discussie ontstond over de strekking en de haalbaarheid van de mitigatiedoelstellingen, won de adaptatiebenadering aan aandacht en aanhang, hetgeen een conceptuele verandering inluidde.⁷ De insteek van de nieuwe adaptatiebenadering is dat actief menselijk ingrijpen in kwetsbare maatschappelijke en ecosystemen de onvermijdelijke nadelige gevolgen van klimaatverandering zou kunnen verzachten. Gaandeweg ontstond de overtuiging dat adaptatie een onmisbaar wapen is in de strijd van de mens tegen klimaatverandering. In de huidige 'realistische benadering' heeft de adaptatie een nadrukkelijk gelijkwaardige plaats gekregen naast de mitigatie en wordt een optimale mix van adaptatie- en mitigatiemaatregelen zelfs synergetische krachten toegeschreven.⁸ Met de erkenning van het belang van de adaptatie als klimaatstrategie begon deze benadering langzaam

5 Zie paragraaf 2.2.2 en 2.2.3.

6 Zie paragraaf 2.2.3.1.

7 Zie paragraaf 2.2.3.2.

8 Zie paragraaf 2.2.3.3 en 2.2.3.4.

maar zeker wortel te schieten in het klimaat- en waterbeleid van verschillende verdragspartijen, waaronder Nederland en de Europese Unie.

Nederland nam wat betreft die beleidsontwikkelingen al gauw een zekere voor-sprong op de EU en andere EU-lidstaten. Waar de ontwikkelingen richting de tot-standkoming van een integrale Europese Adaptatiestrategie (die overigens in april 2013 bekend is gemaakt⁹) formeel in 2007 aanvingen met de publicatie van het Groenboek inzake adaptatie, zag in Nederland reeds in dat jaar een integrale Nationale Adaptatiestrategie (NAS) het licht.¹⁰ Ook binnen het sectorale waterbeleid vielen in Nederland reeds kort na de eeuwwisseling de eerste noties van de adaptatiebenade-ning te ontwaren, terwijl deze in het Europese waterbeleid – vooral in verband met waterschaarste en droogte – pas in de tweede helft van het eerste decennium van de 21^e eeuw duidelijk tot bloei kwamen.¹¹ De Europese beleidsontwikkelingen inzake het overstromingsrisicobeheer waren overigens wel van eerder datum.¹² Duidelijk is dat de ontwikkeling van en de ontwikkelingen binnen het adaptatiebeleid op beide niveaus in volle gang zijn. Dat zijn op zichzelf positieve ontwikkelingen te noemen, in het kader waarvan het algemene aanbeveling verdient deze zonder oponthoud voort te zetten. De inspanningen op Europees beleidsniveau dienen – indachtig het subsidiariteitsbe-ginsel – wat dat betreft dus vooral kaderstellend, stimulerend en agenderend te zijn. Deze dienen voorts te zijn gericht op de coördinatie van adaptatiebeleid, de onder-steuning bij de totstandkoming en tenuitvoerlegging daarvan, en de vermeerdering en bundeling van kennis en ervaringen omtrent klimaatrisico's en de wijze waarop daartegen kan worden opgetreden. De huidige beleidsontwikkelingen bewegen zich duidelijk langs die lijnen.¹³

De feitelijke adaptatie is dus hoofdzakelijk een nationale en regionale aangele-genheid. Het verbaast niet dat de adaptatiebenadering sinds het begin van deze eeuw steeds sterker doorklinkt in het nationale en regionale (water)beleid. Uit een analyse van het Nederlandse adaptatiebeleid in algemene zin volgt dat dit steeds meer neigt naar een integrale en multisectorale benadering van het klimaatprobleem op feite-lijk elk beleidsniveau, waarin voorts wordt gezocht naar geschikte manieren om met onzekere klimaatrisico's om te gaan, met een oriëntatie op de middellange en lange termijn.¹⁴ Hoewel men zich op de juiste weg lijkt te bevinden, kan ook in Nederland nog niet worden gesproken van volwassen adaptatiebeleid. Daarop kan kritiek wor-den geuit, maar ik meen dat dat met het oog op de stand en gang van de ontwik-kelingen enigszins voorbarig is. Wel dient te worden gewezen op twee algemene aan-dachtspunten, waarmee bij nieuwe ontwikkelingen in het adaptatiebeleid rekening dient te worden gehouden. Met de totstandkoming van adaptatiebeleid kan, in de eerste plaats, de indruk ontstaan dat de feitelijke adaptatie hoofdzakelijk een over-heidsverantwoordelijkheid is. Waterbeheerders dienen in hun beleid inderdaad nadere

9 Zie paragraaf 3.3.3.2.

10 Zie paragraaf 3.3.1, 3.3.2, 3.3.3 en 4.2.3.

11 Zie paragraaf 3.3.4.1, 4.2.4 en 4.2.5.

12 Zie paragraaf 3.3.4.2.

13 Zie paragraaf 3.3.3 en 3.3.5.

14 Zie paragraaf 4.2.7.

Conclusies

invulling te geven aan hun verantwoordelijkheden naar tijd, plaats en plaatselijke omstandigheden. Dat betekent echter niet dat deze verantwoordelijkheden geen grenzen kennen. Het verdient aanbeveling daarop duidelijk te wijzen in de verschillende planvormen, zodat particuliere partijen zich er beter van bewust worden dat op hen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering ook eigen verantwoordelijkheden rusten.¹⁵ Ten tweede verdient het aanbeveling te (her)overwegen in hoeverre adaptatie steeds is of behoort te zijn gericht op het behoud en de bescherming van bestaande waarden, belangen, gebruiken en situaties, of in hoeverre dit ook aanpassingen vergt in het normale maatschappelijke doen en laten en in de huidige (politieke) percepties van bijvoorbeeld waterveiligheid en zoetwatervoorziening.¹⁶

11.4. Adaptatieverplichtingen

In deel I van dit proefschrift stond de vraag centraal welke verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het waterbeheer voortvloeien uit het internationale, het Europese en het nationale recht. Een bijkomende vraag was welke aanbevelingen kunnen worden gedaan om deze verplichtingen te verduidelijken. Hieronder geef ik, per niveau, een overzicht van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen in dat verband.

11.4.1. Internationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

Conclusies

- Wegens de dominante positie van de mitigatiebenadering, vloeien uit het internationale klimaatregime in verband met de adaptatie aan klimaatverandering geen duidelijke verplichtingen voor de verdragspartijen voort. Het internationale politieke en wetenschappelijke klimaatdebat heeft wel een sterke agenderende werking.
- Het valt niet uit te sluiten dat in het kader van de ontwikkelingen op het terrein van de uit diverse mensenrechtenbepalingen voortvloeiende positieve verplichtingen, ook concrete adaptatieverplichtingen voor waterbeheerders tot stand zullen komen. Daartoe kunnen in de jurisprudentie van het EHRM reeds algemene aanknopingspunten worden gevonden.

11.4.1.1. Het internationale klimaatregime

De adaptatiebenadering neemt in het internationale klimaatregime een ondergeschikte positie in ten opzichte van de mitigatiebenadering. Dat is niet in lijn met de aandacht die in het huidige politieke en wetenschappelijke klimaatdebat uitgaat naar die benadering. Het verdient daarom algemene aanbeveling de adaptatiebenadering ook binnen de juridische kaders van het (toekomstige) klimaatregime expliciet te aanvaarden als zelfstandige en volwaardige benadering in de strijd tegen onzekere

¹⁵ Zie paragraaf 4.3.4.8 en 4.4.4.4.

¹⁶ Zie paragraaf 4.2.7 en verschillende onderdelen van paragraaf 4.5.

klimaatrisico's, overigens zonder afbreuk te doen aan de mitigatiedoelstellingen. Onder meer Nederland en de EU dienen zich daarvoor in mijn ogen sterk te maken tijdens de onderhandelingen omtrent de totstandkoming van eventuele nieuwe internationale overeenkomsten inzake klimaatverandering. Uit een analyse van het huidige internationale klimaatregime volgt als algemene conclusie dat hieruit in verband met de adaptatie aan klimaatverandering voor de partijen weinig concrete verplichtingen voortvloeien. Het debat dat op internationaal niveau wordt gevoerd heeft daarentegen wel een sterke agenderende werking, die kracht wordt bijgezet door een zeer algemene verantwoordelijkheid om klimaat- en adaptatiebeleid te voeren. Mede doordat de adaptatiebenadering een centrale positie heeft verworven binnen de kaders van het internationale klimaatdebat, is deze benadering, zoals hierboven reeds bleek, gaandeweg steeds verder doorgedrongen tot het beleid van de verdragspartijen, althans dat van Nederland en de EU.¹⁷ De ontwikkelingen op het internationale niveau blijken in verband met de adaptatie aan klimaatverandering dus vooral buiten de kaders van het juridisch afdwingbare een belangrijke toegevoegde waarde te hebben.

Een en ander betekent niet dat de adaptatiebenadering geheel buiten de kaders van het internationale klimaatregime is gebleven. De doelstellingen van het Klimaatverdrag zijn erop gericht de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer te stabiliseren, zodat de adaptatie van maatschappelijke en ecosystemen zich op natuurlijke wijze kan voltrekken. Hieruit valt een uiterst algemene verplichting af te leiden tot het treffen van mitigatiemaatregelen. De adaptatie wordt echter overgelaten aan de 'onzichtbare hand van de natuurlijke selectie en de marktwerking': de doelstellingen verplichten dus niet tot actieve adaptatie.¹⁸ Het in art. 3 lid 3 Klimaatverdrag verankerde voorzorgsbeginsel erkent wel de mogelijke behoefte aan adaptatiemaatregelen. Op basis daarvan kan echter geen juridische aanspraak worden gemaakt op het daadwerkelijk treffen van adaptatiemaatregelen; dergelijke maatregelen staan in verband met de doelstellingen van het Klimaatverdrag ook nadrukkelijk op de tweede plaats. Het in het verdrag gecodificeerde voorzorgsbeginsel strekt hoofdzakelijk tot de garantie dat eventuele wetenschappelijke onzekerheden omtrent (de gevolgen van) klimaatverandering niet worden gebruikt als argument om af te zien van het treffen van enigerlei maatregelen. Voorts kunnen aan dit beginsel juist argumenten worden ontleend om, ondanks het ontbreken van volledige wetenschappelijke zekerheid, toch de nodige maatregelen te treffen.¹⁹ Uit art. 4 lid 1 sub b Klimaatverdrag vloeit, ten slotte, een algemene verantwoordelijkheid voor de partijen voort om klimaatbeleid tot stand te brengen. Hierin dienen zij onder meer de door hen in verband met de adaptatie genomen beleidsbeslissingen te motiveren. Daarover dienen zij in hun Nationale Mededelingen periodiek verantwoording af te leggen aan de Conferentie van de Partijen. Deze verantwoordelijkheid stimuleert de verdragspartijen zorgvuldig adaptatiebeleid tot stand te brengen, hetgeen de genoemde agenderende werking ten goede komt.²⁰

17 Zie paragraaf 2.3.6.

18 Zie paragraaf 2.3.3.

19 Zie paragraaf 2.3.4.

20 Zie paragraaf 2.3.5.

11.4.1.2. Mensenrechten

De relatie tussen klimaatverandering en mensenrechten staat de laatste jaren steeds meer in de wetenschappelijke en politieke belangstelling. Het geniet inmiddels brede erkenning dat mensenrechten een belangrijke rol behoren te spelen bij de totstandkoming en tenuitvoerlegging van klimaat- en adaptatiebeleid.²¹ In dat verband is tot op heden echter nog weinig aandacht geschonken aan de vraag in hoeverre de positieve verplichtingen op grond van relevante bepalingen uit het EVRM of het EP een juridische basis kunnen vormen voor in rechte afdwingbare adaptatieverplichtingen voor waterbeheerders. Op dat terrein dient nader onderzoek te worden verricht. Uit een verkennende analyse van enkele arresten van het EHRM volgt dat dit niet op voorhand kan worden uitgesloten, hoewel de nodige terughoudendheid ten aanzien van het trekken van al te vergaande conclusies wel op haar plaats is. De huidige jurisprudentie biedt in elk geval algemene uitgangspunten over de verplichtingen van overheidsorganen in verband met (onzekere) risico's. Deze zijn ook van belang in verband met klimaatrisico's. Zo is het voor het bestaan van een verplichting om tegen een risico op te treden van belang dat het betrokken overheidsorgaan kennis heeft of kan hebben omtrent het betreffende risico (*Öneriyildiz en Budayeva*). Aan objectief onkenbare risico's kunnen geen afdwingbare verantwoordelijkheden worden gekoppeld. Hoe concreter de kennis omtrent een risico is, hoe eerder van het betrokken overheidsorgaan redelijkerwijs beschermende maatregelen mogen worden verwacht. Onzekerheid omtrent een risico kan de verantwoordelijkheid voorts beperken, maar neemt deze niet zonder meer weg (*Tatar*). Overheidsorganen hebben, ten slotte, discretionaire ruimte bij het nemen van beslissingen omtrent de omgang met (onzekere) risico's. Daaraan komt een bijzonder belang toe, indien een risico zijn ontstaansgrond heeft in natuurlijke factoren (*Budayeva*).²²

21 Zie paragraaf 2.4.2.

22 Zie paragraaf 2.4.3.

11.4.2. Europeesrechtelijke adaptatieverplichtingen

Conclusies

- Op Europees niveau bestaat geen integrale adaptatieregelgeving, zodat eventuele verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het waterbeheer dienen te worden afgeleid uit de sectorale waterregelgeving. Wel is de totstandkoming van integraal en sectoraal adaptatiebeleid volop in ontwikkeling.
- De lidstaten moeten op grond van de Ror binnen de kaders van hun waterveiligheidsbeleid uiterlijk in 2021 adaptatiebeleid hebben vastgesteld. Door de programmatische aanpak zijn zij echter vrij om wat dat betreft zelf de doelstellingen en ambities te bepalen. De Ror biedt dus in beginsel een geschikt juridisch kader voor adequate adaptatie aan klimaatverandering, maar door de programmatische aanpak kunnen de ambitieniveaus tussen de lidstaten wel sterk uiteen gaan lopen.
- De doelstellingen van de Europese Waterschaarste- en droogtestrategie hebben geen duidelijke juridische basis in de KRW, noch in een andere richtlijn. De lidstaten moeten die doelstellingen hoofdzakelijk verwezenlijken door middel van de tenuitvoerlegging van adequaat prijsstellingsbeleid voor waterdiensten. De doeltreffendheid van het beleid van de lidstaten op dat terrein zal echter ook gebaat zijn bij de verankering van die doelstellingen in de concrete milieudoelstellingen van de KRW.

11.4.2.1. Europees constitutioneel recht

Op Europees niveau bestaat geen integrale klimaatregelgeving. Wel wordt in de in april 2013 verschenen Europese Adaptatiestrategie geanticipeerd op de vaststelling van een integrale adaptatierichtlijn, indien de lidstaten in 2017 tekort blijken te schieten in de verwezenlijking van de doelstellingen van die strategie. Eventuele adaptatieverplichtingen voor de lidstaten dienen daarom te worden afgeleid uit de sectorale milieuregelgeving. In deze regelgeving vinden de doelstellingen en beginselen uit het Europese constitutionele recht hun doorklank. Deze doelstellingen en beginselen vormen hoofdzakelijk een abstract bevoegdheidskader waarbinnen de bevoegde instellingen nadere invulling kunnen geven aan hun milieubeleid en -regelgeving. De EU heeft op milieugebied overigens geen exclusieve regelgevende bevoegdheid, maar deelt deze met de lidstaten. In art. 191 lid 1 VWEU zijn de milieudoelstellingen verwoord, waarvan de verwezenlijking door de EU en de lidstaten gezamenlijk wordt nagestreefd. De adaptatie aan klimaatverandering wordt geacht te vallen binnen de kaders van deze doelstellingen. Bij de uitoefening van regelgevende en andere bevoegdheden door instellingen van de EU dient acht te worden geslagen op de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Voorts zijn in art. 191 lid 2 VWEU de belangrijkste beginselen opgenomen, waarop het milieubeleid van de EU dient te berusten. Dergelijke beginselen scheppen vooral een juridisch kader voor secundaire Europese regelgeving, die daar immers aan kan worden getoetst. De Europese milieuregelgeving dient dus een duidelijke weerspiegeling van deze beginselen te vormen. Uit de beginselen, zoals ze in het VWEU zijn neergelegd, vloeien geen rechtstreekse verplichtingen voor de

lidstaten voort. Zij worden daaraan op indirecte wijze gebonden via de concrete doorvertaling van deze beginselen in op concrete milieuthema's toegespitste regelgeving.²³ In dit proefschrift beperkte ik me tot de regelgeving inzake overstromingsrisico's, en die inzake waterschaarste en droogte.

11.4.2.2. Overstromingsrisicobeheer

De Richtlijn overstromingsrisicobeheer (Ror) verplicht de lidstaten uiterlijk op 22 december 2015 gecoördineerd beleid inzake het beheer van overstromingsrisico's op te stellen en uit te voeren. Dit beleid moet daarna eens in de zes jaar worden geëvalueerd en zo nodig worden bijgesteld. De richtlijn kenmerkt zich door een planmatige en programmatische aanpak, waarbij de lidstaten veel discretionaire ruimte wordt geboden voor een op de nationale en regionale problematiek toegespitste afstemming van beleid en maatregelen. Pas bij de eerste herziening in 2021 moeten de lidstaten in hun overstromingsrisicobeheerplannen formeel rekening houden met de vermoedelijke effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen. In de 'eerste generatie' plannen hoeft hiermee nog geen rekening te worden gehouden, maar de richtlijn bevat daartoe wel een sterke aansporing. Het verdient daarom aanbeveling dat de lidstaten zich reeds nu inspannen om adaptatiebeleid op te nemen in de door hen in 2015 op te stellen plannen.²⁴ Voor de volgende generaties plannen bevat de richtlijn een expliciete actualiseringsplicht. Deze verplichting gaat vergezeld van een (minder expliciete) onderzoeksplicht ten aanzien van de vermoedelijke effecten van klimaatverandering op het plaatsvinden van overstromingen en een verantwoordingsplicht ten aanzien van de door hen op basis van hun risicobeoordeling gemaakte beleidsbeslissingen. Bij hun evaluaties dienen de lidstaten zich te vergewissen van en te baseren op de meest recente technische en wetenschappelijke inzichten en methoden op het terrein van de klimaatverandering. Dat laatste vloeit niet duidelijk voort uit de tekst van de richtlijn, maar het verdient met het oog op de strekking van de actualiserings- en onderzoeksverplichting wel aanbeveling dat daarin te expliciteren. De EU en de lidstaten dienen zich voorts in te spannen om het kennisbestand te dien aanzien te vergroten, te verbeteren en voor eenieder toegankelijk te maken.²⁵

Geconcludeerd kan worden dat de Ror in beginsel een geschikt juridisch kader biedt voor een adequate aanpassing aan klimaatverandering op het terrein van de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast. De doeltreffendheid daarvan is door de grote mate van discretionaire ruimte wel sterk afhankelijk van de inspanningen van de lidstaten. Dit kan ertoe leiden dat de ambitieniveaus in Europa per lidstaat sterk uiteen gaan lopen. Dat is een keerzijde van de programmatische benadering. Dit kan deels worden ondervangen door concretere en uniforme inhoudelijke eisen te stellen aan de overstromingsrisicobeheerplannen van de lidstaten. Ook zouden concretere doelstellingen (bijvoorbeeld in de vorm van beschermingsnormen) in de Ror

²³ Zie paragraaf 3.4.2.

²⁴ Zie paragraaf 3.4.3.2.

²⁵ Zie paragraaf 3.4.3.3.

kunnen worden opgenomen. Daartoe is een aanpassing van de Ror nodig, waarvoor in beginsel een bijzondere wetgevingsprocedure geldt. Vooraleer dergelijke aanscherpingen in overweging te nemen, kan mijns inziens echter beter gebruik worden gemaakt van minder ingrijpende instrumenten. Zo verdient het aanbeveling dat de Europese Commissie op korte termijn voorziet in een uitvoerige strategische handleiding voor het opstellen en periodiek toetsen van dergelijke plannen, met daarin bijzondere aandacht en uiteenlopende aanwijzingen voor de uniforme en doeltreffende integratie van adaptatiebeleid binnen die planmatige kaders. Een dergelijke handleiding kan niet alleen als hulpstuk dienen bij het opstellen en actualiseren van overstromingsrisicobeheerplannen, maar kan tevens als uitgangspunt dienen bij de periodieke beoordeling daarvan. Mocht bij de beoordeling van de ‘tweede generatie’ plannen in 2021 blijken dat de ambitieniveaus sterk uiteenlopen of dat lidstaten hun verantwoordelijkheden op grote schaal en ernstig veronachtzamen, dan kunnen verdergaande maatregelen in overweging worden genomen.

11.4.2.3. Waterschaarste en droogte

Het Europese beleid inzake de bestrijding van waterschaarste en droogte is neergelegd in de Waterschaarste- en droogtestrategie. Dit beleid is er primair op gericht zuinig watergebruik, waterbesparing en waterefficiëntie te stimuleren, en een modernisering door te voeren in de waterbeheerpraktijk, een en ander mede met het oog op de verwachtingen omtrent de gevolgen van klimaatverandering voor de zoetwatervoorziening op het Europese continent.²⁶ Deze strategie bevat op zichzelf geen bindende bepalingen voor de lidstaten, terwijl de verwezenlijking van de doelstellingen daarvan wel in belangrijke mate afhankelijk is van hun inspanningen. De Kaderrichtlijn Water (KRW) biedt in beginsel geschikte instrumenten en voorzieningen om deze doelstellingen te verwezenlijken, of daar althans een waardevolle bijdrage aan te leveren. De nadruk ligt daarbij vanuit de Commissie sterk op de verplichte invoering en tenuitvoerlegging van adequaat prijsstellingsbeleid voor waterdiensten, maar ook kan worden gewezen op uiteenlopende andere (niet-economische) vraag- of aanbodregulerende maatregelen, die als niet verplichte ‘aanvullende maatregelen’ kunnen worden opgenomen in de maatregelenprogramma’s. Uit een recente grootschalige evaluatie van de KRW en de genoemde strategie volgt dat veel lidstaten vooralsnog in ernstige mate tekortschieten in de verwezenlijking van de strategische doelstellingen. De Commissie heeft als reactie daarop te kennen gegeven de naleving van de verplichtingen ex art. 9 KRW tot de invoering van adequaat prijsstellingsbeleid strenger te gaan handhaven. Ook zal de Commissie op korte termijn een handleiding opstellen om de spoedige invoering en tenuitvoerlegging van prijsstellingsbeleid voor waterdiensten te bevorderen.²⁷ Het verdient inderdaad aanbeveling maatregelen te treffen om de naleving van art. 9 KRW te stimuleren. Het valt echter wel te betwijfelen of enkel de invoering van prijsstellingsbeleid voldoende zal zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen

²⁶ Zie paragraaf 3.3.4.1.

²⁷ Zie paragraaf 3.3.4.1 en 3.4.4.4.

van de strategie. Het kan daarbij problematisch zijn dat de doelstellingen hiervan niet duidelijk zijn verankerd in het Europese waterrecht.

Ik zie daarom aanleiding deze strategie een verderstreckende juridische basis te geven in de KRW, waarbij zich tevens de gelegenheid voordoet een onvolmaaktheid in die richtlijn weg te nemen. De bestrijding van waterschaarste en droogte ligt als algemene doelstelling besloten in art. 1 KRW, maar de juridische status van deze doelstelling is onduidelijk. Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat hierop concrete verplichtingen voor de lidstaten zullen worden gebaseerd, en evenmin dat de doeltreffendheid van hun beleid en hun maatregelen in het licht daarvan zal worden beoordeeld.²⁸ Dat laatste vindt immers plaats in het licht van de milieudoelstellingen op grond van art. 4 KRW, die een nadere concretisering vormen van de algemene doelstellingen in art. 1 KRW. De bestrijding van waterschaarste en droogte ligt echter niet besloten in deze concrete milieudoelstellingen. Deze richten zich hoofdzakelijk op het bereiken van een goede ecologische en chemische toestand van oppervlaktewater en grondwater. Het betreft dus duidelijk *kwaliteits*doelstellingen, met daaraan verbonden resultaats- dan wel inspanningsverplichtingen. Nu dienen de lidstaten op basis van art. 11 en 13 KRW wel degelijk beleid inzake waterschaarste en droogte neer te leggen in hun stroomgebiedbeheerplannen en zij dienen te dien aanzien tevens passende maatregelen op te nemen in hun maatregelenprogramma's. Zij hebben daarbij gebruikelijkerwijs veel discretionaire ruimte. De doeltreffendheid daarvan kan echter slechts worden beoordeeld in het licht van de genoemde kwaliteitsdoelstellingen. Dat is paradoxaal en onwenselijk. Daarom verdient het aanbeveling om ook de goede kwantitatieve toestand van oppervlaktewater een plaats te geven tussen de concrete milieudoelstellingen in art. 4 KRW. Zodoende kan de doeltreffendheid van het beleid inzake waterschaarste en droogte voortaan in het licht daarvan worden beoordeeld, hetgeen de Commissie betere mogelijkheden geeft om handhavend op te treden tegen eventuele tekortkomingen of nalatigheden.²⁹ Dit kan de lidstaten er bovendien toe stimuleren om, naast de invoering van een adequaat prijsstellingsbeleid, ook andere innovatieve instrumenten en voorzieningen te ontwikkelen en te benutten ter verwezenlijking van de doelstellingen van de Waterschaarste- en droogtestrategie.

²⁸ Zie paragraaf 3.4.4.2.

²⁹ Zie paragraaf 3.4.4.3.

11.4.3. Nationaalrechtelijke adaptatieverplichtingen

Conclusies

- Art. 2.1 Waterwet sluit een proactieve, op de verwachte gevolgen van klimaatverandering gerichte verwezenlijking van de daarin verwoorde doelstellingen niet uit, maar bevat daartoe geen zelfstandige verplichting. Daardoor is in de praktijk de indruk ontstaan dat adaptatie een vrijblijvende aangelegenheid is.
- Ten onrechte, want het zorgvuldigheidsbeginsel dwingt waterbeheerders er wel degelijk toe bij hun strategische en operationele beleids- en besluitvorming, voor zover relevant, rekening te houden met onzekere klimaatrisico's. Deze verplichting dient bij voorkeur wettelijk te worden geëxpliciteerd.
- De zorgplichten voor de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast vanuit het oppervlaktewater zijn begrensd door concrete beschermingsnormen. Het is dus de wetgever die, mede op basis van een beoordeling van de klimaatrisico's, bepaalt welk beschermingsniveau binnen een bepaald gebied *ten minste* moet worden geboden. Op die wijze is voor beheerders ook de aansprakelijkheid voor klimaatschade wegens het tekortschieten in een wettelijke zorgplicht door de wetgever begrensd.
- De zorgplichten voor de zoetwatervoorziening en de gemeentelijke zorgplichten in het waterbeheer zijn niet begrensd door concrete normen, maar dienen nader te worden ingevuld langs de lijnen van de doelmatigheid. De betrokken waterbeheerders moeten de grenzen van die zorgplichten, mede op basis van een beoordeling van de klimaatrisico's, dus zelf in kaart brengen. Dat betekent dat zij ook zelf invloed hebben op de begrenzing van de aansprakelijkheid voor klimaatschade.

De adaptatiebenadering heeft vooralsnog weinig expliciete doorgang gevonden in het Nederlandse recht.³⁰ Dat neemt niet weg dat er op dat niveau voor waterbeheerders wel degelijk verplichtingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering bestaan. Mede doordat deze verplichtingen niet zijn geëxpliciteerd binnen de kenmerkende kaders van het Nederlandse waterrecht, bestaat er in de praktijk van het waterbeheer echter nog betrekkelijk veel onduidelijkheid over de exacte strekking daarvan. Die onduidelijkheid dient te worden weggenomen; ik doe in dat verband een aantal samenhangende aanbevelingen. Het Nederlandse waterrecht kenmerkt zich enerzijds door algemene integrale doelstellingen, waaraan nadere invulling wordt gegeven aan de hand van concrete zorgplichten voor waterbeheerders. Sommige van die zorgplichten zijn ingevuld aan de hand van concrete beschermingsnormen, andere vinden invulling aan de hand van de open norm van de doelmatigheid.³¹ Een ander belangrijk kenmerk is dat waterbeheerders, met het oog op hun deskundigheid op waterstaatkundig terrein, via een systeem van strategische en uitvoeringsgerichte planvormen zelf concrete invulling dienen te geven aan hun zorgplichten naar tijd, plaats en plaatselijke omstandigheden. Zij hebben daarbij veel discretionaire ruimte wat betreft het beoordelen

³⁰ De inwerkingtreding van de Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening vormt daarop een uitzondering. Zie Stb. 2011, 604.

³¹ Zie paragraaf 4.3.4.1 tot en met 4.3.4.6.

van risico's, het stellen van prioriteiten, de besteding van financiële en andere middelen, en de keuze voor de door hen in concrete gevallen te benutten instrumenten en bevoegdheden.³² Voorts geldt in het waterbeheer een systeem van interbestuurlijk toezicht met bijpassende bevoegdheden.³³ Alle genoemde elementen zijn binnen het Nederlandse waterbeheer van wezenlijk belang en dienen in onderlinge samenhang te worden beschouwd. Binnen deze kaders dienen de verantwoordelijkheden in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering nadere invulling te krijgen.

