



616 | Dit hoofdstuk bouwt voort op Keessen, Dotinga & Van Rijswick 2007 en Van Kempen 2007.

617 | Trb. 1992, 199 (i.w. op 6 oktober 1996).

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

619 | Richtlijn 2007/60 van het Europees Parlement en de Raad over overstromingsbeoordeling en -beheer.

620 | Ter vergelijking, voor het beheer van zeeën wordt gekozen voor mariene regio's en sub-regio's, wat blijkt uit regionale zeeverdragen, zoals het Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan (OSPAR-Verdrag), en uit het voorstel voor de Europese Kaderrichtlijn Mariene Strategie (KMS) COM (2007) 456 def., die straks in Nederland waarschijnlijk in de Waterwet wordt geïmplementeerd.

22.1 INLEIDING

Modern waterbeleid wordt door middel van een gebiedsgerichte benadering vormgegeven. Daartoe worden waterlopen ingedeeld in stroomgebieden. Op internationaal niveau komt dit tot uiting in verschillende verdragen, waaronder het Verdrag inzake de bescherming en het gebruik van grensoverschrijdende waterlopen en internationale meren van 1992 (Verdrag van Helsinki),⁶¹⁷ op Europees niveau in de Kaderrichtlijn water (KRW)⁶¹⁸ en in de Hoogwaterrichtlijn⁶¹⁹ en op nationaal niveau in de Waterwet en in de Waterschapswet.⁶²⁰

Een ander opvallend kenmerk van de moderne waterregelgeving, zeker op Europees niveau, is dat het doel van de richtlijn het bereiken van een bepaalde 'toestand' is. Voor de KRW betekent dit het bereiken van de 'goede toestand' van grond- en oppervlaktewater, voor de Hoogwaterrichtlijn een toestand waarin de overstromingsrisico's goed beheersbaar zijn en voor de KMS een 'goede milieutoestand' voor de mariene regio's.

Het volgt uit artikel 249 EG dat de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese waterrichtlijnen in beginsel resultaatsverplichtingen zijn die op de lidstaten afzonderlijk rusten. Door het grensoverschrijdende karakter van waterbeheer kunnen de doelstellingen echter alleen worden bereikt indien er samenwerking plaatsvindt tussen de verschillende betrokken partijen (lidstaten) binnen een stroomgebied. Door de combinatie van enerzijds een gebiedsgerichte benadering die samenwerking met andere lidstaten (en soms ook derde landen) vereist, en anderzijds een te bereiken doelstelling die op iedere lidstaat afzonderlijk rust, ontstaat een spanningsveld waarbij het onduidelijk is in hoeverre lidstaten verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het niet bereiken van de doelstellingen als gevolg van oorzaken die niet volledig in de macht van de lidstaten liggen. Lidstaten kunnen dus water beheren dat kwaliteitsnormen overschrijdt zonder dat die overschrijding (geheel) te wijten is aan gebeurtenissen die op hun eigen grondgebied hebben plaatsgevonden.

Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een lidstaat niet alleen (individueel) aan de verplichtingen van een waterrichtlijn kan voldoen. Hierbij kan men denken aan internationale samenwerking binnen een stroomgebied die niet het beoogde succesvolle resultaat oplevert, maar met name ten aanzien van de KRW moet ook worden gedacht aan de afhankelijkheid van maatregelen die op andere beleidsterreinen genomen moeten worden en waarbij de lidstaten niet of onvoldoende bevoegdheden hebben (landbouwbeleid, visserijbeleid, producttoelatingen van bijvoorbeeld geneesmiddelen en gewasbeschermingsmiddelen). In het

laatste geval (onvoldoende bevoegdheden) zijn de lidstaten afhankelijk van een actieve opstelling van de gemeenschapsinstellingen.⁶²¹ De KRW voorziet niet in een uitzonderingsgrond voor deze gevallen, evenmin als de Hoogwaterrichtlijn.⁶²²

In het voorstel voor de dochterrichtlijn met kwaliteitseisen voor de chemische toestand van oppervlaktewateren wordt wellicht wel een uitzonderingsbepaling voor grensoverschrijdende waterverontreiniging opgenomen.⁶²³ De uitzonderingsgrond geldt alleen voor de verplichting om te voldoen aan de eisen die worden gesteld aan de goede chemische toestand van oppervlaktewateren. Om een terecht beroep op de uitzonderingsbepaling te kunnen voldoen, moet echter wel aan een aantal vereisten worden voldaan. Zo moet de verontreiniging zijn veroorzaakt door een verontreinigingsbron die buiten de rechtsmacht van de lidstaat ligt; de lidstaat moet niet in staat zijn geweest effectieve maatregelen te nemen; er dient gebruik gemaakt te zijn van de coördinatiemechanismen uit artikel 3 KRW (zie hoofdstuk 17 en hierna); er dient een beroep op de uitzonderingsbepalingen van artikel 4 KRW te zijn gedaan en ten slotte dient het gebruik maken van deze uitzonderingsgrond voor grensoverschrijdende waterverontreiniging plaats te vinden via het overlegmechanisme van artikel 12 KRW.

Dit betekent dat slechts in bepaalde gevallen en onder strenge voorwaarden een lidstaat zich kan verweren door de schuld (deels) op een andere (lid)staat te schuiven. Een lidstaat draagt immers primair de verantwoordelijkheid over zijn eigen wateren. Desondanks moet deze uitzonderingsbepaling als een belangrijke verbetering van het richtlijnvoorstel worden gezien, alhoewel het in onze ogen beter was geweest de grensoverschrijdende waterproblemen in de KRW zelf te regelen.

Omdat lidstaten primair zelf verantwoordelijk zijn voor het voldoen aan verplichtingen die uit de diverse waterrichtlijnen voortvloeien, is het van het grootste belang duidelijkheid te verkrijgen over de mogelijkheden die er voor de centrale overheid en de decentrale overheden (waterbeheerders) binnen een stroomgebied bestaan om aan hun verplichtingen te kunnen voldoen in het geval er sprake is van grensoverschrijdende waterverontreiniging of verhoogde overstromingsrisico's. De KRW en de Hoogwaterrichtlijn schrijven hiervoor internationale samenwerking voor. Voor deze noodzakelijke en voorgeschreven internationale samenwerking bestaat echter geen juridische vorm in het Europese waterrecht. Dit betekent dat de lidstaten de samenwerking vorm zullen moeten geven met behulp van andere instrumenten, zoals informele samenwerking of het sluiten van verdragen. Gebruik maken van samenwerkingsvormen of internationale verdragen ontslaat de lidstaten echter niet van hun individuele plicht