11.4.3.1. Doelstellingen

De verschillende zorgplichten in het waterbeheer strekken tot de verwezenlijking van de in art. 2.1 Waterwet genoemde doelstellingen. De normatieve betekenis van deze doelstellingen is echter beperkt: deze geven hoofdzakelijk een algemene richting in en aan het waterbeheer. Hieruit vloeien voor waterbeheerders geen zelfstandige adaptatieverplichtingen voort. Waterbeheerders dienen wel te verantwoorden in hoeverre hun beslissingen daarmee verenigbaar zijn. Deze doelstellingen sluiten niet uit dat in het waterbeheer kan of dient te worden geanticipeerd op zekere en onzekere klimaatrisico's. Mede daardoor bestaat in de praktijk van het waterbeheer onduidelijkheid over de vraag of de toepassing van de Waterwet ook is of kan zijn gericht op de proactieve verwezenlijking van de doelstellingen daarvan op de lange termijn. Ik betoogde dat dat het geval is, en beveel daarom aan dit te expliciteren door aan art. 2.1 een derde lid toe te voegen, waaruit volgt dat de toepassing van de Waterwet indien nodig mede is gericht op de vergemakkelijking of de waarborging van de verwezenlijking van de in het eerste en tweede lid genoemde doelstellingen op de langere termijn, mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen.³⁴ Daardoor ontstaat een expliciete wettelijke basis voor taken en bevoegdheden in verband met de anticipatie op klimaatrisico's, waaraan elders in de Waterwet en tevens in het beleid van de waterbeheerders nadere invulling kan worden gegeven. Hiermee is de onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de Waterwet in de tijd weggenomen. Daaruit volgt echter nog niet waartoe waterbeheerders precies gehouden zijn bij de invulling en tenuitvoerlegging van hun zorgplichten.

11.4.3.2. Zorgplichten

Men onderscheidt de bij of krachtens wet genormeerde zorgplichten voor de waterveiligheid en de bescherming tegen wateroverlast vanuit het oppervlaktewater, van de niet genormeerde zorgplichten voor de zoetwatervoorziening en de bescherming tegen wateroverlast door afvloeiend hemelwater en overtollig grondwater. De beschermingsnormen in verband met de eerste soort zorgplichten bieden een minimaal beschermingsniveau dat de verantwoordelijke waterbeheerders dienen te garanderen.

³² Zie paragraaf 4.3.4.8.

³³ Zie paragraaf 4.3.4.7.

³⁴ Zie paragraaf 4.4.2.

Dit minimale beschermingsniveau kan in beginsel in rechte worden afgedwongen. Deze normen strekken daarentegen niet tot de inperking van de bevoegdheden van watersysteembeheerders om, bijvoorbeeld met het oog op de verwachte klimaatveranderingen, verderstreckende beschermingsmaatregelen te treffen. Aangezien hierover in de praktijk onduidelijkheid bestaat, verdient het aanbeveling wettelijk te expliciteren dat de gestelde normen het vereiste beschermingsniveau bieden dat *ten minste* of *minimaal* dient te worden geboden. In de toelichting daarbij dient voorts te worden verduidelijkt dat binnen de grenzen van de proportionaliteit en de zorgvuldigheid de bevoegdheid bestaat verderstreckende maatregelen te treffen (waaronder ook ruimtelijke reserveringen worden verstaan), een en ander uiteraard onder een deugdelijke motivering. Daarbij dient tevens te worden benadrukt dat deze aanvulling er niet toe strekt de op beheerders rustende verplichtingen te verruimen: verderstreckende maatregelen kunnen niet in rechte worden afgedwongen. Het oordeel of de huidige beschermingsnormen, bijvoorbeeld met het oog op de verwachtingen omtrent klimaatverandering, het juiste beschermingsniveau bieden, berust in hoofdzaak op politieke overwegingen. Deze normen kunnen worden aangescherpt, maar dat is niet in rechte afdwingbaar. Een aanscherping van de normen betekent wel een verruiming van de op watersysteembeheerders rustende verplichtingen. Zolang zij het nieuw vastgestelde strengere beschermingsniveau niet bereiken, kunnen in beginsel beschermingsmaatregelen van hen worden afgedwongen.³⁵

De niet genormeerde zorgplichten worden ingevuld langs de lijnen van de open norm van de doelmatigheid. Over de strekking van deze zorgplichten kan, mede door het ontbreken van concrete (beschermings)normen, weinig in algemeenheid worden gesteld. De concrete invulling van deze zorgplichten vindt namelijk in belangrijke mate door de betrokken waterbeheerders zelf plaats in hun beleid, een en ander onder een deugdelijke motivering en binnen de grenzen van de zorgvuldigheid en de proportionaliteit. Waterbeheerders hebben in verband met dergelijke zorgplichten dus veel discretionaire ruimte om zelf te bepalen welke doelen aan de hand van welke middelen of maatregelen moeten worden nagestreefd. Bij dergelijke beslissingen dienen alle relevante regionale en lokale belangen en omstandigheden een rol te spelen. Ook klimaatrisico's kunnen in dat verband dus van belang zijn.³⁶ De doelmatigheid houdt voorts een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden in tussen waterbeheerders en particulieren. Particulieren kunnen er niet redelijkerwijs op rekenen dat een waterbeheerder onder alle omstandigheden maatregelen treft die hun belangen dienen. Op hen rusten ook eigen verantwoordelijkheden, die beginnen waar de zorgplicht van de waterbeheerder eindigt.³⁷ De rechter beoordeelt of de betrokken waterbeheerder in een concreet geval redelijkerwijs en binnen de grenzen van de zorgvuldigheid en de proportionaliteit tot de door hem in verband met de invulling van zijn zorgplichten genomen beslissingen heeft kunnen komen. Aangezien te dien aanzien in de praktijk

³⁵ Zie paragraaf 4.4.3.1.

³⁶ Zie paragraaf 4.4.3.2.

³⁷ Zie paragraaf 4.4.4.4.

Conclusies

onduidelijkheid bestaat, verdient het wel aanbeveling dat bij of krachtens wet nadere kaderstellende invulling wordt gegeven aan hetgeen de doelmatigheid van waterbeheerders verlangt, ook met het oog op de omgang met onzekere klimaatrisico's.³⁸

Wanneer men beide soorten zorgplichten met elkaar vergelijkt, valt op dat de discretionaire ruimte in verband met de zorgplichten die worden ingevuld aan de hand van de open norm van de doelmatigheid, meer omvat dan de discretionaire ruimte in verband met de aan de hand van concrete beschermingsnormen ingekaderde zorgplichten. Op dit punt komen twee lijnen van deel I en II van dit proefschrift samen. In verband met de laatstgenoemde zorgplichten heeft de wetgever immers al voorzien in een duidelijk doel (de beschermingsnorm), zodat de beleidsvrijheid slechts een rol speelt bij de beslissing aan de hand van welke maatregelen dat doel zal worden nagestreefd.³⁹ Door het stellen van minimumbeschermingsnormen heeft de wetgever ook de aansprakelijkheid van de beheerder voor klimaatschade wegens het tekortschieten in een wettelijke zorgplicht begrensd: *de beheerder kan niet aansprakelijk zijn voor klimaatschade voor de bescherming waartegen de wetgever hem geen verplichtingen heeft opgelegd*. Op de beheerder rust geen risico te worden verweten dat hij bij het nastreven van de bedoelde beschermingsnormen onvoldoende rekening heeft gehouden met de onzekere gevolgen van klimaatverandering; de wetgever wordt immers geacht de relevante onzekere klimaatrisico's bij de vaststelling van de beschermingsnormen in zijn overwegingen te betrekken.

De doelmatigheidsnorm in verband met de andere soort zorgplichten vraagt om een nadere invulling door de waterbeheerder zelf: de beleidsvrijheid bestrijkt dus zowel de beslissing omtrent het bepalen van de na te streven doelen, als de keuze voor instrumenten aan de hand waarvan die doelen zullen worden nagestreefd. De waterbeheerder bepaalt in dat geval zelf tot welk niveau redelijkerwijs inspanningen van hem mogen worden verwacht; hij bepaalt zelf waar de grens ligt tussen voldoende en onvoldoende zorg. Zodoende begrenst hij ook zelf op voorhand de aansprakelijkheidsdreiging: *hij kan niet aansprakelijk zijn voor schade voor de bescherming waartegen hij geen verantwoordelijkheid op zich heeft genomen*. Daarbij moet wel worden bedacht dat de beslissing omtrent het bepalen van de na te streven doelen op zichzelf door de (burgerlijke) rechter kan worden getoetst aan het recht en dus onrechtmatig kan worden bevonden. Dat betekent dat het risico op de waterbeheerder rust te worden verweten bij het vaststellen van de grenzen van zijn zorgplicht onvoldoende rekening te hebben gehouden met onzekere klimaatrisico's. Hieraan is, zoals ik in paragraaf 11.5.1.1 nader zal toelichten, ook een aansprakelijkheidsrisico verbonden.

³⁸ Zie paragraaf 4.4.5.

³⁹ De beheerder is, zoals ik betoogde, wel bevoegd zichzelf verdergaande doelen te stellen, maar dat kan niet in rechte van hem worden afgedwongen. Er geldt een duidelijk *wettelijk* minimumbeschermingsniveau.

11.4.3.3. Planstelsel

Ik benadrukte reeds het belang van het planstelsel in het Nederlandse waterbeheer. In de te onderscheiden plannen dient nadere invulling te worden gegeven aan de op waterbeheerders rustende zorgplichten en dient tevens te worden aangegeven door middel van welke concrete maatregelen binnen de planperiode uitvoering zal worden gegeven aan deze zorgplichten. Men onderscheidt strategische planvormen, zoals het nationale waterplan en de regionale waterplannen, van uitvoeringsgerichte planvormen, zoals de beheerplannen en gemeentelijke rioleringsplannen. Ook onderscheidt men buitenwettelijke planvormen, zoals gemeentelijke waterplannen. In de praktijk van het waterbeheer bestaat onduidelijkheid over de vraag in hoeverre en op welke wijze waterbeheerders in hun beleid rekening moeten houden met de onzekere gevolgen van klimaatverandering. De relevante wettelijke bepalingen omtrent de inhoud van deze planvormen bevatten daartoe immers geen expliciete verplichtingen. Een uitzondering daarop vormt art. 4.1 lid 2 sub d Waterwet, op grond waarvan het nationale waterplan vanaf 2015 een visie dient te bevatten 'op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen en wateroverlast, voor een periode van ten minste veertig jaren mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen'. Hiermee zal Nederland, naar redelijkerwijs valt te verwachten, reeds in 2015 voldoen aan de eerder besproken verplichting uit de Ror om uiterlijk in 2021 in het waterveiligheidsbeleid rekening te houden met de vermoedelijke gevolgen van klimaatverandering.⁴⁰ Dit valt vanuit het oogpunt van de adaptatie aan klimaatverandering toe te juichen, maar heeft de onduidelijkheid omtrent bovenstaande vraag niet weggenomen, en wellicht zelfs vergroot.⁴¹

Bij deze vraag is het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel ex art. 3:2 Awb van groot belang. Op grond van dit beginsel dienen waterbeheerders via de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb mijns inziens bij de voorbereiding van hun beleidsbeslissingen kennis te vergaren omtrent en rekening te houden met (onzekere) klimaatrisico's. Laten zij dergelijke risico's bij hun beleidsvorming volkomen links liggen, dan handelen zij vanuit bestuursrechtelijk oogpunt in beginsel onzorgvuldig, en wellicht ook in strijd met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidnorm en het voorzorgsbeginsel.⁴² Zij laten dan immers na relevante feiten in hun overwegingen te betrekken. De rechter kan een waterbeheerder er in dat geval toe verplichten om bij de totstandkoming van zijn beleidsbeslissingen ook rekening te houden met onzekere klimaatrisico's. Om deze verplichting te verduidelijken, verdient het aanbeveling deze expliciet neer te leggen in de wettelijke bepalingen over de verschillende planvormen.⁴³ Hieronder doe ik te dien aanzien concrete voorstellen.

Met de explicitering van deze verplichting bestaat nog geen duidelijkheid over de vraag welke inhoudelijke eisen de zorgvuldigheid voorts stelt. Zo is onduidelijk op welke bronnen waterbeheerders hun beleid (ten minste) dienen te baseren en op welke

⁴⁰ Zie paragraaf 3.4.3.3 en 11.4.2.2.

⁴¹ Zie paragraaf 4.4.4.1.

⁴² Zie paragraaf 4.4.4.2, 4.4.6 en 4.4.7.

⁴³ Zie paragraaf 4.4.4.3.

wijze zij hun overwegingen in dat verband dienen te verantwoorden. Het verdient in de eerste plaats aanbeveling dat waterbeheerders vanuit hun deskundigheid zelf passende beleidsstrategieën ontwikkelen voor de omgang met onzekere klimaatrisico's. Daarbij dienen zij heldere adaptatiedoelstellingen te formuleren. Voorts kan de burgerlijke rechter nadere invulling geven aan de eisen van de zorgvuldigheid, maar zijn rechtsvormende taak stuit op beperkingen en (procesrechtelijke) belemmeringen. Daarom verdient het bovenal aanbeveling dat de wet- en regelgevende instanties voorzien in kaderstellende procedurele en materiële voorschriften omtrent de zorgvuldigheid van adaptatiebeleid. Zij kunnen daartoe bijvoorbeeld gebruikmaken van hun bevoegdheden ex art. 3.11 Waterwet. Dat biedt niet alleen aan waterbeheerders bruikbare handvatten bij de vormgeving van hun adaptatiebeleid, maar biedt tevens de rechter handvatten bij de beoordeling van de zorgvuldigheid (en rechtmatigheid) daarvan. Een en ander zal ook de uniformiteit van adaptatiebeleid binnen het Nederlandse waterbeheer ten goede komen.⁴⁴

Het verdient in concrete zin aanbeveling aan art. 4.4 lid 2 Waterwet een vijfde onderdeel toe te voegen, dat luidt: 'e. een visie op de gewenste ontwikkelingen in verband met de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, voor een periode van ten minste veertig jaren, mede in verband met de verwachte klimaatveranderingen.' Ook aan art. 4.6 lid 2 Waterwet dient een vijfde onderdeel te worden toegevoegd, dat luidt: 'e. een uiteenzetting van de mate waarin en de wijze waarop in het beheer rekening wordt gehouden met de verwachte klimaatveranderingen, waaronder ten minste een uiteenzetting van de mate waarin de maatregelen en voorzieningen in het onder a bedoelde programma bijdragen aan, dan wel belemmeringen vormen voor de in artikel 4.1, tweede lid, onder d onderscheidenlijk artikel 4.4, tweede lid, onder e bedoelde gewenste ontwikkelingen.' In diezelfde lijn van denken dient aan art. 4.22 lid 2 Wm een zesde onderdeel te worden toegevoegd, dat luidt: 'f. een uiteenzetting van de mate waarin en de wijze waarop tijdens de door het plan bestreken periode rekening wordt gehouden met de verwachte klimaatveranderingen, waaronder ten minste een uiteenzetting van de mate waarin daarmee rekening is gehouden bij de totstandkoming van het onder b bedoelde overzicht.'

11.5. Aansprakelijkheid

In deel II van dit proefschrift stond de vraag centraal in hoeverre voor Nederlandse waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering vanuit verschillende aansprakelijkheidssystemen een dreiging van aansprakelijkheid uitgaat voor klimaat- dan wel gevolgschade. Ter beantwoording van die vraag is onderzocht in hoeverre de afzonderlijke toetsingsfactoren van de te onderscheiden aansprakelijkheidssystemen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting een bijzondere invulling of toepassing krijgen. Hieronder geef ik, per aansprakelijkheidssysteem, een overzicht van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen in dat verband.

⁴⁴ Zie paragraaf 4.4.5.

11.5.1. Onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid

Conclusies

- Er doen zich met het oog op de toetsing aan de onderscheiden vestigingscriteria geen bijzonderheden voor in verband met de aansprakelijkheid voor *gevolgschade* door gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Er bestaat in dat verband een reële dreiging van aansprakelijkheid.
- Met het oog op de toetsing aan de onderscheiden vestigingscriteria kunnen zich in verband met de aansprakelijkheid voor *klimaatschade* wel de nodige bijzonderheden voordoen. Deze hangen enerzijds samen met het onzekere karakter van klimaatrisico's, maar anderzijds betreft het de gebruikelijke bijzonderheden in verband met de toepassing van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid op overheidsgedragingen.
- In algemene zin geldt dat de acute dreiging van aansprakelijkheid voor *klimaatschade* niet bijzonder groot is. Er gelden immers tamelijk hoge drempels voor de vestiging van aansprakelijkheid. Deze dreiging wordt voorts geringer en onzekerder, naarmate klimaatrisico's en de daarmee gepaard gaande schadedreiging zijn omgeven met een grotere mate van onzekerheid en verder in de toekomst zijn gelegen.
- Aansprakelijkheid voor klimaatschade wegens het tekortschieten in een wettelijk zorgplicht is uitgesloten, zolang beheerders het concrete vereiste beschermingsniveau bieden. Beheerders hebben geen rechtstreekse invloed op de normatieve begrenzing van deze zorgplicht; hun kan niet worden verweten bijvoorbeeld met het oog op onzekere klimaatrisico's een te laag beschermingsniveau na te streven.
- In verband met de niet concreet genormeerde zorgplichten is geen sprake van een vergelijkbare wettelijke begrenzing van aansprakelijkheid voor klimaatschade. Het zijn de waterbeheerders zelf die de grenzen van deze zorgplichten in kaart moeten brengen, waarbij zij ook de onzekere gevolgen van klimaatverandering in hun overwegingen dienen te betrekken. Zodoende bepalen zij tegelijkertijd de grenzen van hun aansprakelijkheid, wat betreft het tekortschieten in een wettelijke plicht. Op hen rust echter wel het risico dat de rechter hun beslissingen in dat verband in strijd acht met het recht.

Alle gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen schade veroorzaken. Indien zich klimaatrisico's verwezenlijken, kan klimaatschade ontstaan. In dat verband rijst de vraag in hoeverre een waterbeheerder op basis van zijn wettelijke zorgplichten had moeten anticiperen op dergelijke risico's en in hoeverre hij maatregelen had moeten treffen om daar bescherming tegen te bieden. De klimaatschade kan in dat geval in verband worden gebracht met een *nalaten* aan de zijde van de waterbeheerder. Ook de *handelingen* van waterbeheerders kunnen schade veroorzaken, in welk geval wordt gesproken van *gevolgschade*. Voor de vraag of schade voor vergoeding in aanmerking komt, dient in de eerste plaats de onrechtmatigheid van de overheidsgedraging komen vast te staan. Daarbij is het met het oog op de competentieverdeling tussen de bestuurs- en de burgerlijke rechter van

belang onderscheid te maken tussen appellabele besluiten en andere gedragingen. De bestuursrechter beoordeelt slechts de rechtmatigheid van appellabele besluiten. Voor het verkrijgen van een rechtmatigheidsoordeel omtrent andere gedragingen, dient men zich te wenden tot de burgerlijke rechter. Deze is tevens bevoegd vorderingen tot schadevergoeding te beoordelen, ook in de gevallen waarin de schade het gevolg is van een appellabel besluit. De bestuursrechter is in dat laatste geval ook bevoegd, zolang de vordering het bedrag van € 25.000 niet overstijgt. De burgerlijke rechter volgt het rechtmatigheidsoordeel van de bestuursrechter en slaat voorts acht op het beginsel van de formele rechtskracht.⁴⁵ Indien de onrechtmatigheid is komen vast te staan, dient de gelaedeerde aannemelijk te maken dat er een causaal verband bestaat tussen de schade en de onrechtmatige gedraging en dient deze voorts aannemelijk te maken dat deze gedraging het betrokken overheidsorgaan kan worden toegerekend. Ten slotte kan ook het relativiteitsvereiste nog in de weg staan aan een succesvolle vordering tot schadevergoeding.

11.5.1.1. Onrechtmatigheid

De gedragingen van waterbeheerders kunnen onrechtmatig zijn wegens strijd met de wet of wegens strijd met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Er bestaan talloze algemene en bijzondere geschreven en ongeschreven rechtsregels waarmee deze gedragingen in strijd kunnen zijn. Worden dergelijke rechtsregels niet naar behoren nageleefd, dan zal de bevoegde rechter de betreffende gedraging onrechtmatig achten. Eventuele gevolgschade die daarmee in verband kan worden gebracht, kan voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁶ Er doen zich wat dat betreft in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering geen bijzonderheden voor ten opzichte van andere situaties, ook niet wat betreft de toepassing van de andere vestigingscriteria. Er bestaat in verband met onrechtmatige gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering dus een reële dreiging van aansprakelijkheid voor gevolgschade.

Wettelijke zorgplichten

Een bijzondere categorie verplichtingen vormen de reeds besproken wettelijke zorgplichten. Het tekortschieten in de tenuitvoerlegging daarvan valt aan te merken als onrechtmatige gedraging wegens strijd met de wet. Voor zover die zorgplichten nader zijn ingekaderd aan de hand van concrete beschermingsnormen, is relatief eenvoudig vast te stellen of een waterbeheerder daarin al dan niet is tekortgeschoten. Zolang niet komt vast te staan dat een beheerder zich onvoldoende heeft ingespannen om het vereiste minimale beschermingsniveau te bereiken, dan bestaat geen aanleiding voor een oordeel dat hij zich heeft gedragen in strijd met een wettelijke plicht. Aansprakelijkheid voor eventuele klimaatschade wegens schending van een wettelijke plicht is in dergelijke gevallen uitgesloten. De concrete normen stellen met het oog op de tenuitvoerlegging van hun wettelijke zorgplichten dus evenzeer concrete grenzen aan de aansprake-

⁴⁵ Zie paragraaf 5.3 en 5.4.

⁴⁶ Zie paragraaf 6.3.3.1 tot en met 6.3.3.3.

lijkheid van beheerders.⁴⁷ Die grenzen zijn door de wetgever getrokken; beheerders vinden dus bescherming tegen aansprakelijkheid in de formele wet of de provinciale verordening waarin de beschermingsnormen zijn vastgelegd. In een geval van klimaatschade waarbij de beheerder niet is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, kan een gelaedeerde nog wel de wetgever het verwijt maken bij de vaststelling van de norm onvoldoende rekening te hebben gehouden met de gevolgen van klimaatverandering. Dergelijke afwegingen worden immers geacht door de wetgever te worden gemaakt bij de vaststelling van de beschermingsnormen. De kans van slagen van dergelijke betogen is echter uiterst gering. Voorts kan een gelaedeerde nog betogen dat de betrokken beheerder zich heeft gedragen in strijd met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Het betreft dan een andere onrechtmatigheidscategorie, waaraan naast de wettelijke zorgplichten evenwel nog zelfstandige betekenis kan toekomen (zie ook hierna).

Van een vergelijkbare begrenzing van de aansprakelijkheid voor klimaatschade wegens het tekortschieten in wettelijke zorgplichten kan niet worden gesproken in verband met de zorgplichten die invulling vinden aan de hand van de open norm van de doelmatigheid. Het zijn, zoals gezegd, de waterbeheerders zelf die de grenzen van deze zorgplichten in kaart moeten brengen, bijvoorbeeld door in hun beleid concrete doelstellingen te formuleren of anderszins concrete verantwoordelijkheden op zich te nemen. Dat betekent ook dat waterbeheerders in hoge mate zelf bepalen waar de grenzen van hun aansprakelijkheid liggen. Duidelijk is dat de invulling van deze zorgplichten in hoge mate berust op politieke keuzen; waterbeheerders hebben te dien aanzien veel discretionaire ruimte. Hun beleidsbeslissingen in dat verband kunnen echter nog wel door de burgerlijke rechter worden beoordeeld op hun rechtmatigheid. Deze moeten onder meer blijven binnen de grenzen van de zorgvuldigheid en de proportionaliteit, en dienen bovendien deugdelijk te worden gemotiveerd. Zolang die beslissingen niet onrechtmatig worden bevonden, zal de rechter deze als uitgangspunt nemen bij de beoordeling van de vraag of de betrokken waterbeheerder al dan niet is tekortgeschoten in zijn zelf ingevulde wettelijke zorgplichten. Zolang van enig tekortschieten geen sprake is, kan geen vestiging van aansprakelijkheid plaatsvinden op grond van onrechtmatigheid wegens schending van een wettelijke plicht. Mochten dergelijke beslissingen wel onzorgvuldigheden of andere gebreken vertonen – bijvoorbeeld omdat een gelaedeerde aannemelijk maakt dat bij de totstandkoming daarvan geen of in onvoldoende mate rekening is gehouden met onzekere klimaatrisico's –, dan kan eventuele klimaatschade nog wel voor vergoeding in aanmerking komen, ook indien de betrokken waterbeheerder de door hemzelf gestelde doelen heeft behaald.

Bij de invulling van de hier bedoelde zorgplichten kunnen criteria worden ontleend aan de gevaarzettingsleer. Daarbij dient te worden bedacht dat de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm in verband met deze zorgplichten niet zozeer een zelfstandige rol speelt als grond voor de vaststelling van de onrechtmatigheid, maar veel eerder als belangrijke bron voor de concrete normatieve en op de omstandigheden van

47 Zie paragraaf 6.3.3.4.

Conclusies

het geval toegespitste concretisering daarvan, in aanvulling op de geschreven en ongeschreven regels en beginselen van publiekrechtelijke aard. De schending van dergelijke ongeschreven gedragsvoorschriften binnen het kader van de uitoefening van de wettelijke zorgplichten leidt dus tot het tekortschieten in dergelijke zorgplichten en reeds daarom tot een gedraging in strijd met een wettelijke plicht.⁴⁸ Ook hier kan, ten slotte, niet worden uitgesloten dat aan de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm nog een zelfstandige normatieve betekenis toekomt, maar in dat geval bevindt men zich buiten de kaders van de publiekrechtelijke zorgplichten uit de Waterwet.

Aan het eind van paragraaf 11.4.3.1 liet ik twee lijnen uit deel I en deel II van dit proefschrift samenkomen. Ik stelde dat een beheerder niet wegens strijd met een wettelijke plicht aansprakelijk kan zijn voor klimaatschade voor de bescherming waartegen de wetgever hem in verband met de concreet genormeerde zorgplichten geen verantwoordelijkheid heeft opgelegd. Die stelling blijft op grond van het in deze paragraaf overwogene in stand. Vervolgens stelde ik dat een waterbeheerder op grond van dat onrechtmatigheidscriterium evenmin aansprakelijk kan zijn voor klimaatschade voor de bescherming waartegen hij bij de invulling van zijn niet genormeerde zorgplichten geen verantwoordelijkheid op zich heeft genomen. Ook die stelling kan in stand blijven, mits daaraan wordt toegevoegd dat de beslissingen die de betrokken waterbeheerder in dat verband heeft genomen de rechtmatigheidstoets kunnen doorstaan.

Ongeschreven zorgvuldigheidsnorm

Naast de besproken zorgplichten kunnen uit het ongeschreven recht nog gedragsregels voor waterbeheerders voortvloeien die van belang kunnen zijn in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Deze maken als ongeschreven regels nadrukkelijk geen onderdeel uit van deze wettelijke zorgplichten. De schending daarvan levert dan ook geen onrechtmatige gedraging op wegens strijd met de wet, maar wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het ongeschreven recht kan talloze aanvullingen maken op de geldende wettelijke zorgplichten. Het handelen in lijn met een wettelijke zorgplicht betekent dus niet dat een waterbeheerder zonder meer en absoluut is gevrijwaard van civielrechtelijke aansprakelijkheid: hij kan slechts niet langer met succes worden aangesproken voor schade wegens strijd met een wettelijke plicht. Aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm kan voorts nog een bijzondere rol toekomen, indien de overtuiging voet aan de grond krijgt dat de huidige beschermingsnormen zijn verouderd. Uit het ongeschreven recht kan in dat geval een strengere beschermingsnorm voortvloeien. Ik betoogde dat er vooralsnog geen aanleiding bestaat te menen dat dat het geval is.⁴⁹

48 Zie wederom paragraaf 6.3.3.4.

49 Zie paragraaf 6.3.4.2.

11.5.1.2. Formele rechtskracht

In het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kan ook belang toekomen aan het beginsel van de formele rechtskracht als obstakel voor de vestiging van aansprakelijkheid. Er gelden in dat verband enkele bijzonderheden, die zich ook kunnen voordoen in verband met adaptatiebesluiten. Men dient in de eerste plaats te bedenken dat dit beginsel slechts geldt in verband met *appellabele* besluiten. Als algemeen punt van kritiek geldt voorts dat een strikte toepassing van dit beginsel een benadeelde belanghebbende in een onaanvaardbaar ongelijke positie kan plaatsen ten opzichte van degenen die op het moment dat het besluit werd genomen geen belanghebbende waren, maar op een later tijdstip toch met dezelfde nadelige gevolgen of gebreken van dat besluit worden geconfronteerd. Dit wringt vooral in de gevallen waarin een belanghebbende redelijkerwijs mocht uitgaan van de juistheid van een naar later blijkt onjuist besluit. Het verdient aanbeveling om in dergelijke gevallen een uitzondering op het beginsel te maken. Dit leidt ertoe dat de burgerlijke rechter onder voorwaarden alsnog bevoegd is een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van een besluit, overigens zonder dat de rechtsgeldigheid daarvan nog ter discussie komt te staan.⁵⁰

De formele rechtskracht is – behoudens de mogelijkheid daarop uitzonderingen te maken – ‘onbeperkt houdbaar’. Dat neemt niet weg dat waterbeheerders na verloop van tijd en onder veranderende klimatologische omstandigheden opnieuw kunnen worden aangesproken op hun juridische verantwoordelijkheden. Zij dienen zich in dat geval niet (langer) te kunnen beroepen op de formele rechtskracht van een onder de oude omstandigheden genomen besluit.⁵¹

De formele rechtskracht strekt zich in beginsel niet uit over de aan een besluit voorafgaande feitelijke handelingen, tenzij deze dermate veel samenhang vertonen met het besluit, dat een zelfstandig karakter ten opzichte daarvan ontbreekt. In dat geval brengt de (on)rechtmatigheid van het besluit tevens de (on)rechtmatigheid met zich van de daaraan voorafgaande feitelijke handelingen.⁵² De formele rechtskracht van een besluit strekt zich in beginsel ook niet uit over uitvoeringshandelingen, tenzij het besluit de begunstigde expliciet het recht verschaft bepaalde inbreuken of beperkingen te maken op de belangen of rechten van derden. Er bestaat geen aanleiding deze algemene leer over de ‘vrijwarende werking’ van begunstigende besluiten in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering buiten toepassing te laten.⁵³ Datzelfde geldt met het oog op het algemene leerstuk over de risicoverdeling bij de uitvoering van besluiten zonder formele rechtskracht.⁵⁴

50 Zie paragraaf 6.4.2.2.

51 Zie paragraaf 6.4.3.

52 Zie paragraaf 6.4.4.

53 Zie paragraaf 6.4.5.

54 Zie paragraaf 6.4.6.

11.5.1.3. Causaal verband

Voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid dient een causaal verband te bestaan tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. Daarbij zijn twee elementen van belang, namelijk het *conditio-sine-qua-non*verband en de toerekening naar redelijkheid. Ik betoogde met het oog op dat eerste aspect dat het over het algemeen eenvoudiger zal zijn een dergelijk verband aannemelijk te maken tussen een concreet aanwijsbare handeling en gevolgschade, dan tussen een nalatigheid en klimaatschade. De causaliteitseis kan in dat laatste geval dus een hoge drempel opwerpen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade.⁵⁵ De benadeelde dient immers aannemelijk te maken dat de schade niet zou zijn ontstaan, indien de betrokken waterbeheerder zich had gedragen conform zijn wettelijke zorgplicht. Dit betekent overigens niet dat een causaal verband zonder meer wordt geacht afwezig te zijn, indien dezelfde klimaatschade ook zou zijn ontstaan door bepaalde omstandigheden of gebeurtenissen die plaatsvonden na de onrechtmatige gedraging.⁵⁶

Anderzijds kan juist in de gevallen waarin wordt tekortgeschoten in wettelijke zorgplichten – en dan vooral die met betrekking tot de waterveiligheid – aanleiding bestaan de bewijslast ten aanzien van het causale verband om te keren. Vooral de concrete normen in verband met de waterveiligheid kunnen als voldoende specifiek worden beschouwd voor de toepassing van de omkeringsregel. Het valt echter evenmin uit te sluiten dat ook de niet concreet genormeerde zorgplichten zullen voldoen aan het specificiteitsvereiste. Het is in dat geval de waterbeheerder die aannemelijk dient te maken dat de klimaatschade ook zou zijn ontstaan ondanks zijn nalatigheden. Een en ander vergroot de kans op aansprakelijkheid, aangezien het risico dat de rechter het bewijs niet toereikend acht, rust op de waterbeheerder en niet op de benadeelde.⁵⁷ Waterbeheerders dienen hiermee rekening te houden.

Wat betreft de toerekening naar redelijkheid betoogde ik dat in verband met de wettelijke zorgplichten voor de waterveiligheid – hoofdzakelijk met het oog op de aard van die zorgplichten – aanleiding bestaat voor een ruime toerekening. In verband met de niet nader geconcretiseerde zorgplichten betoogde ik juist het tegenovergestelde. Daarbij dient uiteraard te worden bedacht dat uiteindelijk alle omstandigheden van het concrete geval van belang zijn voor de uiteindelijke beantwoording van de toerekeningsvraag, en dat bovenstaande dus slechts als uitgangspunt kan worden gehanteerd.⁵⁸

Ten slotte dient ten aanzien van vernietigde appellabele besluiten en andere publiekrechtelijke rechtshandelingen te worden bedacht dat het causaal verband moet bestaan tussen de gevolgschade en de overheidsgedraging die aanleiding gaf voor de vernietiging. Dit kan voor benadeelden vooral bij een vernietiging op procedurele gronden tot bewijsproblemen leiden, omdat daarmee niet zonder meer vaststaat dat

⁵⁵ Zie paragraaf 6.5.5.1

⁵⁶ Zie paragraaf 6.5.5.2.

⁵⁷ Zie paragraaf 6.5.6.2.

⁵⁸ Zie paragraaf 6.5.7.

het besluit inhoudelijk anders had moeten luiden. Dergelijke problemen doen zich in mindere mate voor bij een vernietiging op materiële gronden.⁵⁹

11.5.1.4. Toerekenbaarheid

In het overheidsaansprakelijkheidsrecht speelt het criterium van de toerekenbaarheid over het algemeen een ondergeschikte rol, aangezien de toerekening van een onrechtmatige gedraging in de regel plaatsvindt krachtens verkeersopvatting. Dit is in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in beginsel niet anders.⁶⁰ Het is een belangrijke vraag in hoeverre in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering behoefte kan bestaan aan een uitzondering op de leer van de toerekening naar verkeersopvatting. In dat verband dient nader te worden onderzocht en bediscussieerd in welke (soorten) gevallen aanleiding kan bestaan een extra drempel op te werpen voor de succesvolle vestiging van aansprakelijkheid. Daartoe bestaat in mijn ogen geen aanleiding in verband met de algemene en bijzondere tot de overheid gerichte publiekrechtelijke gedragsnormen. Daarentegen kan in verband met de bescherming tegen onzekere klimaatsrisico's in het waterbeheer wel behoefte bestaan aan een instrument om tot genuanceerdere oordelen over aansprakelijkheid te komen. Ik betoog daarmee overigens met nadruk niet dat waterbeheerders slechts aansprakelijk behoren zijn in geval van opzet of ernstige nalatigheid.⁶¹

11.5.1.5. Relativiteit

Het belang van het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste moet zowel in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, als binnen de algemenere kaders van het omgevings- en bestuursrecht niet worden onderschat. Wat betreft de zorgplichten in het waterbeheer ligt het niet voor de hand de lijn te volgen uit het arrest *Duwbak Linda*. Er zal immers weinig discussie bestaan over de vraag of deze zorgplichten (mede) strekken tot de bescherming van individuele belangen (*beschermingsdoel*). Deze vraag dient in mijn ogen via de weg van de leer van de 'parallele belangen' positief te worden beantwoord.⁶²

Vooraf ten aanzien van de beschermingsomvang bestaat in verband met deze zorgplichten nog wel de nodige onduidelijkheid. Duidelijkheid over de beschermingsomvang van de bedoelde zorgplichten kan overigens ook ten goede komen aan de toepassing van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste.⁶³ De bedoelde onduidelijkheid spitst zich vooral toe op de vraag welke soorten (vermogens)belangen deze zorgplichten beogen te beschermen en tegen welke soorten schade deze bescherming beogen te bieden. Rechtstreekse vermogensschade door overstromingen, wateroverlast of waterschaarste valt in elk geval binnen de beschermingsomvang van deze zorgplichten;

59 Zie paragraaf 6.5.4.

60 Zie paragraaf 6.6.3.

61 Zie paragraaf 6.6.4.

62 Zie paragraaf 6.7.4.1.

63 Zie paragraaf 6.7.3.

Conclusies

maar in hoeverre valt ook de daarvan afgeleide of verder verwijderde schade binnen dat bereik, en waar ligt in dat geval de grens? Het valt niet te verwachten dat de wetgever de onduidelijkheid op dit punt zal wegnemen. Het is vooral de rechter die deze grens dient te trekken, waarbij hij zich geplaats ziet voor een belangrijke rechtspolitiieke beslissing.⁶⁴ De nodige terughoudendheid lijkt mij daarbij overigens wel op haar plaats.

Een ander punt van onduidelijkheid betreft de vraag of de beschermende werking van concrete beschermingsnormen slechts geldt voor de gebieden waarvoor zij zijn vastgesteld, of dat deze ook daarbuiten kan worden ingeroepen. Ik pleitte ervoor in dergelijke gevallen een soepele benadering te hanteren. Zodoende dient men in mijn ogen te aanvaarden dat een beschermingsnorm – indien deze aantoonbaar is geschonden – mede strekt tot de bescherming van de vermogensbelangen van degenen die ook buiten het gebied waarvoor de norm is vastgesteld vermogensschade lijden door die normschending.

11.5.2. Opstallenaansprakelijkheid

Conclusies

- Beheerders kunnen slechts op grond van art. 6:174 BW aansprakelijk worden gesteld voor schade door gebreken aan waterstaatswerken, zolang zij daarvan bezitter zijn. Het is voor beheerders dus onaantrekkelijk bezitter te zijn van waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstallen.
- De meerwaarde van de toepasbaarheid van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid naast het algemeen toepasbare systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid dient binnen de kaders van het waterbeheer in twijfel te worden getrokken.
- Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid sluit niet goed aan bij de integrale beheertaak in het Nederlandse waterbeheer. Een strikte toepassing hiervan kan de beleidsvrijheid van beheerders in het gedrang brengen.
- Het systeem van de opstallenaansprakelijkheid dient binnen de kaders van het waterbeheer buiten toepassing te worden verklaard, voor zover het schade betreft door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterstaatswerken.

Op grond van art. 6:174 lid 1 BW is de bezitter van een opstal aansprakelijk voor de schade die zich voordoet als gevolg van een (onbekend) gebrek aan die opstal, ongeacht of hem ten aanzien van het ontstaan van die schade of het gebrek enig verwijt valt te maken. Juist door het ontbreken van een verwijtbaarheids criterium lijkt het systeem van de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen voor benadeelden een lonkend perspectief te bieden, hetgeen wordt versterkt doordat de verdeling van de bewijslast in hun voordeel uitvalt. Aangezien de meeste waterstaatswerken – behoudens oppervlaktewaterlichamen en bergingsgebieden – zijn aan te merken als opstallen in

⁶⁴ Zie paragraaf 6.7.4.2.

de zin van het vierde lid van art. 6:174 BW, kan het systeem van de opstallenaansprakelijkheid ook van toepassing zijn in situaties waarin waterschade is ontstaan wegens gebreken aan waterstaatswerken.⁶⁵ Dat kan een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico voor waterbeheerders in het leven roepen. Daartegen zijn inmiddels de nodige rechtspolitieke bezwaren in stelling gebracht, die hoofdzakelijk wijzen op de ontwrichtende werking van een te vergaande en onbeteugelbare aansprakelijkheidsdreiging. Naast dergelijke bezwaren zijn ook argumenten van meer technisch-juridische aard aan te voeren tegen de toepassing van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid in situaties waarin waterschade ontstaat door gebreken aan waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstallen.

11.5.2.1. De beheerder is niet altijd bezitter

Veel waterstaatswerken, zoals waterkeringen, zijn in bezit bij particulieren of overheden die niet zijn aan te merken als beheerder in de zin van de Waterwet. Deze bezitters hebben geen publiekrechtelijke verantwoordelijkheden ten aanzien van de goede gesteldheid van de werken in hun bezit (die rusten immers op de beheerder), en zij zijn evenmin bevoegd aan die werken werkzaamheden te verrichten zonder toestemming van de beheerder. Op grond van art. 6:174 BW rust op hen echter wel een privaatrechtelijke verantwoordelijkheid, althans een zeker risico, want zij kunnen aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door gebreken aan de waterstaatswerken in hun bezit. Dat valt niet goed te verklaren, temeer nu zij niet goed bij machte zijn dergelijke gebreken weg te nemen. Zij hebben over het algemeen ook niet de deskundigheid die de beheerder op waterstaatkundig gebied met nadruk wordt toegeschreven. Dit kan als problematisch worden beschouwd.⁶⁶

Het feit dat een beheerder geen bezitter is, ontslaat hem overigens niet van zijn publiekrechtelijke beheertaken. In dergelijke gevallen is echter alleen het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid van toepassing. Art. 6:181 lid 1 BW blijft in verband met het beheer van waterstaatswerken buiten toepassing; de waterbeheerder kan niet worden aangemerkt als bedrijfsmatige gebruiker van het waterstaatswerk.⁶⁷ Slechts in de gevallen waarin de beheerder dus tevens bezitter is, kan de schade door gebreken aan waterstaatswerken ook worden verhaald via het systeem van art. 6:174 BW. In die gevallen is echter eveneens het systeem van de foutaansprakelijkheid van toepassing. Dit is een onwenselijke situatie. De toepasbaarheid van het systeem van de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen lijkt immers volledig afhankelijk van de min of meer willekeurige wijze waarop het bezit daarvan is verdeeld. Daarnaast kan de toepasbaarheid van verschillende aansprakelijkheidssystemen leiden tot afwijkende lijnen in de jurisprudentie.⁶⁸

⁶⁵ Zie paragraaf 7.3.3.

⁶⁶ Zie paragraaf 7.3.5.1.

⁶⁷ Zie paragraaf 7.3.5.3.

⁶⁸ Zie paragraaf 7.3.5.2.

Conclusies

Het kan een politieke keuze zijn om art. 6:174 BW dusdanig aan te passen dat het aansprakelijkheidsrisico voortaan niet op de bezitter, maar op de beheerder rust. Zodoende komen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verantwoordelijkheden in één hand. Het is echter de vraag of dat de juiste oplossing is. Afgezien van het argument van de onbeteugelbare aansprakelijkheid rijst dan in elk geval de vraag wat de meerwaarde is van de toepasbaarheid van het systeem van de opstellenaansprakelijkheid naast dat van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de Hoge Raad geneigd lijkt het gebreks criterium in te vullen aan de hand van de gevaarzettingsleer, hetgeen wijst op een 'uitholling' van het eerstgenoemde aansprakelijkheidssysteem ten bate en door middel van het laatstgenoemde.⁶⁹

11.5.2.2. Opstellenaansprakelijkheid en objectief onkenbare risico's

In het kader van de adaptatie aan klimaatverandering is hetgeen de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest opmerkte over de rol van de onkenbaarheid van risico's van groot belang. De Hoge Raad overweegt dat het veiligheidsbelang dat een waterkering dient, dermate zwaar kan wegen '(...) dat aan de onderbouwing van de stelling met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kadeverschuiving strenge eisen worden gesteld'. Dit betekent dat op een beheerder een zware en wellicht bijzondere bewijslast rust, wil deze zich met succes kunnen beroepen op de onkenbaarheid van een gevaar of gebrek. Dit is gunstig voor benadeelden, omdat op hen niet de last rust aannemelijk te maken dat de betrokken beheerder het gevaar wel degelijk kende of behoorde te kennen en dus kan worden verweten ten onrechte geen beschermingsmaatregelen te hebben getroffen.⁷⁰

Hieraan kan, in combinatie met bovenstaande, de conclusie worden verbonden dat het voor beheerders zonder meer zeer onaantrekkelijk is waterstaatswerken in hun bezit te hebben. Zolang zij geen bezitter zijn en het systeem van de opstellenaansprakelijkheid blijft voortbestaan zoals het nu is, kunnen zij slechts aansprakelijk worden gesteld wegens onrechtmatig nalaten, waarbij het voordeel van de twijfel in bewijsrechtelijke zin aan hun kant ligt. Dit kan hen ertoe bewegen afstand te doen van alle waterstaatswerken in hun bezit. Ik betwijfel of dat een wenselijke ontwikkeling is: geniet het met het oog op de tenuitvoerlegging van beheertaken niet juist de voorkeur dat beheerders in beginsel ook bezitter zijn van hun beheerobjecten? Het lijkt mij in elk geval onwenselijk dat een beheerder bij de beleidsbeslissingen in het kader van de tenuitvoerlegging van zijn beheertaak in de verleiding kan komen enig belang te hechten aan de vraag of hij al dan geen bezitter is van een waterstaatswerk in zijn beheer. Dat kan een (onbedoeld) onwenselijk neveneffect zijn van de toepasbaarheid van het systeem van de opstellenaansprakelijkheid.

⁶⁹ Zie paragraaf 7.3.6.1.

⁷⁰ Zie paragraaf 7.3.6.3.

11.5.2.3. Opstallenaansprakelijkheid en de integrale beheertaak

De bedoelde beheertaak omvat overigens meer dan de zorg voor de goede gesteldheid van waterstaatswerken die vallen aan te merken als opstallen. Dat betekent dat het systeem van de aansprakelijkheid voor schade door gebrekkige opstallen slechts een deel van de beheertaak bestrijkt, terwijl het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid ziet op de beheertaak als zodanig. De zorg voor de goede gesteldheid van waterstaatswerken maakt daar integraal onderdeel van uit. De beheerder draagt de verantwoordelijkheid om met het oog op de tenuitvoerlegging van zijn integrale taakstelling op zorgvuldige wijze beleidsbeslissingen te nemen ten aanzien van het stellen van prioriteiten en de besteding van zijn beperkte financiële en andere middelen. Hij heeft daartoe de nodige beleidsvrijheid. De toepasbaarheid van een bijzonder systeem van aansprakelijkheidsregels kan zorgen voor een zekere disbalans tussen de afzonderlijk te onderscheiden deeltaken binnen de integrale beheertaak. Dit spoort niet met het integrale karakter van het waterbeheer en kan tevens de beleidsvrijheid van beheerders in het gedrang brengen. In dat licht is ook de overweging van de Hoge Raad in het *Wilnis*-arrest opmerkelijk, dat het algemene belang van de waterveiligheid dermate zwaar kan wegen dat zelfs aan de beleidsvrijheid van de beheerder minder belang kan toekomen. Dat staat niet alleen haaks op de vaste lijn in de jurisprudentie, maar kan tevens worden aangemerkt als een (verkapte) beleidsbeslissing waarvan de rechter zich dient te onthouden.⁷¹ De Hoge Raad dient daarom terug te komen op deze overweging. Daarnaast leent ook de tenzij-formule zich niet goed voor toepassing in situaties waarin een gevaar of gebrek op sluipende wijze is ontstaan of het gevolg is van een aaneenschakeling van afzonderlijke (ver) in de tijd uiteen liggende gebeurtenissen.⁷²

11.5.2.4. Opstallenaansprakelijkheid buiten toepassing

Ik concludeer op basis van bovenstaande overwegingen dat de toepasbaarheid van het systeem van de opstallenaansprakelijkheid de handhaving van de integrale beheertaak eerder verstoort, dan dat deze in dat opzicht van toegevoegde waarde is. Dit systeem is, anders dan dat van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid, niet goed toegesneden op de toepassing in het integrale waterbeheer en dient daarom buiten toepassing te blijven. Het is reeds betoogd dat de rechter hierin kan voorzien door waterkeringen (en andere waterstaatswerken) buiten het bereik van de wettelijke definitie van opstallen te brengen. Ik vind dat omslachtig en vraag me bovendien af of de rechter zijn bevoegdheden daarmee niet te buiten gaat.⁷³ Het verdient daarom in mijn ogen aanbeveling dat de wetgever daarin voorziet, bijvoorbeeld door aan art. 6:174 BW een zevende lid toe te voegen dat luidt: 'Dit artikel is niet van toepassing in de gevallen van schade door overstromingen of wateroverlast als gevolg van gebreken aan waterstaatswerken, zoals bedoeld in artikel 1.1 van de Waterwet, die zijn aan te merken als opstal in de zin van het vierde lid van dit artikel.' Daarmee wordt tegemoetgekomen aan bovenstaande

⁷¹ Zie paragraaf 7.3.6.2 en 7.3.7.

⁷² Zie paragraaf 7.3.8.

⁷³ Zie paragraaf 7.3.3.5 en 7.3.4.2.

problematiek en krijgt het systeem van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een exclusief karakter in het Nederlandse waterbeheer.

11.5.3. Nadeelcompensatie

Conclusies

- De adaptatie aan klimaatverandering dient als beleidsrespons op onzekere klimaatrisico's in abstracte zin te worden beschouwd als normale maatschappelijke ontwikkeling. De in dat verband rechtmatig toegebrachte gevolgschade komt dus in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking.
- De onzekerheid waarmee klimaatrisico's kunnen zijn omgeven, kan in concrete gevallen aanleiding zijn voor een bijzondere invulling van het normaal maatschappelijk risico. Concrete adaptatiemaatregelen zijn over het algemeen minder goed voorzienbaar, naarmate het klimaatrisico waartegen wordt opgetreden is omgeven met een grotere mate van onzekerheid. Dit brengt in algemene zin een verruiming van de aansprakelijkheid met zich; dit kan althans vragen om een ruimhartiger toepassing van het nadeelcompensatierecht.
- Aan de andere toetsingsfactoren zal in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering naar verwachting geen bijzondere invulling worden gegeven. Dergelijke factoren kunnen in verband met adaptatiemaatregelen uiteraard wel van invloed zijn op de vraag of en hoeveel nadeel in een concreet geval dient te worden gecompenseerd.

Ook de rechtmatige gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering kunnen gevolgschade veroorzaken. Klimaat schade is in verband hiermee niet aan de orde. Deze schade kan op basis van het systeem van de nadeelcompensatie voor vergoeding in aanmerking komen. Voor de vestiging van aansprakelijkheid geldt dat het een speciale en abnormale last moet betreffen. Voorts geldt een aantal corrigerende factoren, te weten de risicoaanvaarding, de schadebeperkingsplicht en de voordeelverrekening. Tijdens het schrijven van dit proefschrift vonden op het terrein van de nadeelcompensatie vergaande ontwikkelingen plaats richting de totstandkoming van een algemene en uniforme regeling in de Algemene wet bestuursrecht. Tijdens de afronding was nog niet duidelijk op welke termijn deze regeling in werking zal treden.⁷⁴ In de literatuur is namelijk discussie ontstaan over de vraag of deze regeling zonder problemen in de plaats kan treden van de bestaande wettelijke nadeelcompensatieregelingen met een zogenoemde limitatieve lijst. Het verdient met het oog daarop inderdaad aanbeveling de inwerkingtreding van die regeling niet te overhaasten. Deze discussie valt echter buiten de kaders van dit proefschrift: de algemene regeling heeft immers een vergelijkbaar breed toepassingsbereik als die van art. 7.14 Waterwet, zodat deze daarvoor zonder noemenswaardige problemen in de plaats kan treden. Daarbij dient wel te worden bedacht dat art. 7.15 en 7.16 Waterwet op passende wijze dienen te worden afgestemd op de nieuwe regeling,

⁷⁴ Zie Stb. 2013, 162. Bekendmaking heeft wel reeds plaatsgevonden (Stb. 2013, 50).

althans aangenomen dat het niet de bedoeling van de wetgever is deze bijzondere bepalingen met de inwerkingtreding van de nieuwe regeling te schrappen.⁷⁵ Ik ga hieronder uit van de gelding van de nieuwe regeling, waarbij ik er tevens van uitga dat het toepassingsbereik en de toepassing daarvan volledig gelijk loopt met de regeling in de Waterwet.

11.5.3.1. Toepassingsbereik

Nagenoeg alle mogelijke handelingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering vallen onder het toepassingsbereik van de nadeelcompensatieregeling in de Awb. Slechts de rechtmatige formele wetgeving is expliciet buiten het toepassingsbereik gebracht. Schade door rechtmatige wetgeving in formele zin kan nog wel op grond van art. 1 EP voor vergoeding in aanmerking komen.⁷⁶ In de literatuur bestaat discussie over de vraag of ook privaatrechtelijke rechtshandelingen en vormen van nalaten binnen het bereik van de regeling vallen. Hoewel ik niet uitsluit dat bepaalde vormen van niet-handhavend optreden binnen het toepassingsbereik van de regeling kunnen vallen, is deze niet goed toegesneden op de toepassing daarvan in gevallen van klimaatschade door rechtmatig zuiver nalaten.⁷⁷ Ik zie daarentegen geen belemmeringen deze regeling toe te passen in verband met rechtmatige privaatrechtelijke rechtshandelingen, voor zover deze rechtstreeks en expliciet in verband staan met of strekken tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. De rechtmatige gedragingen van de overheid als 'gewone marktpartij' vallen mijns inziens dus niet binnen het toepassingsbereik van de regeling. Toch kan er een grijs gebied bestaan. Het is aan de bestuursrechter om wat dat betreft een duidelijke grens te trekken.⁷⁸

11.5.3.2. Speciale last

Het criterium van de speciale last beoogt, kort gezegd, de groep benadeelden die mogelijk aanspraak kunnen maken op schadevergoeding te beperken. Op grond van dit criterium kan slechts aan een inhoudelijke toetsing aan het *égalité*beginsel worden toegekomen, indien een benadeelde ten opzichte van anderen onevenredig zwaar wordt getroffen. Voor de toepassing van het specialiteitsvereiste als zelfstandig criterium is de aard van de overheidsgedraging van doorslaggevend belang. Dat geldt in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, maar ook in andere gevallen, zodat van een bijzonderheid in dat kader niet kan worden gesproken. Indien het niet goed mogelijk is een nauwkeurig omlinjnde referentiegroep aan te wijzen, is het zelfstandig belang van dit criterium beperkt. De kwalificatie van 'benadeelde' plaatst een benadeelde immers reeds in een onevenredig nadelige positie ten opzichte van degenen die

⁷⁵ Zie paragraaf 8.3.

⁷⁶ Zie paragraaf 8.4.2.

⁷⁷ Zie paragraaf 8.4.4.

⁷⁸ Zie paragraaf 8.4.3.

geen nadeel ondervinden van een overheidsgedraging die een algemeen belang beoogt te dienen. De beperkende werking is dan dus gering. Dat kan anders zijn in de gevallen waarin een overheidsmaatregel zich expliciet richt op een bepaalde nauwkeurig omliggende groep belanghebbenden. Enkel de benadeelden die in vergelijking met alle andere benadeelden tot wie de maatregel zich richt een onevenredig zware last komen te dragen, kunnen de drempel van het specialiteitsvereiste met succes passeren. Dat betekent niet dat zij zonder meer recht hebben op nadeelcompensatie.⁷⁹

11.5.3.3. Normaal maatschappelijk risico

Nadeel dient in een concreet geval het normaal maatschappelijk risico te overstijgen, wil dit voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Hierbij geldt als uitgangspunt dat in beginsel geen recht bestaat op de compensatie van nadeel door rechtmatige overheidsgedragingen die in abstracte zin dienen te worden aangemerkt als normale maatschappelijke ontwikkelingen. Bij de nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico in concrete gevallen komt een wezenlijk belang toe aan alle relevante omstandigheden van het geval. Mede daarom zijn vooral in verband met de concrete invulling van dit criterium in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering de meeste bijzonderheden te verwachten. Concrete omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in de aard van de gedraging, de aard, ernst en omvang van het nadeel, en de mate van voorzienbaarheid van de gedraging. Wat betreft dat laatste wordt onderscheid gemaakt tussen voorzienbaarheid in abstracte en in concrete zin. De concrete mate van voorzienbaarheid vormt een op de relevante omstandigheden van het geval toegesneden nuancering van het abstracte voorzienbaarheids criterium. Gedragingen die in abstracto vallen aan te merken als normale maatschappelijke ontwikkelingen, kunnen dus in voorkomende gevallen desalniettemin onvoorzienbaar worden geacht.⁸⁰

De adaptatie aan klimaatverandering als beleidsrespons op (onzekere) klimaatrisico's valt in abstracte zin aan te merken als voorzienbare reactie. Dat betekent dat uiteenlopende adaptatiemaatregelen dienen te worden aangemerkt als normale maatschappelijke ontwikkelingen, zodat ook in dat verband het uitgangspunt geldt dat benadeelden de nadelige gevolgen hiervan in beginsel dienen te dulden.⁸¹ Wel kan de mate van onzekerheid van het klimaatrisico waartegen met de maatregelen wordt opgetreden een bijzondere omstandigheid in het leven roepen, waaraan bij de concrete invulling het normaal maatschappelijk risico belang kan toekomen. Het komt erop neer dat een adaptatiemaatregel minder goed voorzienbaar is, naarmate het klimaatrisico waarop deze zich richt, verder in de toekomst is gelegen en is omgeven met een grotere mate van onzekerheid. Het verdient daarom aanbeveling dat waterbeheerders in hun beleid inzake nadeelcompensatie en hun feitelijke besluiten in dat verband invulling en toepassing geven aan het principe van *aan onzekerheid evenredige matiging*

⁷⁹ Zie paragraaf 8.5.

⁸⁰ Zie paragraaf 8.6.1.1 en 8.6.1.2.

⁸¹ Zie paragraaf 8.6.2.1.

van voorzienbaarheid. Ook de bestuursrechter dient dit principe te aanvaarden als bijzondere verschijningsvorm van het zorgvuldigheidsbeginsel. De toepassing van dit principe zal ertoe leiden dat het in verband met adaptatiemaatregelen toegebrachte nadeel het normaal maatschappelijk risico eerder overstijgt, naarmate deze maatregelen een proactiever karakter hebben.⁸²

11.5.3.4. Risicoaanvaarding

Nadeel komt niet voor vergoeding in aanmerking, indien de benadeelde kan worden verweten het schaderisico te hebben aanvaard. Van risicoaanvaarding kan sprake zijn, indien een benadeelde bepaalde investeringen heeft gedaan of andere handelingen heeft verricht, terwijl hij wist of behoorde te weten dat een voor hem ongunstige overheidsgedraging ophanden was (actieve risicoaanvaarding). Men spreekt van passieve risicoaanvaarding, indien een benadeelde ervan heeft afgezien gebruik te maken van de mogelijkheden die een voor hem gunstig regime van voorschriften of beleid hem bood, terwijl hij wist of behoorde te weten dat dit regime ten nadele van hem zou worden gewijzigd.⁸³ De voorzienbaarheid speelt bij de toepassing van het leerstuk van de risicoaanvaarding een belangrijke rol. Voorzienbaarheid kan voortvloeien uit verschillende bronnen, zolang deze maar een in enige mate concreet karakter hebben ten aanzien van de aard en strekking van de te verwachten gedragingen van overheidsorganen. Aan het leerstuk van de risicoaanvaarding kan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een groot belang toekomen, maar hieraan zal in dat kader naar verwachting geen bijzondere invulling worden gegeven. Het belang rust in het volgende. Ook in verband met adaptatiemaatregelen die zich richten op ver in de toekomst gelegen en onzekere klimaatrisico's bestaat een moment, waarop deze dermate concreet voorzienbaar zijn dat aan de eventuele bijzondere omstandigheid die de onzekerheid in het leven roept geen belang meer kan toekomen.⁸⁴ Waterbeheerders kunnen invloed uitoefenen op de mate van voorzienbaarheid door hun beleidsvoornemens te concretiseren. Indien zij menen dat tegen bepaalde klimaatrisico's dient te worden opgetreden, doen zij er dus vanuit strategisch oogpunt goed aan te dien aanzien concreet uitvoeringsgericht beleid tot stand brengen en niet te lang te blijven berusten in vage voornemens.

11.5.3.5. Schadebeperking

Op benadeelden rust een verplichting om binnen redelijke grenzen maatregelen te treffen om hun nadeel te voorkomen of te beperken. De kosten die zij in dat verband redelijkerwijs hebben moeten maken, komen als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, mits het verzoek om nadeelcompensatie wordt toegewezen.⁸⁵ De

⁸² Zie paragraaf 8.6.2.2 en 8.6.2.3.

⁸³ Zie paragraaf 8.7.1.2.

⁸⁴ Zie paragraaf 8.7.2.

⁸⁵ Zie paragraaf 8.8.1.

schadebeperkingsplicht bestaat uiteraard ook in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering, maar daaraan zal naar verwachting geen bijzondere invulling of toepassing worden gegeven. Wel kunnen zich in dat kader (maar ook in andere gevallen) situaties voordoen, waarin de tegenwerping van de verplichting schade te beperken onredelijk is. Dat is zonder meer het geval, indien het voor de benadeelde onmogelijk is of is geweest de schade te beperken. Ook wanneer de schade het gevolg is van met spoed getroffen (nood)maatregelen, of wanneer de schade slechts tegen onevenredig hoge kosten kan of had kunnen worden beperkt, kan het onredelijk zijn om van een benadeelde schadebeperkingsmaatregelen te verlangen. Daartegenover staat dat van benadeelden mag worden verwacht dat zij geen onevenredig hoge kosten maken, terwijl de schade ook aan de hand van minder kostbare maatregelen had kunnen worden voorkomen of beperkt.⁸⁶ Een en ander staat ter beoordeling aan het betrokken bestuursorgaan, en uiteindelijk aan de bestuursrechter. Waterbeheerders dienen bedacht te zijn op bovenstaande, en het verdient algemene aanbeveling dat zij daaromtrent helder beleid voeren.

11.5.3.6. Voordeelverrekening

Indien een overheidsgedraging naast nadeel tevens voordeel met zich brengt, kan aanleiding bestaan dit voordeel te verrekenen in de uiteindelijk uit te keren som nadeelcompensatie. In mijn ogen is de verrekening van voordeel slechts op haar plaats, indien een individu of een bepaalde groep met de maatregel ten opzichte van anderen in een bijzondere bevoordeelde positie komt te verkeren. Ik pleit daarom bij de beleidsvorming omtrent en de toepassing van het leerstuk van de voordeelverrekening voor de introductie van het criterium van een 'speciale lust'.⁸⁷ Hieraan kan in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering een bijzonder belang toekomen. Veel adaptatiemaatregelen strekken immers tot de behartiging van een maatschappelijk belang, zoals dat van de waterveiligheid of de zoetwatervoorziening op de langere termijn, zodat kan worden gesteld dat deze steeds enig maatschappelijk voordeel opleveren. Dat algemene voordeel kan tevens een positieve invloed hebben op individuele vermogensposities. Toch is het niet zonder meer aanvaardbaar dit voordeel te verrekenen met het nadeel, aangezien dit 'bevoordeelde benadeelden' in een ongelijke positie kan brengen ten opzichte van degenen die slechts de vruchten van een maatregel plukken. Hun voordeel wordt door de verrekening immers tenietgedaan, terwijl degenen die geen nadeel ondervinden, maar voor het overige in een gelijkwaardige positie verkeren, daarvan nog kunnen profiteren. Het verdient dus aanbeveling om ook op dit terrein van het nadeelcompensatierecht de nuance van de evenredigheid te laten doorklinken.

⁸⁶ Zie paragraaf 8.8.2.

⁸⁷ Zie paragraaf 8.9.2.2.

11.6. Preventie

In deel III van dit proefschrift stond de vraag centraal welke invloed verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid (naar verwachting) hebben op de gedragingen van waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering. Deze vraag heeft een theoretische en een empirische component. Hieronder geef ik een overzicht van de conclusies en de aanbevelingen die ik in dat verband heb getrokken en gedaan.

11.6.1. Theorie

Conclusies

- Het juridische debat over de functies van het aansprakelijkheidsrecht en in het bijzonder over de preventiefunctie kenmerkt zich tot op heden door een sterke theoretische insteek en een sterke nadruk op het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid in algemene zin.
- In dat debat gaat vooralsnog weinig expliciete aandacht uit naar andere aansprakelijkheidssystemen, wordt weinig bijzondere aandacht geschonken aan de overheidsaansprakelijkheid, en ligt weinig nadruk op de empirische toetsing van de daarbinnen tot stand gekomen leerstukken. Op deze drie punten liggen wel mogelijkheden tot verrijking van het debat.
- Op basis van de algemene gedragspresumptie kan de verwachting worden geschetst dat waterbeheerders zich bij hun beslissingen tijdens de opeenvolgende fasen van het adaptatieproces onder invloed van verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid zullen inspinnen om de klimaat- en gevolgschade in verband met hun gedragingen te voorkomen of te beperken.

11.6.1.1. Discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht vormt een overkoepelend rechtssysteem waarbinnen onderscheid kan worden gemaakt tussen verschillende deelsystemen van aansprakelijkheidsregels. In de literatuur vindt al geruime tijd discussie plaats over de te onderscheiden functies van het aansprakelijkheidsrecht. Deze ‘functionele benadering’ is echter nog niet doorgedrongen tot alle deelsystemen van het aansprakelijkheidsrecht: de discussie beperkt zich hoofdzakelijk tot de functies van het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Binnen die discussie zijn verschillende fasen te onderscheiden.⁸⁸

Vroeg in het debat stond de vraag centraal welke functies daadwerkelijk kunnen worden aangemerkt als zelfstandige functies. Er werden vele functies onderscheiden, maar gaandeweg vonden de compensatie en de preventie van schade erkenning als enige zelfstandige functies. De andere functies werden beschouwd als daarvan afgeleide of daaraan dienstbare functies. Dit onderscheid leidde de discussie in over de vraag welke van beide functies dient te worden aangemerkt als hoofdfunctie. Dit leidde tot

⁸⁸ Zie paragraaf 9.2.2.

een zekere mate van 'kampvorming', met als onvermijdelijk gevolg dat de discussie zich vertakte in twee sporen. Mede onder invloed van de toenemende aandacht voor de economische benadering van het (aansprakelijkheids)recht, won de preventiefunctie in de daarop volgende periode sterk aan aanhang. Dat vindt ook duidelijke weerspiegeling in de juridische literatuur, waarin de discussie over de functies van het aansprakelijkheidsrecht langzaam maar zeker overloopt in een debat over de preventiefunctie en de (privaatrechtelijke) handhaving van rechtsregels.

Ook in het preventiedebat zijn verschillende fasen te onderscheiden. De eerste fase betreft de hierboven beschreven 'overgangsfase', waarin de preventiefunctie gaandeweg de overhand kreeg boven de compensatiefunctie.⁸⁹ De laatstgenoemde functie verloor in het debat steeds meer haar zelfstandige karakter, vooral naarmate de compensatie meer en meer werd beschouwd als een aan de preventiefunctie dienstbaar middel.⁹⁰ Tijdens de tweede fase concentreerde de discussie zich voornamelijk op de handhaving van rechtsregels door middel van het aansprakelijkheidsrecht. Zo werd gewezen op een zeker handhavingstekort en kwam voorts ook het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht tot ontwikkeling. In deze discussie kreeg het *ex-anteperspectief* de overhand als uitgangspunt van redeneren en richtte de aandacht zich vooral op de verantwoordelijkheden van een in beginsel onbepaalde groep van potentiële schadeveroorzakers.⁹¹ Gaandeweg schoten het preventieleerstuk en de daarbinnen tot ontwikkeling gekomen gedragspresumptie steeds diepere wortels in het theoretisch-juridische debat.

Wel moet worden geconcludeerd dat de discussie tijdens al haar fasen altijd een sterk algemeen en theoretisch karakter heeft gehad. Daarnaast heeft deze zich sterk toegespitst op het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid en de gedragingen van natuurlijke personen. Dat zijn met nadruk geen verwijten: deze conclusies nodigen juist uit een nieuwe fase in het debat in te luiden. Tijdens die fase dient de functionele benadering te worden geëxporteerd naar andere aansprakelijkheidssystemen, met bijzondere aandacht voor systemen van overheidsaansprakelijkheid, en dient tevens de empirische toetsing (en waar nodig nuancering) van de binnen het debat ontwikkelde leerstukken centraal te staan. Dit geldt als een belangrijke verrijking van het debat.⁹²

11.6.1.2. Een nieuwe fase in het debat: fundamentele uitgangspunten

Met het oog op de nieuwe fase in het debat is het van belang de kaders in beeld te brengen, waarbinnen dit debat dient te worden gevoerd. Ook dient duidelijk te zijn welke fundamentele uitgangspunten daarin centraal staan. Dat betekent overigens niet dat een en ander fundamenteel moet wijzigen. In het debat bestond tot nu toe de neiging om het onrechtmatigedaadsrecht te vereenzelvigen met 'het aansprakelijkheidsrecht'.

⁸⁹ Zie paragraaf 9.2.4.1.

⁹⁰ Zie paragraaf 9.2.3.2.

⁹¹ Zie paragraaf 9.2.4.2.

⁹² Zie paragraaf 9.2.4.3.

Dat is geen probleem, zolang het debat zich richt op één aansprakelijkheidssysteem. Dat kan echter leiden tot verwarring, indien de functionele benadering ook doorgang vindt in andere aansprakelijkheidssystemen. Het is daarom van belang duidelijk onderscheid te maken tussen het aansprakelijkheidsrecht als overkoepelend rechtssysteem en de verschillende systemen van aansprakelijkheidsregels die daarbinnen een plaats hebben.

Het belangrijkste fundamentele uitgangspunt is dat de compensatie *en* de preventie dienen te worden aanvaard als zelfstandige functies van het aansprakelijkheidsrecht in algemene zin. De afzonderlijke aansprakelijkheidssystemen ontleen daaraan hun concrete doelstellingen. Dat betekent dat niet aan elk aansprakelijkheidssysteem zonder meer een al dan niet expliciete preventiedoelstelling ten grondslag ligt, terwijl niet valt te ontkennen dat die systemen – wegens de onlosmakelijke vergroeiheid met een systeem van schadevergoedingsregels – steeds (in elk geval mede) zijn gericht op de compensatie van schade, namelijk indien zich schade voordoet en herstel in de oorspronkelijke situatie niet meer mogelijk is.⁹³ Kortom: alle aansprakelijkheidssystemen strekken tot compensatie (indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven), terwijl deze niet allemaal zonder meer de preventie ten doel hebben. Het is dus de vraag wanneer aan een aansprakelijkheidssysteem daadwerkelijk een preventiedoelstelling ten grondslag ligt, en voorts hoe deze doelstelling zich in dat geval verhoudt tot de altijd aanwezige compensatiedoelstelling.

In mijn ogen dient men er wat dat betreft van uit te gaan dat aan een systeem van aansprakelijkheidsregels ten minste een preventiedoelstelling ten grondslag ligt, indien dit systeem strekt tot de *ex-antehandhaving* van rechtsregels. Zolang daarvan geen sprake is, bestaat er geen duidelijke preventiedoelstelling. Zodra is komen vast te staan dat een systeem een handhavingsfunctie heeft, dan dient de daaraan verbonden preventiedoelstelling als primaire doelstelling te worden aanvaard. De verwezenlijking van deze doelstelling staat in de tijd voorop; pas indien het systeem in dat opzicht in een concreet geval niet doeltreffend blijkt te zijn geweest, treedt de compensatiedoelstelling op de voorgrond. Het valt overigens niet uit te sluiten dat van aansprakelijkheidssystemen als (gunstig) neveneffect wel degelijk een gedragsbeïnvloedende werking uitgaat, zonder dat dit systeem strekt tot de *ex-antehandhaving* van rechtsregels.⁹⁴ Indien een systeem daartoe niet strekt, maar wel degelijk een structurele (gedocumenteerde) gedragsbeïnvloedende werking blijkt te hebben, kan men overwegen de gedragsbeïnvloeding als doelstelling van dat systeem te aanvaarden.

Uit een analyse van de voor dit proefschrift relevante aansprakelijkheidssystemen concludeer ik via deze redenering dat slechts aan het systeem van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een duidelijke preventiedoelstelling ten grondslag ligt.⁹⁵ De systemen van de opstallenaansprakelijkheid en de nadeelcompensatie strekken – in elk geval in de huidige beleving – hoofdzakelijk tot de compensatie van schade in voorkomende gevallen.⁹⁶ Wel dient te worden bedacht dat het systeem van

93 Zie paragraaf 9.2.3.3.

94 Zie paragraaf 9.3.4.

95 Zie paragraaf 9.3.4.1.

96 Zie paragraaf 9.3.4.2 en 9.3.4.3.

de opstallenaansprakelijkheid steeds verder wordt 'uitgehouden' door het systeem van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid, zodat het onderscheid tussen beide systemen langzaam maar zeker vervaagt.⁹⁷ Vooruitlopend op het onderstaande, blijkt van het systeem van de nadeelcompensatie een zekere gedragsbeïnvloedende werking te kunnen uitgaan. Dit biedt argumenten voor de erkenning dat dit systeem een gedragsbeïnvloedingsfunctie dient en dus ook met dat doel kan worden ingezet.

11.6.1.3. Een nieuwe fase in het debat: de gedragspresumptie en praktijkonderzoek

Binnen het preventieerstuk staat, kort gezegd, de gedragspresumptie centraal dat dreigende aansprakelijkheid potentiële schadeveroorzakers stimuleert om de nadelige gevolgen van hun gedragingen te voorkomen of te beperken. Deze presumptie is uiterst algemeen en deze is in theorie toepasbaar in verband met elke soort aansprakelijkheidsdreiging. Op basis van deze presumptie kunnen algemene verwachtingen worden geschetst over de effecten van dreigende aansprakelijkheid op de gedragingen van potentiële schadeveroorzakers.⁹⁸ Daarbij kan een rechtseconomische of een juridische benadering worden gevolgd.

Beide benaderingen berusten in hun kern op dezelfde uitgangspunten, zij het dat de juridische benadering meer ruimte biedt voor nuance ten aanzien van beïnvloedingsfactoren, terwijl op basis van de rechtseconomische modellen nauwkeurigere gedragsvoorspellingen kunnen worden gedaan. Dat is echter slechts mogelijk door uit te gaan van een optimaliseringsbenadering en sterk gesimplificeerde gedragsmodellen, waarin enkel de financiële prikkels van dreigende aansprakelijkheid van invloed worden geacht op het gedrag van rationeel handelende personen. De juridische benadering erkent daarentegen dat dreigende aansprakelijkheid ook andere dan financiële gedragsprijkkels kan genereren, maar juist door de onbekendheid daarmee is het vanuit die benadering lastig om nauwkeurige gedragsvoorspellingen te doen. Beide benaderingen hebben dus hun sterke kanten, maar men dient zich ook bewust te zijn van de beperkingen die daar onvermijdelijk mee samenhangen.⁹⁹

Nu heeft de gedragspresumptie die aan beide benaderingen ten grondslag ligt een brede en algemene theoretische basis. Er bestaat echter nog veel onduidelijkheid over de vraag in hoeverre deze presumptie in haar algemeenheid een betrouwbare weerspiegeling van de werkelijkheid vormt. In zowel de juridische, als de rechtseconomische literatuur wordt aan dergelijke vragen betrekkelijk weinig aandacht geschonken, althans de geldende theorieën over gedragsbeïnvloeding vinden weinig toetsing aan de praktijk. Mijns inziens ten onrechte, want het vermoeden is lastig te onderdrukken dat een en ander in de praktijk genuanceerder ligt, dan de algemene presumptie doet denken. Juist in het in kaart brengen van die nuance, en het op basis daarvan vormen

97 Ik betoogde in hoofdstuk 7 dat het systeem van de opstallenaansprakelijkheid ook om andere redenen buiten toepassing dient te blijven in de gevallen van waterschade door gebrekkige waterstaatswerken. Ik heb dit aansprakelijkheidssysteem bij het praktijkonderzoek in hoofdstuk 10 daarom buiten beschouwing gelaten.

98 Zie paragraaf 9.3.2.

99 Zie paragraaf 9.3.5.

van genuanceerdere theorieën, liggen in mijn ogen belangrijke kansen en uitdagingen voor het toekomstige onderzoek en debat binnen de kaders van het preventieeerstuk.

Er dient dus meer praktijkonderzoek plaats te vinden ter onderbouwing, nuancering of wellicht verwerping van het preventieeerstuk. Daarbij is niet alleen het onderscheid tussen verschillende aansprakelijkheidssystemen van belang, maar men dient tevens nauwkeurig onderscheid te maken tussen uiteenlopende categorieën van potentiële schadeveroorzakers. Bijzondere aandacht dient daarbij te bestaan voor situaties waarin niet natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen, maar overheidsorganen potentiële schadeveroorzakers zijn. Er bestaat immers geen directe aanleiding reeds op voorhand en zonder meer te menen dat het preventieeerstuk en de gedragspresumptie niet kunnen worden toegepast in verband met overheidsgedragingen, maar het kan evenmin worden uitgesloten dat zich in dat verband bijzonderheden zullen voordoen.¹⁰⁰ In dit proefschrift stonden wat dat betreft (de gedragingen van) waterbeheerders centraal.

11.6.1.4. Verwachtingen

De algemene gedragspresumptie dient – bij gebrek aan empirische gegevens die deze bevestigen dan wel weerleggen – als uitgangspunt bij het schetsen van verwachtingen over de wijze waarop verschillende vormen van aansprakelijkheidsdreiging van invloed zijn op de uiteenlopende door waterbeheerders in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering te nemen beslissingen. Ik onderscheid in globale zin drie fasen in het proces van opeenvolgende beslissingen: de oriëntatiefase, de (formele) voorbereidingsfase en de uitvoeringsfase. Tijdens elke fase worden karakteristieke beslissingen genomen, waarop verschillende vormen van dreigende aansprakelijkheid van invloed kunnen zijn. Tijdens de oriëntatiefase staat in de eerste plaats de beslissing centraal *of* adaptatiemaatregelen dienen te worden getroffen. Vervolgens betreft het de beslissing *welke* (soort) maatregelen in dat geval dienen te worden getroffen. Aan het eind van deze fase wordt te dien aanzien een keuze gemaakt voor een concrete maatregel of een variant van maatregelen. Tijdens de daarop volgende fase vindt nadere uitvoeringsgerichte uitwerking van de gekozen maatregel plaats in de daartoe verplicht op te stellen plannen en te nemen besluiten. Tijdens de laatste fase worden de tijdens de voorbereidingsfase genomen beslissingen feitelijk uitgevoerd. De belangrijkste inhoudelijke beslissingen worden dus genomen tijdens de oriëntatiefase en de voorbereidingsfase. De te schetsen verwachtingen kunnen per fase worden gerangschikt. Dit vergemakkelijkt de toetsing daarvan in praktijkgevallen en uiteindelijk ook de vergelijking van de resultaten van die toetsing.

Oriëntatiefase (beslissing 1)

De beslissing om al dan geen maatregelen te treffen kan worden beïnvloed door een dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige en rechtmatige daad. Zolang een waterbeheerder tekortschiet in een wettelijke zorgplicht, zal deze naar verwachting

¹⁰⁰ Zie paragraaf 9.3.3.

maatregelen treffen, teneinde deze onrechtmatige situatie op te heffen en aansprakelijkheid voor klimaatschade te voorkomen. Zolang een waterbeheerder niet tekortschiet in een van zijn zorgplichten, is er geen directe dreiging van aansprakelijkheid en bestaat met het oog daarop geen rechtstreekse aanleiding om maatregelen te treffen. Wel kunnen de verwachtingen omtrent klimaatverandering een toekomstige dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade in het leven roepen. De mate van onzekerheid hieromtrent is van invloed op de aansprakelijkheidsdreiging: hoe onzekerder een klimaatrisico is (en hoe verder dit in de toekomst is gelegen), hoe zwakker de gedragsprikkel van de dreigende aansprakelijkheid zullen zijn. Waterbeheerders zullen dus naar verwachting minder gauw geneigd zijn adaptatiemaatregelen te treffen, naarmate een klimaatrisico is omgeven met een grotere mate van onzekerheid. Voorts zullen zij zich inspannen om de omvang van de dreigende aansprakelijkheid voor klimaatschade in beeld te brengen. Op basis van de gedragspresumptie zullen zij naar verwachting afzien van het treffen van maatregelen, indien op basis van hun berekeningen reeds op voorhand blijkt dat de dreiging van aansprakelijkheid voor klimaatschade slechts kan worden weggenomen door maatregelen te treffen, waarvan de kosten (met inbegrip van de verwachte nadeelcompensatielast) die van de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen. Op basis van de presumptie zullen zij het risico op aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad dus naar verwachting voor lief nemen.¹⁰¹

Oriëntatiefase (beslissing 2)

De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is naar verwachting niet van invloed op beslissingen in verband met de vraag welke maatregelen dienen te worden getroffen. Beslissingen in dat verband zullen naar verwachting wel worden beïnvloed door de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Waterbeheerders zullen onderzoeken aan de hand van welke maatregelen het gewenste adaptatiedoel kan worden bereikt. Zij zullen zich in dat verband ook inspannen om de globale kosten van dergelijke maatregelen in kaart te brengen, evenals de mate waarin deze te compenseren nadeel met zich zullen brengen. Indien op voorhand blijkt dat bepaalde soorten maatregelen naar verhouding meer nadeel met zich brengen dan andere, dan zullen zij zonder meer afzien van een nadere uitwerking daarvan. Uiteindelijk valt op basis van de gedragspresumptie te verwachten dat waterbeheerders, bij de keuze voor een tijdens de voorbereidingsfase nader uit te werken maatregelvariant, kiezen voor de variant waarvan zij vermoeden dat die in vergelijking met andere varianten het minste te compenseren nadeel met zich brengt. Zij zullen naar verwachting alsnog afzien van het treffen van maatregelen, indien blijkt dat de kosten van de onderzochte varianten de berekende of geschatte aansprakelijkheidsdreiging voor klimaatschade overstijgen. Zij zullen in dat geval onderzoeken of de adaptatiedoelen kunnen worden bereikt aan de hand van minder kostbare maatregelen.¹⁰²

101 Zie paragraaf 9.4.2.1.

102 Zie paragraaf 9.4.2.2.

Vorbereidingsfase

Tijdens de voorbereidingsfase kan zowel de dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige, als die uit onrechtmatige overheidsdaad van invloed zijn op de in dat verband te nemen beslissingen. Op grond van beide soorten aansprakelijkheidsdreiging zullen waterbeheerders zich naar verwachting inspannen om de gevolgschade van de gekozen maatregel te voorkomen of te beperken. Op basis van de gedragspresumptie zullen waterbeheerders, bij de nadere uitwerking van de door hen tijdens de oriëntatiefase gekozen variant, naar verwachting alle relevante procedurele en materiële vereisten in acht nemen, teneinde aansprakelijkheid voor eventuele gevolgschade wegens de schending van dergelijke normen te voorkomen. Voorts zullen zij ernaar streven het te compenseren nadeel dat de gekozen maatregel met zich zal brengen zo veel mogelijk te beperken. Daartoe zullen zij zich inspannen om de verwachte nadeelcompensatielast in kaart te brengen en zullen zij onderzoeken op welke wijze en tegen welke eventuele kosten deze last kan worden beperkt. Zolang deze kosten de verwachte schadelast niet overstijgen, zullen waterbeheerders schadebeperkende maatregelen treffen. Indien blijkt dat hetzelfde nadeel via verschillende wegen kan worden voorkomen of beperkt, dan zullen zij kiezen voor de weg van de minste kosten.¹⁰³

Uitvoeringsfase

Ook tijdens de uitvoeringsfase bestaat nog een aansprakelijkheidsdreiging. De dreiging van aansprakelijkheid voor onrechtmatig toegebrachte uitvoeringsschade zal waterbeheerders of degenen die de maatregelen feitelijk uitvoeren er naar verwachting toe stimuleren om zorgvuldig te werk te gaan bij de uitvoering en de in verband daarmee gestelde voorschriften in acht te nemen. De invloed van dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad zal naar verwachting een minder grote invloed hebben op de gedragingen van waterbeheerders tijdens de uitvoeringsfase. Indien zich tijdens deze fase nadeel verwezenlijkt waarmee tijdens de eerdere fasen geen rekening is gehouden, zullen waterbeheerders naar verwachting alsnog trachten dit nadeel te beperken. Indien dat niet goed mogelijk blijkt zonder hoge kosten te maken of af te wijken van de gestelde voorschriften, dan zal de maatregel naar verwachting worden uitgevoerd en het nadeel worden gecompenseerd. Slechts wanneer komt vast te staan dat bij veronderstelde bekendheid met het nadeel tijdens de eerdere fasen wezenlijk andere beslissingen zouden zijn genomen, zal de uitvoering wellicht worden gestaakt en zullen de beslissingen worden heroverwogen.¹⁰⁴

103 Zie paragraaf 9.4.3.

104 Zie paragraaf 9.4.4.

11.6.2. Praktijk

Conclusies

- Uit het praktijkonderzoek volgt de algemene conclusie dat waterbeheerders zich bij hun beslissingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering niet primair laten leiden door dreigende aansprakelijkheid.
- De op basis van de algemene gedragspresumptie geschetste verwachtingen vormen in dit verband deels een onjuiste en deels een onvolledige weerspiegeling van de werkelijkheid.
- Vooral in verband met de dreiging van onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid bleken de verwachtingen onjuist te zijn. Deze vorm van aansprakelijkheidsdreiging bleek in geen van de gevallen van invloed op de door de betrokken waterbeheerders genomen beslissingen.
- Het aspect van de nadeelcompensatie bleek wel van invloed op de genomen beslissingen, maar daarnaast bleken ook steeds andere factoren (soms in sterkere mate) te stimuleren tot de beperking van nadeel. Voorts bleken bijzondere omstandigheden van invloed te zijn geweest op de mate waarin waterbeheerders streefden naar de beperking van nadeel.

Bij het schetsen van verwachtingen op basis van de gedragspresumptie bestaat weinig ruimte voor nuance, terwijl zoals gezegd het vermoeden niet kan worden onderdrukt dat een en ander in de praktijk genuanceerder ligt. Daarover kan op theoretisch niveau slechts worden gespeculeerd. Daarom is als sluitstuk van dit proefschrift in drie praktijkgevallen onderzocht in hoeverre de op basis van de gedragspresumptie geschetste verwachtingen daarin bevestiging vinden, dan wel in hoeverre daarin het bovenstaande vermoeden wordt onderschreven.¹⁰⁵ Uit dit praktijkonderzoek vloeien aanwijzingen voort dat de presumptie binnen de kaders van het Nederlandse waterbeheer een onvolledige en op bepaalde punten zelfs een onjuiste weerspiegeling van de werkelijkheid vormt. De toon is daarmee gezet: de veronderstelling dat waterbeheerders zich bij hun beslissingen en gedragingen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering primair laten leiden door dreigende aansprakelijkheid, lijkt te moeten worden verworpen.

11.6.2.1. Oriëntatiefase (beslissing 1)

Uit geen van de drie onderzochte praktijkgevallen is gebleken dat enige vorm van dreigende aansprakelijkheid van doorslaggevende invloed is geweest op de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen.¹⁰⁶ De uitkomsten van het praktijkonderzoek stemmen wat dat betreft dus niet goed overeen met de geschetste verwachtingen. Uit het praktijkonderzoek volgt dat bij dergelijke beslissingen niet wordt geredeneerd

¹⁰⁵ Zie voor een uitvoerige bespreking van de afzonderlijke praktijkgevallen paragraaf 10.3 ('Noordwijk'), 10.4 ('Veenkaden') en 10.5 ('Westland').

¹⁰⁶ Zie paragraaf 10.6.1.

vanuit een juridisch perspectief, maar veeleer vanuit een besef van verantwoordelijkheid voor de behartiging van het algemeen belang. Ook blijkt dat imago-behoud of imago-verbetering een rol kan spelen bij dergelijke beslissingen. De belangrijkste beïnvloedende factoren blijken in deze gevallen dus te zijn gelegen buiten de dreigende aansprakelijkheid, terwijl een zekere dreiging van klimaatschade in geen van de gevallen kon worden ontkend. De conclusie luidt dat de algemene gedragspresumptie in verband met de beslissing om al dan geen maatregelen te treffen ten minste niet in alle – namelijk de onderzochte – gevallen opgaat. Er bestaat daarom aanleiding de juistheid van deze presumptie op dit punt in twijfel te trekken.

11.6.2.2. Oriëntatiefase (beslissing 2)

In geen van de praktijkgevallen is gebleken dat de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van invloed is geweest op de keuze voor een bepaalde maatregel. Dit is in lijn met de geschetste verwachtingen. Uit de onderzochte gevallen blijkt dat het aspect van de nadeelcompensatie over het algemeen wel van invloed is op de beslissingen omtrent de keuze voor een bepaalde maatregel, maar op dat punt blijkt ook ruimte te bestaan voor nadere nuancering ten opzichte van de geschetste verwachtingen.¹⁰⁷ In de eerste plaats wordt de mogelijke verplichting tot nadeelcompensatie in de praktijk niet zozeer aangemerkt als aansprakelijkheidsdreiging, maar eerder als aspect waarmee bij de relevante beslissingen over het treffen van maatregelen rekening kan (en moet) worden gehouden. Daarnaast blijkt dit aspect een ‘uitsluitende werking’ te kunnen hebben ten opzichte van maatregelen waarvan op voorhand duidelijk is dat deze in vergelijking tot andere maatregelen veel te compenseren nadeel met zich zullen brengen. Dat is in lijn met de geschetste verwachtingen. Bij de uiteindelijke keuze voor een concrete maatregel blijkt dit aspect voorts wel van invloed, maar komt daaraan zeker niet altijd een doorslaggevend belang toe. Dit belang kan worden overschaduwd door andere (ruimtelijke) belangen, zoals die van mogelijkheden tot gebiedsontwikkeling.

De verwachting dat waterbeheerders onder invloed van financiële prikkels steeds zullen kiezen voor de maatregel met de minste nadelige gevolgen, gaat dus ten minste niet in alle gevallen op. Soms wordt bewust gekozen voor een meer ingrijpende maatregel. Bij de maatregelkeuze blijkt het tevens van belang te kunnen zijn of het treffen van maatregelen een urgent karakter heeft. Bij een hogere mate van urgentie blijkt aan het aspect van de nadeelcompensatie minder gewicht toe te komen. In dergelijke gevallen blijkt wel te worden gekozen voor sobere, snel uitvoerbare en doelgerichte maatregelen. In minder urgente gevallen speelt het aspect van de nadeelcompensatie een grotere rol, zij het lang niet altijd een doorslaggevende. Ten slotte blijkt dat het niet steeds de financiële prikkels zijn die waterbeheerders stimuleren tot het beperken van enig nadeel, maar dat dit ook gebeurt vanuit de wens tot het creëren van maatschappelijk draagvlak voor een bepaalde maatregel. Het aspect van de nadeelcompensatie is dus nadrukkelijk niet de enige factor die dergelijke beslissingen kan beïnvloeden. Dit is een belangrijke nuance.

¹⁰⁷ Zie paragraaf 10.6.2.

11.6.2.3. Voorbereidingsfase

In de onderzochte praktijkgevallen werd benadrukt dat de schending van procedurele en materiële rechtsregels als verwerpelijk wordt beschouwd. Uit de feiten blijkt ook dat de betrokken waterbeheerders zich sterk hebben ingespannen om dergelijke rechtsregels tijdens de voorbereidingsfase naar behoren na te leven. In alle onderzochte gevallen is echter niet gebleken dat dit gebeurt met het oogmerk gevolgschade en aansprakelijkheid te voorkomen. Dergelijke overwegingen spelen bij de voorbereiding van maatregelen geen rol. De naleving van dergelijke gedragsnormen wordt enerzijds beschouwd als noodzakelijk voor een goede uitoefening van de publieke taak en tevens voor het verkrijgen van voldoende maatschappelijk draagvlak voor projecten. Anderzijds levert de schending van dergelijke normen imagoschade op en roept dit een risico van projectvertraging in het leven. Het lijkt erop dat aan de dreiging van aansprakelijkheid weinig belang toekomt als instrument ter handhaving van de naleving van de bedoelde rechtsregels. De in dat verband geschetste verwachtingen stemmen in de onderzochte gevallen dus niet overeen met de praktijk. Ook op dit punt bestaat daarom aanleiding de juistheid van de presumptie in twijfel te trekken.

Uit de onderzochte praktijkgevallen blijkt dat het aspect van de nadeelcompensatie wel een belangrijke factor is, waarmee tijdens de concrete voorbereiding van maatregelen over het algemeen veel rekening wordt gehouden. Ook blijkt dat op dit punt veel ruimte voor nuance bestaat.¹⁰⁸ De beperking van nadeel tijdens de voorbereidingsfase wordt beschouwd als een bijzondere vorm van zorgvuldigheid, waarbij aan de betrokkenheid van belanghebbenden bij de voorbereiding van maatregelen een zwaar gewicht wordt toegekend. In de onderzochte gevallen blijken de betrokken waterbeheerders zich via verschillende strategieën en concrete beslissingen sterk te hebben ingespannen om het nadeel te beperken en de maatregelen zo goed mogelijk in te passen in de omgeving.

Tot zover lijken de praktijkgegevens overeen te stemmen met de geschetste verwachtingen. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat het nadeel niet enkel wordt beperkt vanuit het oogpunt van de kostenoptimalisatie. Ook andere dan financiële prikkels, zoals het creëren van breed maatschappelijk draagvlak, blijken in sterke mate te stimuleren tot de beperking van nadeel. In urgente situaties blijkt het aspect van de nadeelcompensatie overigens een beperkte rol te spelen bij de voorbereiding van maatregelen. De conclusie is dat bij de tijdens de voorbereidingsfase te nemen beslissingen over schadebeperking ook buiten het aansprakelijkheidsrecht gelegen factoren een rol spelen. De op dit punt op basis van de gedragspresumptie geschetste verwachtingen vormen dus niet zozeer een onjuiste, als wel een onvolledige weergave van de werkelijkheid.

108 Zie paragraaf 10.6.3.

11.6.2.4. Uitvoeringsfase

In de onderzochte praktijkgevallen zijn geen duidelijke aanwijzingen te vinden dat dreigende aansprakelijkheid van enige invloed is geweest op de tijdens de uitvoeringsfase genomen beslissingen en verrichte handelingen. Er is niet gebleken dat zich tijdens de uitvoeringsfase uitzonderlijke omstandigheden hebben voorgedaan die aanleiding zouden hebben kunnen geven om bij de uitvoering af te wijken van de tijdens de voorbereidingsfase genomen beslissingen. In één van de gevallen bleek zich tijdens en na de uitvoering wel onvoorzien nadeel te hebben voorgedaan. Dit heeft – voor zover dat nog mogelijk was – niet geleid tot een gewijzigde uitvoering van de voorbereide maatregelen. Het gaat te ver hieraan conclusies te verbinden over de mate waarin de geschetste verwachtingen overeenstemmen met de praktijk.¹⁰⁹

11.6.2.5. Afsluitend

Op grond van het praktijkonderzoek is het vermoeden bevestigd, dat een en ander in de complexe praktijk van het waterbeheer genuanceerder ligt dan de gedragspresumptie pleegt te doen geloven.¹¹⁰ Uit de toetsing bleek dat de geschetste verwachting in geen van de gevallen een juiste weerspiegeling van de werkelijkheid vormden. De algemene conclusie die daaruit valt te trekken is dat de gedragspresumptie zich in al haar eenvoud niet goed leent voor het doen van voorspellingen in complexe situaties, zoals die zich kunnen voordoen in het kader van de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. Men kan dus met recht betwijfelen dat de strikte rechtseconomische benadering, maar ook de ruimere juridische benadering betrouwbare uitgangspunten biedt voor gedragsvoorspellingen op het terrein van het Nederlandse waterbeheer. De beslissingen van waterbeheerders in verband met de adaptatie aan klimaatverandering worden kennelijk niet primair ingegeven door aansprakelijkheidsdreiging, hetgeen op zichzelf niet al te veel verbazing hoeft te wekken. Waterbeheerders blijken wel gevoelig voor de dreiging dat zich klimaatschade kan voordoen, maar blijken die dreiging eerder te vertalen in een op de behartiging van het algemeen belang gebaseerd verantwoordelijkheidsgevoel, dan in een op hun eigen (economische) belangen gebaseerde aansprakelijkheidsdreiging. In sommige gevallen lagen de uitkomsten overigens wel min of meer in de lijn der verwachtingen; in andere gevallen kwamen de uitkomsten daar gewoonweg niet mee overeen. In het eerste geval verdient een nuancering van de gedragspresumptie overweging, maar daarbij moet worden opgemerkt dat daarmee ook de essentie van de presumptie kan worden aangetast. In het laatste geval kan de juistheid van de gedragspresumptie in twijfel worden getrokken. Het is in elk geval duidelijk geworden dat waterbeheerders zich bij hun uiteenlopende beslissingen in verschillende fasen van het adaptatieproces *niet primair* en *zeker niet alleen* laten beïnvloeden door dreigende aansprakelijkheid.

¹⁰⁹ Zie paragraaf 10.6.4.

¹¹⁰ Zie paragraaf 10.6.5.

≈ Summary

General

Adaptation to climate change is one of the strategies pursued by man in his fight against the (adverse) effects of climate change. This strategy differs from the mitigation approach, which focuses on stabilizing the global climate by reducing human emissions of greenhouse gases to the atmosphere. By contrast, the adaptation approach focuses on the adjustment of ecological, social, or economic systems to regional, actual or expected, climate changes or to the effects thereof. While the focus is on moderating the adverse impacts of climate change, one also aims to benefit from the opportunities thus created. The nature and objective of both approaches and of the pertaining measures differ strongly and likewise the effects will differ with regard to their scale and the moment of their realisation. The effects of mitigation measures will be noticed principally on a global level; however, such measures mainly have a long-term impact. By contrast, the effects of adaptation measures may be noticed directly, but these are limited to the regional level at which the measures are taken. As a consequence, both approaches are considered necessary and complementary in the present climate debate. This dissertation focuses on the adaptation approach.

The specific subject of this dissertation is adaptation to climate change in the area of Dutch water management. This comprised the following issues: the legal obligations of water management authorities, the threat of liability for damage that may result from their conduct, and the degree to which their actions are influenced by the threat of various forms of liability. The three interrelated subthemes of this dissertation may therefore be summarised as follows: ‘adaptation obligations’, ‘liability’, and ‘preventive effect’. The central question of this dissertation is thus threefold: “*To what degree are Dutch water management authorities subject to obligations concerning adaptation to climate change, to what degree does this result in a threat of liability for climate or consequential damage, and what is the (expected) influence of this threat on their conduct?*” These subthemes were respectively dealt with in the three separate parts (I, II and III) of this dissertation.

Part I: Adaptation obligations

In part I, I discussed the obligations in connection with the adaptation to climate change at the international, the European and the national level. Chapter 2 focused on international law. I restricted myself to the international climate regime and human rights. Chapter 3 covered European law. Flood risk management and the strategy

Summary

for water shortage and for drought were emphasized. In Chapter 4 I discussed the adaptation obligations that water management authorities have pursuant to Dutch (water) law. It became clear that most adaptation obligations exist at the national level and that these are also the most concrete.

Despite the fact that the adaptation approach was developed mainly in the international political and scientific climate debate, the international climate regime appears to be no clear source of adaptation obligations, especially as from a legal point of view the emphasis is mainly on the mitigation approach. The developments regarding the adaptation approach in the international climate debate, however, strongly contributed to the fact that this approach is now permanently on the international, the European, the Dutch and other states' national political agenda.

Human rights may also be relevant as part of the adaptation to climate change. Case law of the European Court of Human Rights (ECHR) on the subject of positive obligations shows that some general lessons may already be drawn on the responsibilities of public authorities with regard to their dealing with uncertain risks. These lessons are also relevant with regard to the adaptation to climate change. It cannot be ruled out that increasingly concrete and explicit adaptation obligations will be developed within the framework of these positive obligations. Expectedly, these obligations will leave public authorities a large amount of discretion, especially forcing them taking due account of climate risks in policy and decision making.

The adaptation approach has become rooted firmly in integrated and sectoral EU policy. However, no integrated adaptation legislation has thus far been passed and, in view of the most recent developments, this will probably not happen in the short term. Adaptation obligations therefore must be distilled mainly from (and if necessary, be elaborated in) the existing sectoral legislation. For Dutch water management the European Floods Directive (*Richtlijn Overstromingsrisico's, Ror*) and the European Water Framework Directive (*Kaderrichtlijn Water, KRW*) are relevant. Both directives are based on a so-called programmed approach, awarding wide discretionary power to the member states with regard to the formulation and execution of their policies. This is not surprising in view of the subsidiarity principle, but it may result in divergences in the ambition levels of the member states.

The Floods Directive holds an explicit obligation to anticipate on uncertain climate risks in the policy on flood risk management as of 2021. The Netherlands will be able to meet this obligation already in 2015. With regard to the realisation of the water shortage and drought strategy objectives, the responsibilities are less explicit. The member states are encouraged to realise these objectives by means of an adequate pricing policy for water services. As many member states have achieved little progress in this area as of 2007, it is recommended to provide the objectives of this strategy with a legal basis within the concrete environmental objectives in art. 4 of the WFD. The Netherlands, compared to other member states, has an advantage with regard to the implementation of this strategy which should be maintained.

In Dutch water management the adaptation approach has by now strongly taken root as well, although this policy still has a very conservative character. Opportunities are being missed with regard to a climate proof organisation and sustainable developments in vulnerable sectors. More attention should be paid to such aspects in future adaptation policy. Nonetheless, important steps in this direction were taken recently by the development of policy concepts, such as the ‘multi-layer security’ (*meerlaagse veiligheids*), and by the strategic developments in the area of freshwater provision within the Delta Programme (*Deltaprogramma*). Such developments are to be continued, with the aim of implementing the outcomes hereof in strategic and execution oriented water policy in due course.

Despite developments at the policy level, the adaptation approach as yet lacks an explicit basis in Dutch law. I argued that there is a need for this, as in the practice of Dutch water management a lack of clarity has arisen as to the scope of competences and responsibilities in this respect. I argued that the aforementioned lack of a basis does not mean that water management authorities are at complete liberty to decide whether or not to take uncertain climate risks into account in the formulation and execution of their policy. From a legal point of view, on the basis of the principle of due care, the unwritten standard of due care from private law, and possibly also the precautionary principle, they cannot ignore these risks. Water management authorities can actually be forced legally to include the uncertain consequences of climate change in their policy. I made recommendations to make this obligation explicit in the relevant provisions of the Dutch Water Act (*Waterwet*) and the Dutch Environmental Protection Act (*Wet milieubeheer*), in order to eliminate any lack of clarity.

As to the question of the substance of the water management authorities’ obligation uncertainty remains however. The court will exercise caution in its judgment of the question whether the uncertain effects of climate change were actually taken account of to a sufficient degree and in the correct manner. It will restrict itself to judging the lawfulness of the policy decisions and will not pass a judgment on the political correctness thereof. As of their expert knowledge, water management authorities thus have wide discretionary power to judge, to decide, and to argue, which adaptation measures are to be taken at what term, all of this within the limits of due care and proportionality. In doing so, they may start from the most recent climate scenarios and research data (e.g. of the Royal Netherlands Meteorological Institute, the *KNMI*), but they may also perform (or assign) supplementary and area-based research. Also with regard to this issue, I made the recommendation to the legislator and to the lower ruling bodies to outline the legal framework, within which the water management authorities are to define and execute their responsibilities, and against which the court may judge their actions.

Chapter 4 also dealt with the question to what degree water management authorities may be forced to take concrete adaptation measures. The short answer to this question is that this is not possible, as long as there is no conclusive evidence of a violation of the authorities’ legal duty of care. As regards the concrete standards of the duties of care for both water safety and protection against surface water flooding, it is relatively easy to determine whether this is the case. As long as the required level of

Summary

protection is provided, no protection measures could in principle be enforced. A higher level of protection is not legally enforceable. As regards the duties of care that do not contain concrete standards, it is less easy to determine whether a water management authority fell short in complying with these or not. This is mainly caused by the fact that the water management authority itself is obliged to define in its policy what the open standard requires under the given circumstances. In doing so, it possesses wide discretionary power. As long as there is no conclusive evidence that its policy decisions in this respect are in any way in violation of the law, it cannot be forced to take any measures. Although water management authorities have wide discretionary power to determine the limits of their responsibilities, there is undeniably a risk that the court will deem those decisions in violation of the law.

Part II: Liability

In Part II of this dissertation liability issues were discussed. In Chapter 5, I made a general distinction between types of government actions, I explained the concepts of climate damage and of consequential damage, and I outlined the division of jurisdiction between the civil and the administrative courts. These issues will not be dealt with any further in this summary. Chapter 6 dealt with the question to what degree the separate criteria for the establishment of liability arising from unlawful administrative conduct are expected to be interpreted in a particular way within the adaptation to climate change framework. Chapter 7 dealt with the liability for structural defects of water control structures, resulting in water damage. In Chapter 8, I discussed the same issue as in Chapter 6, only this time in relation to the Dutch system of compensation of damage resulting from lawful administrative conduct (*nadeelcompensatie*).

There is no substantial threat of liability for climate damage, based on the violation of legal duties of care. On the one hand, high thresholds exist from the view of evidence, especially with regard to the criteria of unlawfulness and causation (see below). On the other hand, the tort liability machine only comes into operation in the event that climate damage actually occurs. The more uncertain a climate risk is and the further it is situated in the future, the less certain one is in predicting if and when climate damage will occur, and what the scope and effects thereof will be. The threat of liability will then also be more uncertain and less immediate. In the event that climate damage occurs, the successful establishment of liability can, of course, not be excluded.

The establishment of tort liability first requires the violation of a rule of written or unwritten law. Therefore, if an injured party cannot substantiate convincingly that a water management authority violated one of his written legal duties of care, climate damage does not qualify for compensation under art. 6:162 of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek, BW*). As I stated earlier, it is easier to determine the violation of a duty of care holding a specific written legal standard, than the violation of a duty of care holding a non-specific standard. With regard to the first type, water management authorities in principle are protected against liability, if they manage to guarantee

the required level of protection. With regard to the second type, it is up to the water management authorities themselves to define the limits of their responsibilities, and thus also of their liability. This means that they still bear a certain liability risk, as the court may judge their policy decisions to be unlawful, e.g. because certain climate risks were not adequately taken into account. With regard to the duties of care holding specific standards, the legislator might be at fault, but it is difficult, to say the least, to successfully establish a claim on account of unlawful legislation. One should keep in mind, though, that water management authorities, despite the fact that they act according to their written legal duties of care, can still violate the unwritten standard of due care from private law.

The criterion of unlawfulness constitutes an important threshold against the successful establishment of liability for climate damage, but it is by no means the only one. The requirement of causation may also raise a considerable threshold. It is easier to directly relate the damage one has suffered to an action than to a failure to act. It is quite easy to imagine the action not to have occurred, but it is far more difficult to hypothetically ‘fill out’ a failure to act with actions. It is therefore to be expected that injured parties, who claim to have suffered climate damage as a result of a demonstrable failure to meet a legal duty of care, may run into problems, because they fail to make a plausible case that the damage would not have occurred, if the relevant water management authority had not failed to meet his legal duty of care. It is, on the other hand, such legal duties of care that might give rise to the application of the so-called ‘reversal rule’ (reversal of the burden of proof). This is especially the case when it comes to the violation of concrete written legal safety standards, as these might meet specificity requirement for application of the reversal rule. The burden of proof with regard to the absence of the causal connection will then be on the water management authority, putting it in an unfavourable position from the point of view of evidence. In case there is a *conditio sine qua non* relation between the fault and the damage, the factual attributability of the damage will be measured against a reasonableness standard. I argued that, because of the nature of the public responsibility, damage caused by violations of written safety standards most likely will be attributed in a more generous way, than damage caused by vague and non-specific norms.

The criterion of attributability will probably not raise a high threshold in establishing liability for climate damage. According to legal precedent, the attribution of unlawful administrative conduct is based on ‘common opinion’ (*verkeersopvatting*). Within the framework of the adaptation to climate change, I see some scope for an exception to this rule. It is not my intention, however, to raise an additional threshold to protect water management authorities from liability. My focus is on offering more differentiation in situations in which the legal duty of care was obviously violated, but in which a water management authority cannot reasonably be blamed, as the materialised risk was surrounded by so much uncertainty that his orientation towards other risks in observing his duties of care may be deemed reasonable.

The protective norm criterion from private law (*relativiteitseis*) may also pose a threshold in establishing liability for climate damage. In my opinion, however, it is not correct to argue that legal duties of care do not see to the protection of individual

Summary

financial interests, as seemed to be the judgment for instance in the *Duwbak Linda* case. On the basis of the theory of ‘parallel interests’ at least *environmental* legal duties of care also envisage the protection of individual interests. Of course, this does not mean that each injured individual can always invoke the protective effect of such duties of care, nor that these offer protection against all possible sorts of damage. The scope of protection of these duties of care, in other words, is not unlimited, although case law has not yet clearly defined its limits.

At first glance, the system of liability for structural defects (*opstallenaansprakelijkheid*) holds an appealing prospect for everyone suffering from water damage on account of defects of public water works that may be qualified as ‘structures’ in the sense of art. 6:174 of the Dutch Civil Code. They do not need to resort to the bumpy road of tort liability, which is – as shown above – full of thresholds and of disadvantages from the point of view of evidence. Appearances are deceptive, however, and good arguments exist to declare the system of liability for structural defects to be inapplicable in the aforementioned cases of water damage; I therefore make a recommendation to this effect.

The authorities managing public water works often are not the legal owners thereof. The ‘owners’ (*bezitters*) might be private persons, water management authorities or other public authorities, as the ‘managers’ (*beheerders*) are always water management authorities. As a result, the ‘owner’ who is not also the ‘manager’ carries a liability risk, while he is not allowed to undertake any repair or building activities without the permission of the water management authority. This is hard to explain. The public responsibility for the proper condition of the public water work lies with the management authority, as a result of which it can under all circumstances be held liable for damage on account of any violation pursuant to art. 6:162 of the Dutch Civil Code. Only in case the management authority is *also* the legal owner of a public water work, it could be held liable on the basis of art. 6:174 of the Dutch Civil Code.

The applicability of the system of liability for structural defects therefore depends on the more or less haphazard way in which the ownership of public water works has been spread. As the applicability of this system puts water management authorities in an unfavourable position from the point of view of evidence, ownership of the public water works they manage is disadvantageous to them. This may result in their desire to dispose ownership of these public water works. An even more undesirable result may be that, when taking decisions in the execution of their integral water management tasks, they may become tempted to (un)consciously attach value to the question whether or not they are the legal owner of such works. Such considerations impair the due care and reasonableness with which water management authorities should define and carry out their integral management tasks.

The system of liability for structural defects does not fit in well with this integral management task, as it is restricted to only one specific part thereof. This may result in an imbalance between the various partial tasks to be discerned within the integral management task. It may also endanger the discretionary power of water management authorities, as they might become forced to give more attention to water safety, than

to for instance water quality. The system of tort liability does respect the integral character of the management task, so that its applicability is to be preferred. Closely related is the question as to the added value of the applicability of the system of liability for structural defects next to that of tort liability, all the more so since recent case law shows the latter system appears to be ‘excavating’ the former. On the basis of the aforementioned considerations, the system of tort liability deserves to be exclusively applicable in cases of water damage resulting from defects of public water works that may be qualified as structures in the sense of art. 6:174 of the Dutch Civil Code.

The Dutch system of *nadeelcompensatie*, i.e. the compensation of damages resulting from lawful administrative conduct, plays an important role within the adaptation to climate change framework. Lawful governmental conduct may also cause damage, which in the framework of this thesis is qualified as consequential damage. The law of *nadeelcompensatie* does not cover the compensation of climate damage. Apart from that, the term ‘threatening’ liability in relation to this liability system may sound strange, as it is the appropriate actions and not the faults by water management authorities that may give rise to its application. It is nevertheless important that the relevant criteria are met for the question whether an injured party may successfully claim damages. I expect that, as regards the adaptation to climate change, the issue of foreseeability as part of the ‘normal societal risk criterion’ will be of special importance; my major recommendation will focus on this. The other assessment criteria will be applied in the usual way, which does not deviate from other cases of damage resulting from lawful acts of public authorities.

Damage in a concrete case thus needs to exceed the normal societal risk, in order to be eligible for compensation. The relevant question, among other things, is to what degree the measure causing damage is to be qualified as a ‘normal societal development’ (i.e. is foreseeable in an *abstract* sense), and to what degree this was also foreseeable in a *concrete* sense. Adaptation to climate change as a policy response to (uncertain) climate risks can be qualified as a foreseeable reaction to the climate problem in an abstract sense in any case. This means that the damage resulting from adaptation measures is *in principle* not eligible for compensation. Until so far, there are no peculiarities. The degree of uncertainty of a climate risk at stake may, however, create a special circumstance, which may be of importance in defining the normal societal risk in a concrete sense. It means that a measure is less foreseeable, as the climate risk that is dealt with is situated further in the future and is more uncertain. I therefore advocate the acceptance of the principle of ‘moderation of foreseeability proportional to uncertainty’ both in policymaking and in the administration of justice in the area of the compensation of damage resulting from lawful administrative conduct. Application of this principle means that the damage resulting from adaptation measures is more likely to exceed the normal societal risk, as these measures are of a more proactive nature.

Part III: Preventive effect

Part III concentrated on the question of the expected and the real influence of the various types of liability threats on the actions of water management authorities within the adaptation to climate change framework. Chapter 9 dealt with the theory of prevention in general. On the basis of the behavioural presumption developed herein, at the end of this chapter I outlined expectations regarding the actions of water management authorities during three phases of the 'adaptation process'. In Chapter 10, I tested in three practical cases to what extent these expectations provided a reliable reflection of reality.

In the past decades, the functions of liability law have been the subject of much discussion in private-law literature. In this discussion the functions of compensation and of prevention have gradually emerged as the most important functions of liability law. Subsequently, emphasis has been placed increasingly on the prevention function, as the most attractive function of liability law. This has generally much to recommend it, but it does not mean that the compensation function should be denied. I see no obstacle in accepting both functions as independent core functions of liability law. This does not mean, however, that all liability systems always have both prevention and compensation as objectives. I argued that it goes without saying that the basis of every liability system is a compensation objective. Each system aims to counterbalance a socially undesirable situation by means of a monetary compensation, but only if there is a reasonable cause to do so and if this is requested by the injured party in a specific case. By contrast, not every system is necessarily based on a prevention objective. This is the case for example, if the system is used for the *ex-ante* enforcement of legal rules. In that case, the objective is to stimulate the observance of legal rules and to prevent damage resulting from the violation of standards. If this is the case, this is to be considered the primary objective of the liability system. The compensation objective then is only – but undeniably – relevant in those cases, in which the system fails in realizing the prevention objective. From this point of view compensation is a 'second-best' solution: prevention precedes compensation.

Although, as stated above, the focus in legal literature is mainly on the prevention function. The 'prevention debate' has gradually developed into a debate on the role of liability law as an instrument for the *ex-ante* enforcement of legal rules. I marked a new phase in the prevention debate. The debate until so far has had a predominantly general and theoretical character, and it has mainly focused on the tort liability system. Both aspects leave scope for an enrichment of the scientific discussion. In the next phase of the debate, the emphasis should be shifted to the empirical testing and, possibly, the differentiation of the theories and corresponding hypotheses that were developed in the theoretical debate. In addition, the so-called functional approach should be exported to the discussion on other liability systems, more specifically also taking into account the systems of government liability. In this respect the discussion on the functions and the objectives has not yet (sufficiently) come off the ground. In this dissertation I have seized both opportunities for enriching the debate, while

staying within the thematic framework of adaptation to climate change as dealt with in part I and II.

In Chapter 10 I tested the expectations, outlined on the basis of the behavioural presumption adhered to within the prevention theory, against three practical cases. In doing so, I restricted myself to the systems of tort liability and *nadeelcompensatie*. The tests showed that in none of the cases the outlined expectation reflected reality correctly. The general conclusion to be drawn from this is that the behavioural presumption in all its simplicity may not be suitable for making predictions in complex situations, as these may occur within the framework of the adaptation to climate change in Dutch water management. In some cases the outcomes were more or less in line with the expectations, in other cases the outcomes did not match at all. In cases where the outcomes were more or less in line with the expectations, a differentiation of the behaviour presumption might be considered, but it should be noted that in doing so, the essence of the presumption may also become impaired. In cases where the outcomes did not match at all, the correctness of the behavioural presumption may be questioned. In any event it has become apparent that with regard to the diversity of decisions taken by water management authorities in various phases of the adaptation process, they are not influenced primarily, and certainly not solely, by the threat of any kind of liability.

≈ Geraadpleegde literatuur

Adger e.a. 2005

W.N. Adger, N.W. Arnell & E.L. Tompkins, 'Successful adaptation to climate change across scales', *Global Environmental Change* 2005, nr. 15, p. 77-86.

Adviesgroep Normering Wateroverlast 2006

Adviesgroep Normering Wateroverlast, *Advies Normering Regionale Wateroverlast*, maart 2006, te raadplegen op <http://www.duo-advies.nl/173_advies_normering_wateroverlast-eindversie_mrt06.pdf>.

Agenda 21 1993

United Nations Department of Public Information, *Agenda 21: programme of action for sustainable development. Rio declaration on environment and development. Statement of forest principles: the final text of agreements negotiated by governments of the United Nations conference on environment and development (UNCED)*, 3-14 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil, New York 1993.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Akkermans & Van Dijk 2012

A.J. Akkermans & C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, nr. 32, p. 201-212.

Algemene Rekenkamer 2012

Algemene Rekenkamer, *Aanpassing aan klimaatverandering: strategie en beleid*, Den Haag, 15 november 2012.

Van der Arend e.a. (red.) 2010

S. van der Arend, L. Santbergen, M. Wiering & J. Behagel (red.), *Tien Jaar Ervaring met de Europese Kaderrichtlijn Water – Ambities en Ambivalenties*, Delft: Uitgeverij Eburon 2010.

Arentz 2007

B. Arentz, 'Verharden verboden – De problematiek van waterberging in bestemmingsplannen en de keur van het Hoogheemraadschap van Rijnland', *M&R* 2007, nr. 2, p. 75-80.

ARK 2006

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Ministerie van Economische Zaken, Interprovinciaal Overleg, Unie van Waterschappen en Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat*, Den Haag 2006.

Arnell e.a. 2002

N.W. Arnell, M.G.R. Cannell, M. Hulme, R.S. Kovats, J.F.B. Mitchell, R.J. Nicholls, M.L. Parry, M.T.J. Livermore & A. White, 'The Consequences of CO₂ stabilisation for the impacts of climate change', *Climatic Change* 2002, nr. 53, p. 413-446.

Arrhenius 1896

S.A. Arrhenius, 'On the Influence of Carbonic Acid in the Air upon the Temperature the Ground', *Philosophical Magazine and Journal of Science* 1896, nr. 41, p. 237-276.

Arts & Rüdig 1995

B. Arts & W. Rüdig, 'Negotiating the "Berlin mandate": Reflections on the first "conference of the parties" to the UN framework convention on climate change', *Environmental Politics* 1995, nr. 3, p. 481-487.

Asselman, Klijn & Van der Most 2008

N. Asselman, F. Klijn & H. van der Most, *Verkenning van nadere compartimentering van dijkringgebieden – Hoofdrapport compartimenteringstudie*, Deltares, rapportnr. T2513, Delft, September 2008.

Backes 1995

Ch.W. Backes, 'Het grondrecht op bescherming van het milieu – Artikel 21 Grondwet: geen historie, nauwelijks betekenis voor de hedendaagse rechtspraktijk en weinig verwachtingen voor de toekomst?', in: J.B.J.M. ten Berge, O.J.J. van Buuren, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen (red.), *De grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 185-204.

Backes, Keessen & Van Rijswijk 2012

Ch.W. Backes, A.M. Keessen & H.F.M.W. van Rijswijk, *Effectgerichte normen in het omgevingsrecht – De betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, nr. 12, p. 605-617.

Barendrecht & Storm 1995

J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2005

T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren – Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005.

Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012

T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012.

Van der Beek-Gillessen & Berkel-Kikkert 2000

P.B.M.J. van der Beek-Gillessen & G.M.T. Berkel-Kikkert, 'Schadevergoeding nader bekeken', *JBPlus* 2000, p. 2-14.

Di Bella 2012

L. Di Bella, 'Besluitenaansprakelijkheid en causaal verband', *NALL* 2012, te raadplegen op <http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00001#content_NALL-D-12-00001.NALL-D-12-00001.12062012150117_134>.

Di Bella & Schuurmans 2006

L. Di Bella & Y.E. Schuurmans, 'Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?', *O&A* 2006, nr. 4, p. 88-105.

Van den Berge 2012

L. van den Berge, *Recht tussen norm en belang – Relativiteit in privaat- en bestuursrecht*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2012.

Van den Berk 1997

J.A.M. van den Berk, *Bestuursschaderecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Bestuurlijk Overleg Kust 2003

Bestuurlijk Overleg Kust (Ministerie van Verkeer en Waterstaat), *Procesplan zwakke schakels in de Nederlandse kust*, Den Haag, januari 2003.

Biesbroek e.a. 2010

G.R. Biesbroek, R.J. Swart, T.R. Carter, C. Cowan, T. Henrichs, H. Mela, M.D. Morecroft & D. Rey, 'Europe adapts to climate change: Comparing National Adaptation Strategies', *Global Environmental Change* 2010, nr. 20, p. 440-450.

Birnie & Boyle 2002

P.W. Birnie & A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press 2002.

Birnie, Boyle & Redgwell 2009

P.W. Birnie, A.E. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press 2009.

Blaug 1980

M. Blaug, *The Methodology of Economics*, Cambridge: Cambridge University Press 1980.

Bloembergen 1982

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel I*, Monografieën Nieuw BW, nr. B 34, Deventer: Kluwer 1982.

Bodansky 1993

D. Bodansky, 'The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary', *Yale Journal of International Law* 1993, nr. 18, p. 451-558.

Bodansky 2001

D. Bodansky, 'The History of the Global Climate Change Regime', in: U. Luterbacher & D.F. Sprinz (eds.), *International Relations and Global Climate Change*, Cambridge: Massachusetts Institute of Technology 2001, p. 23-40.

Bodansky 2010

D. Bodansky, 'The Copenhagen Climate Change Conference: A Postmortem', *The American Journal of International Law* 2010, nr. 2, p. 230-240.

Bolkestein 2012

H. Bolkestein, 'Waterschap heeft grond nodig en eigenaar wil niet: gedoogplicht of onteigening?', *Het Waterschap* 2012, nr. 1, p. 28.

Bomhoff 2002

J. Bomhoff, 'Overeenkomsten met de overheid in Nederland en Frankrijk – Over het belang van een expliciete erkenning van de bijzondere positie van de overheid', in: I. bij de Vaate, J. Bomhoff & F. van Schaik (red.), *Facetten van overheidsaansprakelijkheid – Bundel naar aanleiding van het Modernate congres: 'Overheidsaansprakelijkheid: een trend van deze tijd?'*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 151-165.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, nr. 16, p. 982-991.

Van Boom e.a. 2009

W.H. van Boom, B.J. Drijber, J.H. Lemstra, V.C.A. Lindijer & T. Novakovski, *Strooischade – Een verkennen (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V., 31 juli 2009.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht – Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 19-48.

Bouckaert 1984

B. Bouckaert, *Recht op zoek naar economie? – Prolegomena tot een economische analyse van het recht*, Gent: Story-Scientia 1984.

Bowles 1982

R.A. Bowles, *Law and the Economy*, Oxford: Martin Robertson Publisher 1982.

Braams, Van Rijn & Scheltema 2010

W. Braams, A. van Rijn & M. Scheltema, 'Het recht van het klimaat – Klimaatverandering vanuit een juridisch perspectief', in: W. Braams, A. van Rijn & M. Scheltema (red.), *Klimaat en recht – Is het recht klaar voor klimaatverandering?*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1-19.

Braams, Van Rijn & Scheltema (red.) 2010

W. Braams, A. van Rijn & M. Scheltema (red.), *Klimaat en recht – Is het recht klaar voor klimaatverandering?*, Deventer: Kluwer 2010.

Brans e.a. 2010

E.H.P. Brans, J.H. Geerdink, M.S. Mehilal & E.J. Snijders-Storm, *Juridisch onderzoek vasthouden en bergen – Publiek- en privaatrechtelijke instrumenten voor het aanleggen en in onderhoud en beheer houden van open en alternatieve waterberging en van vasthoudmaatregelen*, Den Haag: Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn, 7 mei 2010.

Brans & Winterink 2012

E. Brans & K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?, Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 111-144.

Brenninkmeijer 2005

A. Brenninkmeijer, 'Nakoming van rechtsnormen: tussen orde en chaos', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren – Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 215-236.

Van den Broek 1999

G.M. van den Broek, 'Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?', *Bouwrecht* 1999, nr. 1, p. 1-12.

Van den Broek 2002

G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding – Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

Van den Broek 2007

G.M. van den Broek, 'Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb', *O&A* 2007, nr. 4, p. 119-128.

Van den Broek 2011

G.M. van den Broek, 'Wetsvoorstel nadeelcompensatie in de Awb – Geen all-in-one oplossing voor nadeelcompensatie bij bouw- en infrastructuurprojecten', *TBR* 2011, nr. 11, p. 984-994.

Van den Broek & Groothuijse 2008

G.M. van den Broek & F.A.G. Groothuijse, 'De schadevergoedingsregeling in de Waterwet', *O&A* 2008, nr. 3, p. 146-158.

Van den Broek & Hoekveld 2009

G.M. van den Broek & W.J. Hoekveld, 'De taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?', *O&A* 2009, nr. 1, p. 2-13.

Brölmann 2008

C.M. Brölmann, 'Mensenrecht op water biedt bescherming tegen waterafsluiting', *NJB* 2008, afl. 41, p. 2583-2586.

Geraadpleegde literatuur

Bröring 2005

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

De Bruijn & Klijn 2011

K. de Bruijn & F. Klijn, *Deltadijken: locaties waar deze het meest effectief slachtofferrisico's reduceren*, Deltares, rapportnr. 1202628-000, Delft, 14 april 2011.

Brown 1973

J.P. Brown, 'Toward an Economic Theory of Liability', *Journal of Legal Studies* 1973, vol. 2, p. 323-349.

Brunner 1981

C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *Verkeersrecht* 1981, p. 210-217.

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat – Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, zesde druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Busch 2010

D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

Busch 2011

D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Buuren 2007

P.J.J. van Buuren, 'De invloed van een (bouw)vergunning op aansprakelijkheid wegens onrechtmatige hinder', *BR* 2007, nr. 24, p. 89-94.

Van Buuren e.a. 2010

P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2010

Van Buuren, Edelenbos & Klijn 2010

A. van Buuren, J. Edelenbos & E. Klijn, *Gebiedsontwikkeling in woelig water – Over water governance bewegend tussen adaptief beheer en ruimtelijke besluitvorming*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Buuren & Laninga-Busch 2005

P.J.J. van Buuren & A.M. Laninga-Busch, 'Ruimte reserveren voor zones langs hoofdinfrastructuur en waterberging', *Bouwrecht* 2005, nr. 4, p. 281-288.

Calabresi 1961

G. Calabresi, 'Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts', *Yale Law Journal* 1961, nr. 70, p. 499-553.

Calabresi 1970

G. Calabresi, *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1970.

Calabresi 1977

G. Calabresi, *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, fifth printing, New Haven: Yale University Press 1977.

Calabresi & Melamed 1972

G. Calabresi & A.D. Melamed, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review* 1972, nr. 6, p. 1089-1128.

CAW 2004

Commissie van Advies inzake de Waterstaatswetgeving, *De kost gaat voor de baat uit – Juridische instrumenten om ruimte te reserveren voor waterstaatsdoeleinden*, November 2004.

Christoff 2008

P. Christoff, 'The Bali roadmap: Climate change, COP 13 and beyond', *Environmental Politics* 2008, nr. 3, p. 466-472.

Cléménçon 2008

R. Cléménçon, 'The Bali Road Map: A First Step on the Difficult Journey to a Post-Kyoto Protocol Agreement', *The Journal of Environment & Development* 2008, nr. 17, p. 70-94.

Coase 1960

R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* 1960, nr. 3, p. 1-44.

Commissie Waterbeheer 21^e eeuw 2000

Commissie Waterbeheer 21^e eeuw, *Waterbeleid voor de 21^e eeuw – Geef water de ruimte en de aandacht die het verdient*, Den Haag, 31 augustus 2000.

Cooter & Ulen 2008

R. Cooter & T. Ulen, *Law & Economics*, fifth edition, Boston: Pearson Addison Wesley 2008.

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Cozijnsen & Addink 1998

C.J.H. Cozijnsen & G.H. Addink, 'Het Kyoto-Protocol onder het Klimaatverdrag: over de inhoud, de uitvoering en de handhaving van afspraken', *Milieu & Recht* 1998, nr. 6, p. 152-159.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht – Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Geraadpleegde literatuur

Van Dam 2010

P.J.E.M. van Dam, *De amfibische cultuur – Een visie op watersnoodrampen* (oratie Amsterdam VU), te raadplegen via <http://deltamagazine.files.wordpress.com/2010/11/de-amfibische-cultuur_gedrukte-versie1.pdf>.

Van Dam 2012

P.J.E.M. van Dam, 'Overstromingen en culturele aanpassingen in historisch perspectief', *Water Governance* 2012, nr. 5, p. 10-17.

Damen e.a. 2009

L.J.A. Damen, H.E. Bröring, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, A.J.G.M. Montfoort, P. Nicolai, B.J. Schueler & H.B. Winter, *Bestuursrecht*, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Dari-Mattiacci, Garoupa & Gomez-Pomar 2010

G. Dari-Mattiacci, N. Garoupa & F. Gomez-Pomar, 'State Liability', *European Review of Private Law* 2010, nr. 4, ook te raadplegen op <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1590874>.

Depeldge 2008

J. Depledge, 'Crafting the Copenhagen Consensus: Some Reflections', *Review of European Community and International Environmental Law* 2008, nr. 2, p. 154-165.

Deltacommissie 2008

Commissie Veerman (Deltacommissie), *Samen werken met water – Een land dat leeft, bouwt aan zijn toekomst, Bevindingen van de Deltacommissie 2008*, Den Haag 2008.

Deltaprogramma 2011

Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Ministerie van Landbouw, Natuur en Visserij en Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, *Deltaprogramma 2011: Werk aan de delta – Investeren in een veilig en aantrekkelijk Nederland, nu en morgen*, 21 september 2010.

Deltaprogramma 2012

Ministerie van Infrastructuur en Milieu en Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Deltaprogramma 2012: Werk aan de delta – Maatregelen van nu, voorbereidingen voor morgen*, Den Haag, 20 september 2011.

Dessai & Van der Sluijs 2007

S. Dessai & J. van der Sluijs, *Uncertainty and Climate Change Adaptation – a Scoping Study*, Utrecht: Copernicus Institute for Sustainable Development and Innovation, december 2007.

Dewees, Duff & Trebilcock 1996

D. Dewees, D. Duff & M. Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the Facts Seriously*, New York: Oxford University Press 1996.

Van Dijk 2007

Ch.H. van Dijk, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde', *NJB* 2007, nr. 2333, p. 2861-2872.

Dijkstra & Visscher 2012

R.J. Dijkstra & L.T. Visscher, 'Aansprakelijkheidsbeperking van (markt)-toezichthouders: de weg naar beter toezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, nr. 4, p. 22-37.

Docters van Leeuwen & Korte 2009

A.W.H. Docters van Leeuwen & H.W.O.L.M. Korte, 'Toezichtsautoriteiten, in het bijzonder de AFM', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving – Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 335-355.

Driesprong 2006

A. Driesprong, 'Klimaatverandering, waterbeheer en juridica; een verkenning naar nationaal recht', in: S.T. Ramnewash-Oemrawsingh & T.P. de Kramer (red.), *Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005, Preadvies VMR 2006-4*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 215-240.

Driessen & Van Rijswijk 2011

P.P.J. Driessen & H.F.M.W. van Rijswijk, 'Normative aspects of climate adaptation policies', *Climate Law* 2011, nr. 2, p. 559-581.

Drion 1950

J. Drion, *Administratie contra rechter tot de intrekking van het Conflictenbesluit* (diss. Leiden), Den Haag: Martinus Nijhoff 1950.

Drion 1987

H. Drion, 'Vijftien jaar causaliteitsrechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden', *Verkeersrecht* 1987, p. 29 e.v.

Duk 1999

W. Duk, 'Recht en slecht', Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

EC 2006a

Commission of the European Communities, *Fourth National Communication from the European Community under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, COM(2006) 40 SEC(2006) 138, te raadplegen op <www.unfccc.int>.

EC 2006b

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Groenboek van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie*, COM(2006) 354 SEC(2007) 849.

EC 2009

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Witboek 'Aanpassing aan de klimaatverandering: naar een Europees actiekader'*, COM(2009) 147.

Ellison 2010

D. Ellison, 'Addressing Adaptation in the EU Policy Framework', in: E.C.H. Keskitalo (red.), *Developing Adaptation Policy and Practice in Europe: Multi-level Governance of Climate Change*, Springer 2010, p. 39-96.

Ekkelboom 2012

J. Ekkelboom, 'Dijk bij Woltersum op nippertje gered – Verbeteringen snel uitgevoerd', *Het Waterschap* 2012, nr. 2, p. 10-11.

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in:
E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11-48.

Engelhard e.a. 2009

E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW, nr. A15, Deventer: Kluwer 2008.

EPK Werkgroep II 2006

ECCP Working Group II 'Impacts and Adaptation', *Water Management Sectoral Report*, te raadplegen op <http://ec.europa.eu/clima/policies/eccp/second/stakeholder/docs/water_en.pdf>.

Van Ettekoven 2006

B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, nr. 1-2, p. 10-23.

Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema 2011

B.J. van Ettekoven, B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, 'Waarom makkelijk als het moeilijk kan? – Het vereiste van de processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie', *O&A* 2011, nr. 2, p. 58-68.

Van Ettekoven e.a. 2013

B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A van Rossum, B.J Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013, nr. 2, p. 49-101.

Faure 1991

M.G. Faure, 'Rechtseconomie en privaatrecht: kunnen rechtsregels bijdragen tot de reductie van ongevalskosten?', in: E.H. Hondius, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht – Kennismaking met een vakgebied in opkomst*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 51-93.

Faure & Van den Bergh 1989

M.G. Faure & R.J. van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Apeldoorn: MAKLU Uitgevers 1989.

Faure & Hartlief 2002

M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Faure & Nollkaemper 2007

M. Faure & P.A. Nollkaemper, 'International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change', *Stanford Journal of International Law* 2007, vol. 43, p. 123-179.

Faure & Peeters (red.) 2011

M. Faure & M. Peeters (red.), *Climate Change Liability*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011.

Faure & De Mot 2012

M.G. Faure & J. de Mot, 'Overheidsaansprakelijkheid: doelen en remedies', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 71-95.

Fennis 2012

R. Fennis, *Gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging – Een onderzoek naar de mogelijkheden van een gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging binnen de in Nederland en Europa erkende milieurechtelijke beginselen*, (scriptie Utrecht), 2012.

Fitzgerald 1990

J. Fitzgerald, 'The Intergovernmental Panel on Climate Change: Taking The First Steps Towards A Global Response', *Southern Illinois University Law Journal* 1990, nr. 14, p. 231-255.

Fleming 1998

J.R. Flemming, *Historical Perspectives on Climate Change*, Oxford: Oxford University Press 1998.

Franken 2008

A.Ch.H. Franken, 'Voorzorg: beginsel in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2008, nr. 1682, p. 2056-2060.

Franken 2010

A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – Een verkenning', *AVeS* 2010, nr. 25, p. 185-200.

Freestone & Hey 1996

D. Freestone & E. Hey, *The Precautionary Principle and International Law, Challenges of Implementation*, Den Haag: Kluwer Law International 1996.

Freestone & Salman 2007

D. Freestone & S.M.A. Salman, 'Ocean and freshwater resources', in: D. Bodansky & E. Hey (red.), *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 337-361.

Geerdink & Scheltema 2010

H. Geerdink & M. Scheltema, 'Klimaatverandering en (schade door) water', in: W. Braams, A. van Rijn & M. Scheltema (red.), *Klimaat en recht*, Deventer: Kluwer 2010.

De Geest 1994

G. de Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht – Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1994.

De Geest 2011

G. de Geest, *Who Should Be Immune from Tort Liability?*, Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 11-02-04, Washington University School of Law, St. Louis 2011, te raadplegen op <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1785797>.

Gelpke 2006

M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', *O&A* 2006, nr. 1-2, p. 2-9.

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2008

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland, *Westlands Water Nu en Later, Waterplan Gemeente Westland*, 23 juli 2008.

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011a

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland, *Verkenning oplossingsrichtingen Wateroverlast Westland – Op weg naar een gezamenlijke aanpak*, 15 april 2011.

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011b

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland, *Uitwerking gebiedsprocessen*, 16 augustus 2011.

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland 2011c

Gemeente Westland & Hoogheemraadschap van Delfland, *Programma 2012-2015 – Samen op weg naar uitvoering*, 8 december 2011.

De Gier, Gilissen & Van Rijswick 2011

A.A.J. de Gier, H.K. Gilissen & H.F.M.W. van Rijswick, *Grondwateronderlast in Woerden*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, 20 april 2011.

De Gier, Gupta & Van Rijswick 2009

A.A.J. de Gier, J. Gupta & H.F.M.W. van Rijswick, *State of the art on the Legal and Policy Literature on Adaptation to Climate Change: Towards a research agenda, Knowledge for climate report number Kfc001/09*, te raadplegen op <www.kennisvoorklimaat.nl> (> Kennistransfer > Kennisdocumentatie).

De Gier & Van Rijswick 2011a

A.A.J. de Gier & H.F.M.W. van Rijswick, *Aanleg bypass Kampen: projectplan of watervergunning? – Advies aan de provincie Overijssel over de aanleg van de bypass Kampen*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, 31 mei 2011.

De Gier & Van Rijswick 2011b

A.A.J. de Gier & H.F.M.W. van Rijswick, *Dijkteruglegging Lent: Projectplan, watervergunning of geen van beide? – Advies aan het waterschap Rivierenland inzake de te volgen waterstaatsrechtelijke procedure inzake project 'Dijkteruglegging Lent'*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, 10 juni 2011.

Giesen 2004

I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten – Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, Deventer: Kluwer 2004.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2008

I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking – Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht – Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181-208.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 307-329.

Giesen 2009a

I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley – Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 69-86.

Gilissen 2009

H.K. Gilissen, *Internationale en regionaal grensoverschrijdende samenwerking in het waterbeheer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Gilissen e.a. 2010

H.K. Gilissen, M. Kok, J. Edelenbos, H.F.M.W. van Rijswijk, P. Hillegers & G. Teisman, *Governance analysis case Noordwijk: 'weak links' along the coast*, Paper for the conference 'Deltas in Time of Climate Change' in Rotterdam, September 2010, te raadplegen op <<http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/centrumvoorumgevingsrechtenbeleid/publicaties/Documents/Governance%20analysis%20of%20the%20Noordwijk%20case%20september2010.pdf>>.

Gilissen & Van Rijswijk 2009

H.K. Gilissen en H.F.M.W. van Rijswijk, *Water en ruimte – De bescherming van watersysteembelangen in het ruimtelijk spoor*, Amsterdam: Berghausen Pont Publishing 2009.

Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010

H.K. Gilissen, H.F.M.W. van Rijswijk & A.A.J. de Gier, *De kwantitatieve wateropgave in sterk verharde gebieden – Verantwoordelijkheden en bevoegdheden van gemeenten en waterschappen*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, Universiteit Utrecht, 21 december 2010.

Gilissen, Robbe & Van Rijswick 2009

H.K. Gilissen, J. Robbe & H.F.M.W. van Rijswick, *De positie van het waterschap in gebiedsgericht beleid: wie betaalt bepaalt? – Advies over de juridische status en onderlinge afstemming van verschillende omgevingsrechtelijke plannen en instrumenten die een relatie hebben met het waterbeheer*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en –beleid, Universiteit Utrecht, 21 juli 2009.

Gilissen & Schueler 2012

H.K. Gilissen & B.J. Schueler, 'De invloed van dreigende overheidsaansprakelijkheid op adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse regionale watersysteembeheer', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, VMR 2012-1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 145-192.

Giorgi e.a. 2004

F. Giorgi, X. Bi & J. Pal, 'Mean, interannual variability and trends in a regional climate change experiment over Europe – II: climate change scenarios (2071–2100)', *Climate Dynamics* 2004, nr. 23, p. 839-858.

Van der Grinten 2007

J.H.A. van der Grinten, 'Vermeulen/Lekkerkerker: een springlevend uitgangspunt', *Jurisprudentie Milieurecht* 2007, nr. 9, p. 844-850.

Van der Grinten 2008

J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhangcriterium van Kuijpers/Valkenswaard', *O&A* 2008, nr. 5, p. 226-238.

Groothuijse 2009

F.A.G. Groothuijse, *Water weren – Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.

Groothuijse 2010

F.A.G. Groothuijse, 'Bergingsgebieden uniform geregeld in de Waterwet – De aanwijzing, aanleg, regulering en ingebruikname van bergingsgebieden onder de Waterwet', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010, nr. 9, p. 852-864.

Gupta 2007

J. Gupta, 'The Multi-level governance challenge of climate change', *Environmental Sciences* 2007, vol. 4, nr. 3, p. 131-137.

Hamer e.a. 2013

A.M. Keessen, J.M. Hamer, H.F.M.W. van Rijswick & M. Wiering, 'The Concept of Resilience from a Normative Perspective: Examples from Dutch Adaptation Strategies', *Ecology and Society* 2013, vol 18, nr. 2, art. 45, te raadplegen op <<http://www.ecologyandsociety.org/vol18/iss2/art45/>>.

Handgraaf & De Putter 2013

S. Handgraaf & P. de Putter, 'Jurisprudentie Waterwet 2011-2012', *TO* 2013, nr. 1, p. 33-38.

Harbo 2010

T. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal* 2010, nr. 2, p. 158-185.

Harmeling & Bals 2008

S. Harmeling & C. Bals, *Adaptation to climate change – Where do we go from Bali?*, Briefing Paper, te raadplegen op <www.germanwatch.org/klima/adapt08e.htm>.

Hartlief 1996

T. Hartlief, 'De aansprakelijkheid voor zaken', *BW-Krant Jaarboek 1996*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 201-225.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade – Enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden)*, Kluwer, Deventer 1997.

Hartlief 2005

T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?*, Diesrede ter gelegenheid van de 29^e Dies Natalis, Maastricht, te raadplegen op <<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3683>>.

Hartlief 2007

T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, nr. 15, p. 915.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht – Op weg naar een betere wereld?', *WPNR* 2008/6772, p. 769-777.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht: over schuld- en risicoaansprakelijkheid en de bijzondere positie van de overheid', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 201-234.

Havekes 2000

H.J.M. Havekes, 'Van Bargerbeek naar West-Friesland', *TMA* 2000, nr. 1, p. 8-11.

Havekes 2009

H.J.M. Havekes, *Functioneel decentraal waterbestuur: borging, bescherming en beweging – De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen vijftig jaar* (diss. Utrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Havekes & De Putter (red.) 2009

H.J.M. Havekes & P.J. de Putter (red.), *Wegwijzer Waterwet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Havekes & Van Rijswick 2010

H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Heesbeen, Van Vessem & Van Ravels 2007

A. van Heesbeen, J. van Vessem & B.P.M. van Ravels, *PKB Ruimte voor de Rivier en Schadevergoeding*, juni 2007.

Heger 2009

G.K. Heger, *Gemeentelijk waterbeheer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Hennekens 1993

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Hennekens 2000

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?', *Gst.* 2000, 7130, p. 569-575.

Hennekens 2001

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal*, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Hoitink 1998

J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht – Over de actualisering van milieuvergunningen* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Hoitink & Koetser 2007

J.E. Hoitink & M.B. Koetser, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? – Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraak onvoldoende houvast', *NTB* 2007, nr. 44, p. 334-343.

Hoitink & De Looij 2007

J.E. Hoitink & I.M.A.M. de Looij, *Nadeelcompensatie in beeld – Onderzoek in opdracht van het ministerie van VenW naar de mogelijkheid van harmonisatie van nadeelcompensatieregelingen*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007.

Den Hollander 2012a

P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2012, p. 297-326.

Den Hollander 2012b

P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling', *AA* 2012, nr. 6, p. 443-454.

Holzauer & Teijl 1989

R.W. Holzauer & R. Teijl, 'Rechtseconomie in Nederland', *Ars Aequi* 1989, nr. 4, p. 248-252.

Holzauer & Teijl 1995

R.W. Holzauer & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, tweede geheel herziene druk, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Hondius 2009

E.H. Hondius, 'De tanden van het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 51-63.

- Hondius, Schippers & Siegers (red.) 1991**
E.H. Hondius, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht – Kennismaking met een rechtsgebied in opkomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2003**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Beoordeling consequenties van zwaardere golfbelasting voor de waterkering*, juni 2003.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2005**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Startnotitie versterking zwakke schakel Noordwijk*, 3 mei 2005.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2006a**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Projectnota versterking zwakke schakel Noordwijk*, 30 juni 2006.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2006b**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Ontwerpversterkingsplan zwakke schakel Noordwijk*, 30 juni 2006.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2006c**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Nota van Beantwoording ontwerp-versterkingsplan zwakke schakel Noordwijk*, 18 december 2006.
- Hoogheemraadschap van Rijnland 2007**
Hoogheemraadschap van Rijnland, *Noordwijk – Dijk in de duinen*, februari 2007.
- Howarth 2009**
W. Howarth, 'Cost Recovery for Water Services and the Polluter Pays Principle', *ERA Forum* 2009, nr. 4, p. 565-587.
- Howarth 2009a**
W. Howarth, 'Aspirations and Realities under the Water Framework Directive: Proceduralisation, Participation and Practicalities', *Journal of Environmental Law* 2009, nr. 3, p. 391-417.
- Huijgen 1991**
W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid – Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Kluwer, Deventer 1991.
- Huitema e.a. 2009**
D. Huitema, E. Mostert, W. Egas, S. Moellenkamp, C. Pahl-Wostl & R. Yalcin, 'Adaptive water governance: assessing the institutional prescriptions of adaptive (co-)management from a governance perspective and defining a research agenda', *Ecology and Society* 2009, nr. 1, p. 26-44.
- Huitema & Kouwenhoven 2011**
D. Huitema & R. Kouwenhoven, *Wie is aan zet in het Nederlandse zoetwaterbeheer? – Modes of governance en beleidsinstrumenten bij klimaatverandering: een verkenning op basis van interviews met betrokkenen*, Amsterdam: Instituut voor Milieuvraagstukken, 28 september 2011.

Geraadpleegde literatuur

Humphreys (red.) 2010

S. Huphreys, *Human Rights and Climate Change*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Hunter, Salzman & Zaelke 2002

D. Hunter, J. Salzman & D. Zaelke, *International Environmental Policy*, 2nd edition, New York: Foundation Press 2002.

IPCC 1996

IPCC Second Assessment Report: Climate Change 1995.

IPCC 1996a

Second Assessment Report of Working Group II of the IPCC, Climate Change 1995: Impacts, Adaptation and Vulnerability.

IPCC 2001

IPCC Third Assessment Report: Climate Change 2001: Synthesis Report.

IPCC 2001a

Third Assessment Report of Working Group I of the IPCC, Climate Change 2001: The Scientific Basis.

IPCC 2001b

Third Assessment Report of Working Group II of the IPCC, Climate Change 2001: Impacts, Adaptation and Vulnerability.

IPCC 2007

IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Synthesis Report.

IPCC 2007a

Fourth Assessment Report of Working Group I of the IPCC, Climate Change 2007: The Physical Science Basis.

IPCC 2007b

Fourth Assessment Report of Working Group II of the IPCC, Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability.

IPCC 2007c

Fourth Assessment Report of Working Group III of the IPCC, Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change.

IPO 1999

Interprovinciaal Overleg, *IPO-Richtlijn ter bepaling van het veiligheidsniveau voor boezemkaden*, Den Haag, 30 november 1999.

Jäger 1992

J. Jäger, 'From conference to conference', *Climatic Change* 1992, nr. 2, p. iii-vii (editorial).

Janis, Kay & Bradley 2008

M.W. Janis, R.S. Kay & A.W. Bradley, *European human rights law: text and materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Jans & Vedder 2012

J.H. Jans & H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, 4th edition, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Janse & Van Rijswick 2012

W. Janse & H.F.M.W van Rijswick, 'De programmatische aanpak in het waterbeheer: een les voor de Omgevingswet?', *M&R* 2012, nr. 4, p. 242-253.

Jansen 2009

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Monografieën BW, B 45, Deventer: Kluwer 2009.

Jenks 1953

C.W. Jenks, 'Conflict of Law-Making Treaties', *The British Year Book of International Law* 1953, nr. 30, p. 401-453.

Jolls, Sunstein & Thaler 1998

C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', *Stanford Law Review* 1998, vol. 50, p. 1471-1550.

Jong 2006

P. Jong, 'Gemeentelijke watertaken en zorgplichten', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick (red.), *Weids water – Opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 303-329.

Jong 2009

P. Jong, 'Wateroverlast op straat: een juridische verkenning van een lokaal klimaatprobleem', in: N. Teesing (red.), *Juridische aspecten van klimaatverandering, Preadvies van de VMR-Werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 97-113.

Jurgens 2004

G.T.J.M. Jurgens, *Relativiteit in het bestuursrecht* (oratie Utrecht), Utrecht, 10 november 2004, te raadplegen op <<http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/Staatsenbestuursrecht/organisatie/Medewerkers/jurgens/Documents/oratie%20prof.%20G.T.J.M.%20Jurgens.pdf>>.

Jurgens, Duijkersloot & Widdershoven 2009

G.T.J.M. Jurgens, A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, 'Raakvlakken tussen bestuursrecht en privaatrecht op het terrein van de handhaving', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 121-145.

Kabinetsnota 2000

Kabinetsnota Anders omgaan met water – Waterbeleid voor de 21^e eeuw, Den Haag 2000.

Kane & Shogren 2000

S.M. Kane & J.F. Shogren, 'Linking adaptation and mitigation in climate change policy', *Climatic Change* 2000, nr. 45, p. 75-102.

Kanning & Kerkmeester 2008

W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en Recht*, tweede druk, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2008.

Geraadpleegde literatuur

Kates 1997

R.W. Kates, 'Climate Change 1995: Impacts, Adaptation and Mitigation', *Environment* 1997, nr. 9, p. 29-33.

Kates 2000

R.W. Kates, 'Cautionary tales: Adaptation and the global poor', *Climatic Change* 2000, nr. 45, p. 5-17.

Keessen e.a. 2010

A.M. Keessen, J.J.H. van Kempen, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe & Ch.W. Backes, 'European River Basin Districts: Are They Swimming in the Same Implementation Pool?', *Journal of Environmental Law* 2010, nr. 2, p. 197-222.

Keessen, Van Kempen & Van Rijswijk 2008

A.M. Keessen, J.J.H. van Kempen & H.F.M.W. van Rijswijk, 'Transboundary river basin management in Europe; Legal instruments to comply with European water management obligations in case of transboundary pollutions and floods', *Utrecht Law Review* 2008, nr. 3, p. 35-56.

Keessen & Van Rijswijk 2009

A.M. Keessen & H.F.M.W. van Rijswijk, 'Klimaatverandering en de bescherming van schaars water: regulering van watergebruik bij watertekorten in het Europese en Nederlandse waterrecht', in: N. Teesing (red.), *Juridische aspecten van klimaatverandering, Preadvies van de VMR-Werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 79-95.

Keessen & Van Rijswijk 2012

A.M. Keessen & H.F.M.W. van Rijswijk, 'Adaptation to Climate Change in European Water Law and Policy', *Utrecht Law Review* 2012, nr. 3, p. 38-50.

Keeton 1984

W.P. Keeton (& W.L. Prosser), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th Student edition, St. Paul (Minn.): West Pub. Co. 1984.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *De schadebeperkingsplicht – Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Serie Recht en Praktijk, nr. 127, Deventer: Kluwer 2003.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 95-104.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! – Grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak; inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 1-26.

Van Kempen 2012a

J.J.H. van Kempen, 'Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive', *Journal of Environmental Law* 2012, nr. 3, p. 499-533.

Van Kempen 2012b

J.J.H. van Kempen, *Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen? – Een juridische analyse van de Europese stroomgebiedbenadering in het licht van de grensoverschrijdende verontreiniging van water tussen lidstaten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Kerkmeester 1999

H.O. Kerkmeester, 'Een vergeten hoofdstuk uit het leven van W.F. Wertheim: zijn rechtseconomische proefschrift', *Recht der Werkelijkheid* 1999, nr. 1, p. 1-31.

Kerkmeester & Holzauer 1999

H.O. Kerkmeester & R.W. Holzauer, *Rechtseconomische annotaties – Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer, Deventer 1999.

Kiss & Shelton 2004

A.C. Kiss & D. Shelton, *International Environmental Law*, 3rd Edition, Ardsley (New York): Transnational Publishers Inc. 2004.

Klaassen 1991

C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid – De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Klein 2002

R.J.T. Klein, 'Adaptation to climate variability and change: what is optimal and appropriate?', in: C. Giupponi & M. Schechter (red.), *Climate Change in the Mediterranean: Socio-Economic Perspectives of Impacts, Vulnerability and Adaptation*, Cheltenham: Edward Elgar 2002, p. 32-47.

Klein & Möhner 2011

R.J.T. Klein & A. Möhner, 'The Political Dimension of Vulnerability: Implications for the Green Climate Fund', *IDS Bulletin* 2011, nr. 3, p. 15-22.

Klijn e.a. 2010

F. Klijn, J. Kwadijk, K. de Bruin & J. Huinink, *Overstromingsrisico's en droogterisico's in een veranderend klimaat – Verkenning van wegen naar een klimaatbestendig Nederland*, Deltares, rapportnr. 1002565-000, Delft, 1 oktober 2010.

Klijn & Bos 2010

F. Klijn & M. Bos, *Deltadijken: ruimtelijke implicaties – Effecten en kansen van het doorbraakvrij maken van primaire waterkeringen*, Deltares, rapportnr. 1201353-000, Delft, 22 november 2010.

Klostermann, Gupta & Biesbroek 2009

J. Klostermann, J. Gupta & R. Biesbroek, 'Multilevel klimaatbeleid in Nederland: mitigatie en adaptatie', *Bestuurskunde* 2009, nr. 4, p. 17-26.

Geraadpleegde literatuur

KNMI 2006a

Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, *KNMI Climate Change Scenarios 2006 for the Netherlands*, KNMI Scientific Report WR 2006-01, De Bilt, 22 mei 2006, te raadplegen op <<http://www.knmi.nl/klimaatscenarios/knmi06/WR23mei2006.pdf>>.

KNMI 2006b

Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, *Klimaat in de 21^e eeuw – Vier scenario's voor Nederland*, KNMI-Brochure, De Bilt, mei 2006.

KNMI 2008

Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, *De toestand van het klimaat in Nederland*, De Bilt: KNMI 2008.

KNMI 2009

Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, *Klimaatverandering in Nederland – Aanvullingen op de KNMI'06 klimaatscenario's*, KNMI-Brochure, De Bilt, juli 2009.

Knox 2009

J.H. Knox, 'Linking Human Rights and Climate Change at the United Nations', *Harvard Environmental Law Review* 2009, vol. 33, p. 477-498.

Koeman 1989

N.S.J. Koeman, *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR-advies 1989*, Alphen a/d Rijn 1989.

Koeman 2004

N.S.J. Koeman, 'Overheidsaansprakelijkheid in geval van niet-handelen, onder meer bij niet-handhaven', in: J.M.P. Janssen (red.), *Handhaving van het omgevingsrecht – Inleidingen op en verslag van een studiedag georganiseerd door het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam op 9 december 2003*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2004, p. 39-48.

Konijnenbelt 1971

W. Konijnenbelt, 'De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht', *Bestuurswetenschappen* 1971, nr. 5, p. 263 e.v.

Kooijmans 2003

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvucht*, Negende druk, Deventer: Kluwer 2003.

Kortmann 2004

C.N.J. Kortmann, 'De omkeringsregel, lees eerst de gebruiksaanwijzing', *O&A* 2004, nr. 6, p. 180-189.

Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Utrecht 2006.

Kortmann 2009

J. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009.

Kortmann & Sieburgh 2009

J. Kortmann & C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: A. Scheltema e.a., *Rechtshandhaving door het privaatrecht, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 249-302.

Köster 1963

H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid – De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1963.

Kramer & Sykes 1987

L. Kramer & A.O. Sykes, 'Municipal liability under Section 1983: a Legal and economic analysis', *Supreme Court Review* 1987, p. 249-301.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Utrecht), Kluwer, Deventer 2004.

Kroonenberg 2008

S. Kroonenberg, *De menselijke maat, de aarde over tienduizend jaar*, Twaalfde, uitgebreide druk, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas 2008.

Lagerweij-Duits 2008

Ch. Lagerweij-Duits, 'Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen', *NTB* 2008, nr. 4-5, p. 123-128.

Landes & Posner 1981

W.M. Landes & R.A. Posner, 'The Positive Economic Theory of Tort Law', *Georgia Law Review* 1981, vol. 15, p. 851-921.

Landes & Posner 1987

W.M. Landes & R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1987.

Lankhorst 1992

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Larmuseau (red.) 2007

I. Larmuseau, *Constitutional rights to an ecologically balanced environment*, V.V.O.R. Report 2007/2, Gent 2007.

Levinson 2000

D.J. Levinson, 'Making Governments Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs', *University of Chicago Law Review* 2000, vol. 67, nr. 2, p. 345-420.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Kluwer, Deventer 1998.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel I*, Monografieën BW, B 34, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak? – Annotatie bij HR 17 december 2010', *LJN BN6236, AA 2011*, nr. 3, p. 208-213.

Lindhout 2012

P.E. Lindhout, 'A Wider Notion of the Scope of Water Services in EU Water Law – Boosting Payment for Water-Related Ecosystem Services to Ensure Sustainable Water Management?', *Utrecht Law Review* 2012, nr. 3, p. 86-101.

Van Maanen 1996

G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19^e en 20^e eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi 1996.

Van Maanen 2003

G.E. van Maanen, 'De omkeringsregel revisited: 8000 legkippen en 22 fokzeugen', *NTBR* 2003, nr. 2, p. 111-116.

Van Maanen 2004

G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten – de ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *NJB* 2004, nr. 9, p. 787-794.

Van Maanen & De Lange 2005

G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Monografieën Privaatrecht 3, Deventer: Kluwer 2005.

Van Maanen & Schlössels 2004

G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding – Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004, nr. 7203, p. 139-144.

Mace 2005

M.J. Mace, 'Funding for Adaptation to Climate Change: UNFCCC and GEF Developments since COP-7', *Review of European Community and International Environmental Law* 2005, nr. 3, p. 225-246.

Mackaay 1980

E.J.P. Mackaay, 'Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade', *NJB* 1980, nr. 32, p. 813-825.

McEvoy, Lonsdale & Matczak 2008

D. McEvoy, K. Lonsdale & P. Matczak, *Adaptation and Mainstreaming of EU Climate Change Policy: An Actor-Based Perspective*, Centre for European Policy Studies, nr. 149, January 2008.

Meadows e.a. 1972

D.H. Meadows, D.L. Meadows, J. Randers & W.W. Behrens, *The Limits to growth; A report for the Club of Rome's project on the predicament for mankind*, New York: Universe Books 1972.

Mertens 2009

F. Mertens, 'Toezicht door inspecties', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving – Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 265-300.

Mertens 2012

K. Mertens, 'Aansprakelijkheid van de overheid voor klimaatverandering. Kan het EVRM een uitweg bieden? Een analyse voor Nederland en België', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, VMR 2012-1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 61-83.

Van der Meulen 1991

B.M.J. van der Meulen, 'De normering van het feitelijk handelen der overheid', *NTB* 1991, nr. 9, p. 267-278.

Michiels & Muller 2006

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving – Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

Middelkoop & Kwadijk 2001

H. Middelkoop & J.C.J. Kwadijk, 'Towards an integrated assessment of the implications of global change for water management – The Rhine experience, Physics and Chemistry of the Earth, Part B: Hydrology', *Oceans and Atmosphere* 2001, nr. 7-8, p. 553-560.

Ministerie van V&W 2000

Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *3e Kustnota – Traditie, Trends en Toekomst*, Den Haag, december 2000.

Ministerie van V&W 2010

Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Overstromingsrisico's op de kaart – Spoorboekje voor te maken kaarten in het kader van de nationale implementatie van de EU-Richtlijn Overstromingsrisico's*, Den Haag, 25 januari 2010.

MNP 2003

Milieu- en Natuurplanbureau van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, *Nuchter omgaan met risico's*, RIVM-rapport 251701047/2003, Bilthoven 2003.

MNP 2004

Milieu- en Natuurplanbureau van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, *Risico's in bedijkte termen*, RIVM-rapport 500799002, Bilthoven 2004.

Mok & Tjittes 1995

M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en aansprakelijkheid', *RMThemis* 1995, nr. 9, p. 383-404.

Moss 2008

B. Moss, 'The Water Framework Directive: Total environment or political compromise?', *Science of the Total Environment* 2008, p. 32-41.

Mowbray 2004

A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004.

NAS 2007

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Ministerie van Economische Zaken, Interprovinciaal Overleg, Vereniging van Nederlandse Gemeenten, en Unie van Waterschappen, *Maak ruimte voor klimaat! – Nationale adaptatiestrategie; de beleidsnotitie*, Den Haag, november 2007.

Nentjes 1987

A. Nentjes, *De economie van het recht*, Groningen 1987.

Nerlich 2010

B. Nerlich, “Climategate”: Paradoxical Metaphors and Political Paralysis’, *Environmental Values* 2010, nr. 4, p. 419-442.

Newell & Paterson 1996

P. Newell & M. Paterson, ‘From Geneva to Kyoto: The second conference of the parties to the UN framework convention on climate change’, *Environmental Politics* 1996, nr. 4, p. 729-735.

Nieuwenhuis 1997

J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het Pikmeer – Bezwaren tegen de geest van het postmoderne aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

Niskanen 1971

W.A. Niskanen Jr., *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: Aldine-Atherton 1971.

Van Nispen 1988

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW, nr. A 11, Deventer: Kluwer 1988.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW, nr. A 11, tweede, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2003.

Nollkaemper 1999

P.A. Nollkaemper, ‘Beschermd rechtsbelangen in het internationale waterrecht’, *Ars Aequi* 1999, nr. 5, p. 413-418.

Nollkaemper 2007

P.A. Nollkaemper, ‘Internationale aansprakelijkheid voor klimaatverandering’, *NJB* 2007, nr. 45/46, p. 2873-2879.

Nollkaemper & De Villeneuve 2007

P.A. Nollkaemper & C.H.V. de Villeneuve, ‘Recht van internationale waterlopen’, in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 769-799.

Nordhaus 1994

W.D. Nordhaus, *Managing the Global Commons: The Economics of Climate Change*, Cambridge: Massachusetts Institute of Technology 1994.

Oberthür 2011

S. Oberthür, ‘Global Climate Governance after Cancun: Options for EU Leadership’, *The International Spectator* 2011, nr. 1, p. 5-13.

Oemrawsingh 2008

S.T. Oemrawsingh, *Human rights and the environment interlocked: dealing with environmental problems in a human rights setting* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2008.

Okkerse 2012

C.A. Okkerse, 'Volkenrechtelijke aansprakelijkheid voor schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?, Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 17-44.

Oldenhuis 2011

F.T. Oldenhuis, 'Hoge Raad zet in Wilnis-zaak rem op te ruime risicoaansprakelijkheid', *NJB* 2011, nr. 11, p. 668-672.

Van Ommeren 2003

F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.

Ortlep 2011

R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Utrecht 2011.

Ott, Sterk & Watanabe 2008

H. Ott, W. Sterk & R. Watanabe, 'The Bali roadmap: new horizons for global climate policy', *Climate Policy* 2008, nr. 8, p. 91-95.

Den Ouden 2010

W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen – Eens gegeven blijft gegeven?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715.

Paijmans 2013

B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen – De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013.

Parry, Carter & Hulme 1996

M.L. Parry, T.R. Carter & M. Hulme, 'What is a dangerous climate change?', *Global Environmental Change* 1996, nr. 1, p. 1-6.

PBL 2011

Planbureau voor de Leefomgeving, *Een delta in beweging – Bouwstenen voor een klimaatbestendige ontwikkeling van Nederland*, Den Haag: PBL 2011.

Peeters 2009

M.G.W.M. Peeters, *Met recht naar klimaatbescherming – Over de rol van het recht en de markt voor het klimaatbeleid* (oratie Maastricht), Groningen: Europa Law Publishing 2009.

Peeters & Van Asselt 2010

M.G.W.M. Peeters & H.D. van Asselt, *Klimaatwetgeving in Nederland – Stand van zaken anno 2010 (Hoofdrapport)*, STEM publicatie 2010/2, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving, 26 maart 2010, te raadplegen op <<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=20848>>.

Pelamonia & Keessen 2012

J. Pelamonia & A.M. Keessen, 'Adaptatie aan klimaatverandering: de regulering van ontziltingsinstallaties ten behoeve van de zoetwatervoorziening', *M&R* 2012, nr. 8, p. 544-553.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijderfeld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer – Genoegdoening in het strafrecht en burgerlijk recht (Preadvies NJV 2003)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 107-161.

Pielke 1998

R.A. Pielke, 'Rethinking the role of adaptation in climate policy', *Global Environmental Change* 1998, nr. 2, p. 159-170.

Pigou 1932

A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, 4th edition, Londen: Macmillan and Co. 1932.

Pilifosova 2000

O. Pilifosova, 'Where is adaptation going in the UNFCCC?', in: *Proceedings of SURVAS Expert Workshop on: "African Vulnerability & Adaptation to Impacts of Accelerated Sea-Level Rise (ASLR)"*, Enfield: SURVAS, Middlesex University 2000.

Polak 2002

J.E.M. Polak, 'Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in het bijzonder', *Bouwwrecht* 2002, nr. 2, p. 114-127.

Polak e.a. 2008

J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, nr. 2A, p. 101-126.

Polak 2012

J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets apart? – In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150.

Polinsky & Shavell 2007

A.M. Polinsky & S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Volume 1, Amsterdam/Oxford: Elsevier 2007.

Poortvliet & Driesprong 2006

S. Poortvliet & A. Driesprong, 'De waterbeheerder in het veiligheidsbestuur', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Weids Water – Opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 71-85.

Posner 1972

R.A. Posner, 'A Theory of Negligence', *Journal of Legal Studies* 1972, vol. 1, p. 29-96.

Posner 1973

R.A. Posner, 'Strict Liability: A Comment', *Journal of Legal Studies* 1973, vol. 2, p. 205-221.

Posner 2007

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, seventh edition, New York: Aspen Publishers 2007.

Posner & Sykes 2007

E.A. Posner & A.O. Sykes, 'An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law', *American Law and Economics Review* 2007, vol. 9, nr. 1, p. 72-134.

Raad van Europa 2006

Council of Europe, *Manual on human rights and the environment, Principles emerging from the case-law of the European Court of Human Rights* 2006.

Räisänen e.a. 2004

J. Räisänen, U. Hansson, A. Ullerstig, R. Döscher, L.P. Graham, C. Jones, M. Meier, P. Samuelsson & U. Willén, 'European climate in the late 21st century: regional simulations with two driving global models and two forcing scenarios', *Climate Dynamics* 2004, nr. 22, p. 13-31.

Ramnewash-Oemrawsingh & De Kramer (red.) 2006

S.T. Ramnewash-Oemrawsingh & T.P. de Kramer (red.), *Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005, Preadvies VMR 2006-4*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Ravels 2002

B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg – Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, p. 261-422.

Van Ravels 2005a

B.P.M. van Ravels, 'De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: een grensverkenning', in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman & G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 73-96.

Van Ravels 2005b

B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid – De betekenis van het begrip voorzienbaarheid voor verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht (deel 32), Deventer: Kluwer 2005.

Geraadpleegde literatuur

Van Ravels 2006

B.P.M. van Ravels, 'Bergingsgebieden, schadevergoeding en de Waterwet', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick, *Weids water – Opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 207-253.

Van Ravels 2008

B.P.M. van Ravels, 'De nieuwe redelijkheid bij de tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2008, nr. 3, p. 128-145.

Van Ravels 2009

B.P.M. van Ravels, 'Het nadeelcompensatiedoolhof – Een beschouwing over procedurele wegen die tot nadeelcompensatie kunnen leiden', *JBplus* 2009, nr. 3, p. 130-161.

Van Rijswick 2006

H.F.M.W. van Rijswick, 'Klimaatverandering en water; biedt het voorontwerp Waterwet voldoende instrumenten voor adaptief waterbeheer?', in: S.T. Ramnewash-Oemrawsingh & T.P. de Kramer (red.), *Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005, Preadvies VMR 2006-4*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 267-282.

Van Rijswick 2007

H.F.M.W. van Rijswick, 'De Waterwet in relatie tot andere delen van het omgevingsrecht', in: N. Teesing (red.), *De nieuwe Waterwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 23-40.

Van Rijswick 2008

H.F.M.W. van Rijswick, *Bewegend water – Over de verdeling van waterrechten en waterplichten binnen stroomgebieden in het Europese en Nederlandse recht* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2008.

Van Rijswick (red.) 2008

H.F.M.W. van Rijswick (red.), *EG-recht en de praktijk van het waterbeheer*, Utrecht: STOWA 2008.

Van Rijswick 2009

H.F.M.W. van Rijswick, 'Wie is de waterbeheerder en wat moet hij doen? – Taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de waterbeheerder in de Waterwet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2009, nr. 4, p. 164-177.

Van Rijswick 2011a

H.F.M.W. van Rijswick, *Aanleg, wijziging of verplaatsing waterkering: projectplan of watervergunning? – Advies aan de provincie Limburg over de wijziging/verplaatsing van een waterkering in Blerick*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, 24 februari 2011.

Van Rijswick 2011b

H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 133-158.

Van Rijswick, Gilissen & Van Kempen 2010

H.F.M.W. van Rijswick, H.K. Gilissen & J.J.H. van Kempen, 'The need for international and regional transboundary cooperation in European River basin management as a result of new approaches in EC water law', *ERA Forum* 2010, nr. 1, p. 129-157.

Van Rijswick & Havekes 2012

H.F.M.W. van Rijswick & H.J.M. Havekes, *European and Dutch Water Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Van Rijswick & Robbe 2011

H.F.M.W. van Rijswick & J. Robbe, *Juridische instrumenten voor de zoetwatervoorziening – Onderzoek in opdracht van RWS Waterdienst ten behoeve van het Deelprogramma Zoetwater*, Utrecht: Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, september 2011.

RIVM 2004

Rijksinstituut voor de Volksgezondheid en Milieu, *Risico's in bedijkte termen – Een thematische evaluatie van het Nederlandse veiligheidsbeleid tegen overstromen*, RIVM-rapport 500799002/2004, Bilthoven, mei 2004.

Robesin 2012

M.A. Robesin, 'Who done it? Multicausaliteit en klimaatschade', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?, Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2012, p. 193-201.

Roosendaal 2003

B.J.P.G. Roosendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', *O&A* 2003, p. 149-159.

Van Rossum 2001

A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Sadeleer 2005

N. de Sadeleer, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Sands 1992

P. Sands, 'The United Nations Framework Convention on Climate Change', *Review of European Community and International Environmental Law* 1992, nr. 3, p. 270-277.

Sands 2003

P. Sands, *Principles of international environmental law*, 2nd Edition, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Sands & Peel

P. Sands & J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Schaap 2010

S. Schaap, *Klimaat en overstroming – Een verleidelijk verband* (oratie Delft), Delft: TU Delft 2010.

Geraadpleegde literatuur

Schäfer & Ott 1986

H.B. Schäfer & C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*,
Berlijn: Springer 1986.

Van Schellen 1972

J. van Schellen, *Juridische causaliteit – Een onderzoek naar het
oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Amsterdam
UvA), Deventer: Kluwer 1972.

Van Schellen 1985

J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*,
Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Scheltema & Scheltema 2008

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht – Wisselwerking
tussen publiek- en privaatrecht*, tweede druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Schild & De Jongh 2007

A.J.P. Schild & J.M. de Jongh, 'Relativiteit bij overheidsaansprakelijkheid',
O&A 2007, nr. 5, p. 144-154.

Schipper 2004

E.L.F. Schipper, *Exploring Adaptation to Climate Change: A Development
Perspective*, (diss. Norwich) University of East Anglia, 2004.

Schipper 2006

E.L.F. Schipper, 'Conceptual History of Adaptation in the UNFCCC Process',
Review of European Community and International Environmental Law 2006,
nr. 1, p. 82-92.

Schipper & Boyd 2006

E.L.F. Schipper & E. Boyd, 'UNFCCC COP-11 and COP/MOP-1, At Last, Some
Hope?', *Journal of Environment and Development* 2006, nr. 1, p. 75-90.

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Monografieën Awb, deel A-9, Deventer:
Kluwer 2004.

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, zesde,
geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2010.

Schrijvers 2012

S. Schrijvers, *Elke druppel water benutten*, (scriptie Utrecht), 2012 (er volgt nog
een publicatie).

Schueler 2002

B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen – De verplichting tot
nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige
overheidsdaad*, VAR-reeks 128, p. 91-197.

Schueler 2005

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb – Aansprakelijkheid voor appellabele
besluiten*, Monografieën Awb, deel B-7, Deventer: Kluwer 2005.

Schueler 2005a

B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en de gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 165-186.

Schueler 2009

B.J. Schueler, 'Het vernieuwde voorzorgsbeginsel als toetsingsmaatstaf voor de bestuursrechter', in: N. Teesing (red.), *Bij twijfel (niet) doen? – Over de invulling van het voorzorgsbeginsel en het omgaan met onzekerheden*, VMR 2009-3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 15-30.

Schueler 2010

B.J. Schueler, 'De relativiteitseis: sneller of beter?', *TBR* 2010, nr. 1, p. 35-41.

Schueler 2011a

B.J. Schueler, 'Het gaat u om iets anders – Het relativiteitsvereiste toegepast', in: A.A.J. de Gier, G.T.J.M. Jurgens, H.F.M.W. van Rijswick, J. Robbe & B.J. Schueler (red.), *Goed verdedigbaar – Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 159-174.

Schueler 2011b

B.J. Schueler, 'Een relativiteitsleer in wording', *NTB* 2011, nr. 9, p. 265-271.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009.

Shavell 2004

S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2004.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Simma 1985

B. Simma, 'Self-Contained Regimes', *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, nr. 16, p. 111-136.

Simma & Pulkowski 2006

B. Simma & D. Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', *European Journal of International Law* 2006, nr. 3, p. 483-529.

Smit e.a. 2000

B. Smit, I. Burton, R.J.T. Klein & J. Wandel, 'An Anatomy of Adaptation to Climate Change and Variability', *Climatic Change* 2000, nr. 45, p. 223-251.

Soons 1989

A.H.A. Soons, *Zeegrenzen en zeespiegelrijzing : volkenrechtelijke beschouwingen over de effecten van het stijgen van de zeespiegel op grenzen in zee* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Spence e.a. 2008

C. Spence, K. Kulovesi, M. Gutiérrez & M. Muñoz, 'Great Expectations: Understanding Bali and the Climate Change Negotiations Process', *Review of European Community and International Environmental Law* 2008, nr. 2, p. 142-153.

Geraadpleegde literatuur

Spier 1981

J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1981.

Spier 2008

J. Spier, 'Het WRR-rapport Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts', *NJB* 2008, nr. 40, p. 2521-2525.

Spier e.a. 2006

J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2006.

Spier e.a. 2012

J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2012.

Sterk 1994

C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar aansprakelijkheid voor zaken, stoffen en motorrijtuigen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994.

Stokke, Hovi & Ulfstein 2005

O.S. Stokke, J. Hovi & G. Ulfstein, *Implementing the Climate Regime, International Compliance*, Londen: Earthscan 2005.

STOWA 2004

STOWA, *Overzicht normen veiligheid en wateroverlast*, Rapport nr. 2004-05.

STOWA 2004a

STOWA, *Droogteonderzoek veenkaden*, Rapport nr. 2004-02.

STOWA 2004b

STOWA, *Veiligheid van veenkaden: denkbare (nood)maatregelen*, Rapport nr. 2004-18.

STOWA 2004c

STOWA, *Inspectietechnieken voor droge veenkaden*, Rapport nr. 2004-35.

STOWA 2004d

STOWA, *Aandachtsgebieden veenkaden*, Rapport nr. 2004-36.

STOWA 2004e

STOWA, *Stabiliteit van veenkaden tijdens droogte: case studie*, Rapport nr. 2004-37.

STOWA 2004f

STOWA, *Natuurlijke herbevochtiging van verdroogde veenkaden*, Rapport nr. 2004-38.

STOWA 2005a

STOWA, *Droogteonderzoek veenkaden*, Rapport nr. 2005-02.

STOWA 2005b

STOWA, *Naar een draaiboek voor droogtegevoelige kaden*, Rapport nr. 2005-03.

STOWA 2011

STOWA, *Normering van de belastingsituatie droogte – Een gestandaardiseerde methode om periodes van droogte en natheid weer te geven*, Rapport nr. 2001-w05.

Sultana & Loftus 2012

F. Sultana & A. Loftus (red.), *The Right to Water – Politics, governance and social struggles*, Londen: Earthscan 2012.

Swart e.a. 2009

R. Swart, R. Biesbroek, S. Binnerup, T.R. Carter, C. Cowan, T. Henrichs, S. Loquen, H. Mela, M. Morecroft, M. Reese & D. Rey, *Europe Adapts to Climate Change – Comparing National Adaptation Strategies*, PEER Report no. 1, Helsinki: Partnership for European Environmental Research 2009.

Tak 1997

A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1997.

Tangen 1999

K. Tangen, 'The climate change negotiations: Buenos Aires and beyond', *Global environmental Change* 1999, nr. 9, p. 175-178.

Teesing (red.) 2009

N. Teesing (red.), *Juridische aspecten van klimaatverandering, Preadvies van de VMR-Werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Teesing (red.) 2012

N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?, Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Teijl & Holzhauser 1995

R. Teijl & R.W. Holzhauser, 'The Impact of the Austrian School on Law & Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (red.), *Essays in Law and Economics II*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1995, p. 247-266.

Teijl & Holzhauser 1997

R. Teijl & R.W. Holzhauser, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1997.

Termeer e.a. 2011

C. Termeer, A. Dewulf, H. van Rijswick, A. van Buuren, D. Huitema, S. Meijerink, T. Hayer & M. Wiering, 'The regional governance of climate adaptation: A framework for developing legitimate, effective, and resilient governance arrangements', *Climate Law* 2011, nr. 2, p. 159-179.

Tjepkema 2004

M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel – Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *O&A* 2004, nr. 1, p. 12-22.

Tjepkema 2005

M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen – Waarom er nog toekomst is voor het onzelfstandig schadebesluit', in: W. den Ouden e.a. (red.), *Recht realiseren – Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 237-278.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel – Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Geraadpleegde literatuur

Tjittes 1998

R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een minder zware overheidsaansprakelijkheid?', *NTBR* 1998, nr. 4, p. 100-105.

Tol & Verheyen 2004

S. Tol & R. Verheyen, 'State Responsibility and Compensation for Climate Change Damage – Legal and economic assessment', *Energy Policy* 2004, vol. 32, p. 1109-1130.

Tridimas 2006

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Trouwborst 2002

A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Trouwborst 2006

A. Trouwborst, *Precautionary rights and duties of states* (diss. Utrecht), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Trouwborst 2007

A. Trouwborst, 'De harde kern van het voorzorgsbeginsel', *M&R* 2007, nr. 4, p. 198-205.

Tyler 2006

T.R. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton: Princeton University Press 2006.

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, 'Strooischade – Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen', Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Uitenboogaart e.a. 2009

Y. Uitenboogaart, J.J.H. van Kempen, M. Wiering & H.F.M.W. van Rijswick (red.), *Dealing with complexity and policy discretion – The implementation of the Water Framework Directive in five Member States*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Unnerstall 2007

H. Unnerstall, 'The Principle of Full Cost Recovery in the EU-Water Framework Directive – Genesis and Content', *Journal of Environmental Law* 2007, nr. 1, p. 29-42.

UvW 2004

Unie van Waterschappen, *Visie op regionale waterkeringen*, Den Haag: UvW, juni 2004.

Ten Veen 2006

A. ten Veen, 'De Wet Dwangsom en Direct Beroep: het antwoord op niet tijdig beslissen en het einde van de Lex Silencio?', *O&A* 2006, nr. 3, p. 63-73.

Van Velthoven 2009

B.C.J. van Velthoven, 'Empirics of tort', in: M. Faure (red.), *Tort Law and Economics – Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd edition, vol. 1, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 453-498.

Verheij 1999

N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.C.J. de Moor-Van Vught, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn*, VAR-reeks nr. 122, Alphen a/d Rijn 1999, p. 7-73.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Monografieën Privaatrecht deel 4, Deventer: Kluwer 2005.

Verheyen 2002

R. Verheyen, 'Adaptation to the Impacts of Anthropogenic Climate Change – The International Legal Framework', *Review of European Community and International Environmental Law* 2002, nr. 2, p. 129-143.

Verheyen 2005

R. Verheyen, *Climate Change Damage and International Law, Prevention Duties and State Responsibility*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2005.

Verschuuren 1993

J.M. Verschuuren, *Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu* (diss. Tilburg), Zwolle 1993.

Verschuuren 2006

J.M. Verschuuren, 'Recht op water', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Weids Water – Opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 427-440.

Visscher 2002

L.T. Visscher, 'De preventieve werking van het onrechtmatige-daadsrecht – Empirisch onderzoek naar de werking van aansprakelijkheidsregels', *Recht der Werkelijkheid* 2002, nr. 1, p. 59-74.

Visscher 2006

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Visscher 2009

L.T. Visscher, 'Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht – Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 65-94.

VNG & UvW 2004

Vereniging van Nederlandse Gemeente & Unie van Waterschappen, *Handreiking stedelijk waterplan*, Den Haag 2004.

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2005.

VROM 2005

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, *Fourth Netherlands' National Communication under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, Den Haag 2005, te raadplegen op <www.unfccc.int>.

VROM/BuZa 2008

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer & Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Brochure over mensenrechten & milieu, Beginselen uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2008*.

VVM 2009

Vereniging voor Milieurecht, N. Teesing (red.), *Juridische aspecten van klimaatverandering, Preadvies van de Werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Wertheim 1930

W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1930.

Wiggers-Rust 2011

L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht – Eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Wiggers-Rust 2012

L.F. Wiggers-Rust, 'Slotbeschouwing', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?, Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 203-215.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 15^e druk, Amsterdam: Reed Business 2011.

Wilbanks e.a. 2003

T.J. Wilbanks, S.M. Kane, P.N. Leiby, R.D. Perlack, C. Settle, J.F. Shogren & J.B. Smith, 'Possible Responses to Climate Change; Integrating mitigation and adaptation', *Environment* 2003, nr. 5, p. 28-38.

WRR 2006

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Klimaatstrategie – Tussen ambitie en realisme*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.

WRR 2008

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid – Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

Yamin 1998

F. Yamin, 'The Kyoto Protocol: Origins, Assessment and Future Challenges', *Review of European Community and International Environmental Law* 1998, nr. 2, p. 113-127.

≈ Jurisprudentieregister

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 23 september 1982, A 52 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*)
EHRM 21 februari 1986, A 98 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102, AB 1986, 1 (*Bentham/Nederland*)
EHRM 19 december 1989, A 160 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*)
EHRM 29 april 1999, NJ 1999, 649 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*)
EHRM 2000, NJ 2000, 571 (*Beyeler/Italië*)
EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 m.nt. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*)
EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Budayeva/Rusland*)
EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Tatar/Roemenië*)
EHRM 15 december 2009, EHRC 2010/16 (*Kalender/Turkije*)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

- HvJEG 15 juli 1964, zaak 6/64, Jur. 1964, p. 1199 (*Costa/ENEL*)
HvJEG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357 (*Francovich*)
HvJEG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*)

Hoge Raad

- HR 22 mei en 28 juni 1863, W 2499 (*Zuidplaspolder*)
HR 21 juni 1872, Ned. Regtspraak, deel 101, p. 195-205
HR 29 mei 1896, W. 6817 (*Vrouwe Elske*)
HR 21 april 1898, W. 7116 (*Rhedense Koe*)
HR 10 mei 1901, W. 7606 (*Rotterdamse Huizen*)
HR 9 mei 1902, W. 7766 (*Baron van der Borch van Verwolde*)
HR 14 januari 1914, NJ 1914, p. 497 (*Krul/Joosten*)
HR 31 december 1915, NJ 1915, 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*)
HR 31 januari 1919, W. 10365 m.nt. Molengraaf (*Lindenbaum/Cohen*)
HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161
HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (*Ostermann I*)
HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1138 m.nt. EMM (*Strooppot*)
HR 23 november 1939, NJ 1940, 242 m.nt. EMM (*Zuiderhaven*)
HR 5 mei 1933, NJ 1933, 875 m.nt. EMM (*Meerboei 60*)
HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570 m.nt. E.M. Meijers (*Voortse Stroom*)

HR 31 december 1937, NJ 1938, 517 m.nt. E.M. Meijers (*Unitas*)
HR 20 december 1940, NJ 1941, 365 m.nt. EMM
HR 3 april 1947, NJ 1947, 381 m.nt. EMM (*Loosrechtse buitenhuis*)
HR 19 december 1952, NJ 1952, 642 m.nt. PhANH (*Voortse Stroom VII*)
HR 14 november 1958, NJ 1959, 15 m.nt. L.E.H. Rutten (*Clifford Kocq van Breugel/
Van Romunde*)
HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (*Prof. Van den Bergh/Staat*)
HR 4 januari 1962 en 4 januari 1963, NJ 1964, 203 en 204 m.nt. JHB (*Landsmeer*)
HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82 m.nt. Beekhuis (*EZH/Bailey*)
HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 m.nt. GJS (*Willemse*)
HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*)
HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 (*Pocketbooks II*)
HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 m.nt. GJS (*Waterwingebied*)
HR 9 juni 1971, W 3340 (*Stad Vlissingen I*)
HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m.nt. GJS, AB 1972, 193 m.nt. Scholten (*Vermeulen/
Lekkerkerker*)
HR 28 februari 1975, NJ 1975, 423 (*Van Breugel/Woerden*)
HR 19 december 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS
HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (*Van Hees/Esbeek*)
HR 25 november 1977, AB 1978, 1 m.nt. JRSt, NJ 1978, 255 m.nt. MS, AA 1978, 361
m.nt. Jeukens (*Loosrechtse Plassenschap*)
HR 15 juni 1979, NJ 1980, 261 m.nt. MS (*Grubbenvorst/Caldenbroich*)
HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS (*Versluis/Ziekenzorg*)
HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 m.nt. Brunner, AB 1981, 264 m.nt. Stellinga
(*Hinderende houthandel*)
HR 30 januari 1981, NJ 1982, 55 (*Zevenaar/De Wingerd*)
HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (*Heesch/Reijs*)
HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m.nt. CJHB (*Breda/Nijs*)
HR 9 oktober 1981, NJ 1981, 332 m.nt. CJHB, AB 1982, 49 m.nt. J.G. Steenbeek
(*Bargerbeek/Juurlink*)
HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (*Natronloog*)
HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252 m.nt. JAB (*Grote Luyk*)
HR 6 mei 1983, NJ 1984, 361; en HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252
HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (*Meppelse ree*)
HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (*St. Oedenrode/Driessen*)
HR 21 december 1984, NJ 1985, 904 m.nt. MS (*Gielen/Grathem*)
HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 m.nt. CJHB (*Joe/Chicago Bridge*)
HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (*Henderson/Gibbs*)
HR 22 november 1985, NJ 1986, 722 m.nt. MS (*Super Doe*)
HR 22 november 1985, AB 1986, 245 m.nt. Van Ballegooij, BR 1986, p. 225 m.nt.
Koeman (*V&D-Super Doe/Groningen*)
HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 m.nt. MS (*Staat/Van Gelder Papier*)
HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS, AB 1986, 573 m.nt. FHvdB, AA 1986, 642
m.nt. Hennekens (*Heesch/Van den Akker*)

HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 (*Landbouwwliegers*)
HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS (*Hoffmann-La Roche/Staat*)
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (*Edamse bijstandsvrouw*)
HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 m.nt. MS (*Blaricum/Roozen*)
HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS (*Nibourg/Zuidwolde*)
HR 6 februari 1987, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB (*Aral/Den Haag*)
HR 27 februari 1987, NJ 1987, 584 (*Van der Peijl/Erasmus College*)
HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/IKON*)
HR 10 april 1987, AB 1987, 336, NJ 1988, 148 m.nt. WHH (*GCN/Nieuwegein I*)
HR 13 november 1987, NJ 1988, 210 m.nt. Van der Grinten (*AGO/NCB*)
HR 20 november 1987, AB 1988, 117 (*Montenegro/Staat*)
HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB (*ABP/Van Stuyvenberg*)
HR 11 november 1988, AB 1989, 81, Gst. 6875, 2 (*EKRO/Staat*)
HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89 m.nt. CJHB (*Verboom/Staat*)
HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, AA 1989, p. 578 m.nt. Hirsch-Ballin (*Harmonisatiewet*)
HR 16 juni 1989, NJ 1990, 214 m.nt. MS (*Helmond/Ottenheijm*)
HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441 (*Kennis/Budel*)
HR 17 november 1989, NJ 1990, 746 m.nt. JBMV (*Velzen/De Waard*)
HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB (*Staat/Vermaat*)
HR 2 februari 1990, AB 1990, 223 m.nt. Kleijn, NJ 1993, 635 m.nt. MS, AA 1990, p. 459 m.nt. Drupsteen, BR 1991, p. 137, Gst. 6915, 6 m.nt. Damen (*Staat/Bolsius*)
HR 25 mei 1990, NJ 1990, 577 (*Boukes/Schuurmans*)
HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 m.nt. MS (*Vastgoed/Staat*)
HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (*Rebecca Visser*)
HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 m.nt. F.H. van der Burg (*Leffers*)
HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 (*Aalscholwers*)
HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476 (*Van Tol/De Jong*)
HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB, AB 1992, 290 (*Van Gog/Nederweert*)
HR 28 februari 1992, AB 1992, 301 m.nt. FHvdB, NJ 1992, 687 m.nt. MS, Gst. 1992, 6952, 6 m.nt. Damen, TAR 1992, 86 (*Changoe*)
HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (*Bussluis*)
HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (*Zeeland/Hoondert*)
HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*)
HR 10 augustus 1992, NJ 1993, 636 m.nt. MS (*M./Roosendaal en Nispen*)
HR 5 februari 1993, AB1993, 239 m.nt. FHvdB (*Algemene welzijnsvereenkomst Rotterdam*)
HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641, AB 1993, 503 m.nt. FHvdB (*Playa Liquor/Aruba*)
HR 18 juni 1993, AB 1993, 504, NJ 1993, 642 (*St. Oedenrode/Van Aarle*)
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw I*)
HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150 m.nt. CJHB (*Staat/NCB*)
HR 1 december 1993, AB 1994, 55
HR 29 april 1994, AB 1994, 530 (*Gemeenschappelijke Eigendom/Den Haag*)
HR 27 mei 1994, NJ 1994, 590 (*Lambregts/Industrie- en Havenschap Moerdijk*)
HR 7 oktober 1994, AB 1996, 125 m.nt. Roozendaal (*Staat/Van Benten*)

HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 (*IZA/Waarborgfonds*)
HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 139 (*Talma/Friesland*)
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB (*De Heel/Korver*)
HR 7 april 1995, RvdW 1995. 93c
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164 m.nt. MS (*Aharchi/Bedrijfsvereniging*)
HR 8 september 1995, AB 1996, 58 m.nt. ThGD (*Utrecht/Budinovski en Pejkovski*)
HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 m.nt. CJHB (*Turnster*)
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*)
HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (*Pollemans/Hoondert*)
HR 6 december 1996, NJ 1997, 398 (*Fortes/Smits*)
HR 17 januari 1997, NJ 1998, 656 m.nt. ARB
HR 24 januari 1997, NJ 1999, 56 m.nt. CJHB (*Staat/De Ridder*)
HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*)
HR 23 januari 1998, AB 1998, 144 m.nt. ThGD, NJ 1998, 525 m.nt. MS
HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB, AB 1998, 231 m.nt. ThGD (*B./Staat*)
HR 19 juni 1998, AB 1998, 416 m.nt. ThGD (*Kaveka/Apeldoorn*)
HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB, AB 1999, 206 m.nt. ThGD (*West-Friesland/Kaagman*)
HR 19 november 1999, AB 2000, 387 (*Tegelen*)
HR 19 november 1999, AB 2002, 20 m.nt. ThGD
HR 19 november 1999, AB 2002, 21 m.nt. ThGD
HR 19 november 1999, NJ 2000, 234, AB 2002, 21 m.nt. ThGD (*Dommel/De Haas c.s.*)
HR 26 november 1999, JB 2000, 2 (*Noord Brabant/J.B.V.*)
HR 17 december 1999, AB 2000, 89 m.nt. PvB (*Groningen/Raatgever*)
HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB (*St. Willibrord/V.*)
HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700 (*Foekens/Naim*)
HR 17 november 2000, NJ 2001, 10 (*Gemeente Scheemda/Olster*)
HR 5 januari 2001, NJ 2001, 78 (*Arrosel/Alkmaar*)
HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524
HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 m.nt. Van Wijmen en JMBV (*Trombose*)
HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. Drupsteen
HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336 (*Gemeente Almelo/Wessels*)
HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m.nt. CJHB, AB 2002, 20 m.nt. ThGD (*Van den Berg/Oude Rijnstromen*)
HR 9 november 2001, AB 2002, 21 m.nt. ThGD
HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. P.J.J. van Buuren, NJ 2002, 469 m.nt. T. Koopmans en E.A. Alkema, JB 2002, 2 m.nt. A.W. Heringa (*Wet herstructurering varkenshouderij*)
HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. JBMV (*Informed Consent I en II*)
HR 7 december 2001, NJ 2002, 576 m.nt. JBMV (*Leeuwarden/Los*)
HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m.nt. TK (*Miljoenen zijn tegen/Staat*)
HR 24 mei 2002, NJ 2003, 269 m.nt. TK
HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. MS, JB 2003, 349
HR 25 oktober 2002, Gst. 2003, nr. 7181 (*Heeze-Leende/Lammers*)

HR 9 november 2002, AB 2002, 20 m.nt. ThGD
 HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (*TFS/NS*)
 HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*)
 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, AB 2004, 39 (*Waterpakt*)
 HR 20 juni 2003, AB 2004, 84 m.nt. PvB (*Harrida*)
 HR 20 februari 2004, NJ 2004, 409 m.nt. J.F. de Groot
 HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 m.nt. P.B. Hugenholtz (*XS4ALL/Ab.Fab.*)
 HR 7 mei 2004, AB 2004, 439 m.nt. GAvdV
 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*)
 HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA (*Friesland/Monsma c.s.*)
 HR 7 mei 2004, AB 2005, 127 m.nt. FvO (*Paes/Staat*)
 HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming/Provincie Friesland*)
 HR 3 september 2004, AB 2005, 74 m.nt. GAvdV (*Staat/VAJN-NJCM*)
 HR 17 september 2004, AB 2006, 41 m.nt. B.P.M. van Ravels
 HR 24 september 2004, NJ 2005, 466 m.nt. DA (*Rotterdam/Stam*)
 HR 21 januari 2005, NJ 2005, 325, AB 2006, 287 m.nt. Van Ommeren, RvdW 2005, 18 (*Direks/Venray*)
 HR 8 april 2005, NJ 2005, 284 (*Aydin/Winterthur*)
 HR 9 september 2005, AB 2006, 286 m.nt. F.J. van Ommeren (*Kuijpers/Valkenswaard*)
 HR 4 oktober 2005, NJ 2007, 270 (*Unocal c.s./Conoco c.s.*)
 HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. C.J.H. van Brunner (*Ludlage/Van Paradijs*)
 HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. CJHB (*Skeeler*)
 HR 24 maart 2006, NJ 2009, 485 m.nt. M.R. Mok (*Pfizer/Cosmétique*)
 HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 187 m.nt. Mok (*Enschede/Gerridzen*)
 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 m.nt. C.C van Dam (*Vie d'Or*)
 HR 10 november 2006, NJ 2008, 491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*)
 HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92, JA 2007, 43 m.nt. W.H. van Boom (*Juresta*)
 HR 13 april 2007, NJ 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchteling*)
 HR 13 juli 2007, AB 2008, 155 m.nt. Van Ommeren (*Gasunie/Barneveld*)
 HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (*Smeets/Heerlen*)
 HR 20 maart 2009, Gst. 2009, 65 m.nt. Schutgens (*Meststoffenwet*)
 HR 4 december 2009, NJ 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (*Nabbe/Staalbankiers*)
 HR 17 december 2010, JA 2011, 37, JB 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens, JM 2011, 37 m.nt. Bos en Jong, NJ 2012, 155 m.nt. T. Hartlief, NJB 2011, 47, RvdW 2011, 7
 HR 25 maart 2011, NJ 2011, 139 (*X./Hoogheemraadschap van Rijnland*)

Gerechtshoven

Hof Den Bosch 20 april 1998, NJ 1999, 35
 Hof Den Haag 18 december 2003, NJ 2004, 203 (*Emmaplein Dordrecht*)
 Hof Amsterdam 9 juni 2009, zaaknummer 106.006.685/01, LJN BI7389
 Hof Den Haag 22 maart 2011, zaaknummer 105.002.405/01
 Hof Den Haag 17 april 2012, JM 2012, 120 m.nt. H.J. Bos

Rechtbanken

Rechtbank Dordrecht 21 maart 2001, LJN AB0643
Rechtbank Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271
Rechtbank Rotterdam 13 mei 2003, LJN AF8574
Rechtbank Den Haag 2 juni 2004, LJN AP0470
Rechtbank Amsterdam 28 december 2005, rolnummer H000417 (*Aalsmeer*)
Rechtbank Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790
Rechtbank Amsterdam 29 november 2006, zaaknummer 314661/HA
Rechtbank Den Haag 5 december 2006, LJN AZ5796
Rechtbank Den Haag 31 oktober 2007, LJN BD1249
Rechtbank Middelburg 29 januari 2008, Awb 07/389
Rechtbank Rotterdam 9 april 2008, LJN BC9791
Vz. Rechtbank Middelburg 10 juni 2009, nr. 67489/KG ZA 09-77, LJN BI7438 (*Kapelle*)
Rechtbank Dordrecht 22 juli 2009, nr. 67634/HA ZA 06-2782, LJN BJ3034
Rechtbank Zwolle-Lelystad 13 april 2011, zaaknummers 155184 / HA ZA 09-313, 155323 / HA ZA 09-333, en 157786 / HA ZA 09-711
Rechtbank Oost-Brabant 14 maart 2013, zaaknummer AWB 12/3406

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 141 m.nt. Van Wijmen
ABRvS 22 augustus 1994, BR 1995, p. 515
ABRvS 15 augustus 1996, AB 1996, 435 m.nt. AvH
ABRvS 23 september 1996, AB 1996, 494 m.nt. AvH
ABRvS 29 november 1996, AB 1997, 66 m.nt. PvB (*Alpha*)
ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB
ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (*Van Vlodrop*)
ABRvS 1 augustus 1997, AB 1998, 37 en 38 m.nt. PvB
ABRvS 15 oktober 1998, JB 1999, 278 m.nt. RJNS
ABRvS 26 oktober 1998, JB 1998, 261
ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM
ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236 m.nt. JSt
ABRvS 18 mei 1999, Gst. 1999, 7102 m.nt. HH
ABRvS 5 oktober 1999, Gst. 2000, 7116 m.nt. CG
ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 111 m.nt. MSV (*Slagerij van Oirschot*)
ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. GMvdB
ABRvS 24 februari 2000, JB 2000, 97 (*Kartonfabriek Britannia*)
ABRvS 9 maart 2000, Gst. 2000, 7128, 8 m.nt. JT
ABRvS 31 maart 2000, JB 2000, 137
ABRvS 18 mei 2000, Gst. 2000, 7128, 3 m.nt. HH
ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243, m.nt. RJNS, AB 2001, 222 m.nt. GJ
ABRvS 10 juli 2000, Gst. 2000, 7128, 9
ABRvS 5 oktober 2000, JB 2000, 324
ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. GMvdB

ABRvS 19 januari 2001, AB 2001, 112 m.nt. NV
ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 379 m.nt. GMvdB
ABRvS 21 november 2001, JB 2002, 21 m.nt. JHK, AB 2002, 183 m.nt. Jansen
ABRvS 28 november 2001, AB 2002, 99 m.nt. AvH
ABRvS 2 januari 2002, AB 2002, 377 m.nt. ARN
ABRvS 26 juni 2002, ABkort, 2002, 524
ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 395 m.nt. ARN
ABRvS 17 juli 2002, M&R 2002, 125 m.nt. JH
ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204
ABRvS 4 december 2002, AB 2003, 91 m.nt. AvH
ABRvS 5 februari 2003, JB 2003, 98 m.nt. RJNS
ABRvS 19 maart 2003, JB 2003, 110 (*Slotervaart*)
ABRvS 21 mei 2003, LJN AF8955
ABRvS 25 juni 2003, AB 2004, 81 m.nt. ARN
ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. ARN, JB 2004 m.nt. RJNS
ABRvS 28 januari 2004, AB 2004, 116
ABRvS 24 maart 2004, JB 2004, 225 m.nt. ALMJ, Gst. 2004 m.nt. RJNS
ABRvS 7 april 2004, JB 2004, 206
ABRvS 14 april 2004, JB 2004, 207
ABRvS 6 mei 2004, Gst. 2005, 12 m.nt. JT
ABRvS 29 september 2004, Gst. 2005, 36 m.nt. Slier
ABRvS 6 oktober 2004, BR 2005, p. 237 m.nt. JWvZ
ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 414 m.nt. AvH
ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. dG
ABRvS 15 december 2004, JB 2005, 58 m.nt. RJNS
ABRvS 18 mei 2005, JB 2005, 191
ABRvS 29 juni 2005, BR 2005, p. 1091 m.nt. JWvZ
ABRvS 28 september 2005, JB 2005, 30
ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3801
ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 m.nt. BPMvR
ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 167 m.nt. Lam
ABRvS 28 juni 2006, AB 2007, 20 m.nt. Van Ravels
ABRvS 21 februari 2007, AB 2007, 124 m.nt. Van Hall
ABRvS 20 juni 2007, JB 2007, 150
ABRvS 27 juni 2007, AB 2007, 348 m.nt. Lam
ABRvS 5 maart 2008, 200702359/1
ABRvS 23 april 2008, TBR 2009, nr. 2 m.nt. A.A.J. de Gier
ABRvS 28 juli 2010, zaaknummer 200906858/1/M1
ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 47 m.nt. De Gier en De Waard (*Brummen*)
ABRvS 2 maart 2011, AB 2011, 77 m.nt. De Gier (*Kerkdriel*)
ABRvS 16 maart 2011, JB 2011, 118 (*Haagakkers*)
ABRvS 13 juli 2011, TBR 2011, 152 m.nt. Nijmeijer (*Tuibrug II*)
ABRvS 10 augustus 2011, zaaknummer 201011161/1/H2

Jurisprudentieregister

ABRvS 14 september 2011, JB 2011, 252 m.nt. Schlössels (*Waterkrachtcentrale Borgharen*)

ABRvS 30 november 2011, BR 2012, 40 m.nt. Fokkema en De Haan (*Varenlaan*)

ABRvS 5 december 2012, zaaknummer 201112232/1/T1/A2

ABRvS 23 januari 2013, zaaknummer 201208202/1/A4

ABRvS 22 mei 2013, zaaknummer 201203750/1/A2

Koninklijke besluiten

KB 5 oktober 1822, Stb. 44

KB 20 mei 1844, Stb. 25

≈ Curriculum vitae

Herman Kasper Gilissen werd op 21 mei 1982 geboren te Arnhem. Nadat hij in 2001 zijn middelbareschooldiploma behaalde aan het Stedelijk Gymnasium te Arnhem, vertrok hij naar Utrecht voor een studie Nederlands recht. In 2008 voltooide hij daar de Master Rechtswetenschappelijk Onderzoek en trad hij voor korte tijd als junior-onderzoeker in dienst bij het Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid/NILOS van de Universiteit van Utrecht. In datzelfde jaar vervolgde hij zijn dienstverband als promovendus, in welke hoedanigheid hij een proefschrift voorbereidde over de adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer, maar ook publiceerde op het terrein van het waterrecht, het omgevingsrecht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht, geregeld betrokken was bij (contract)onderzoek van het eerder genoemde centrum, regelmatig sprak op uiteenlopende bijeenkomsten, betrokken was bij de organisatie van congressen en workshops, en tevens doceerde op het terrein van het Staats- en Bestuursrecht. Gedurende zijn gehele aanstelling als promovendus was hij actief als vertegenwoordiger van promovendi binnen de faculteit REBO. Sinds 2013 heeft hij een aanstelling als onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit van Utrecht.

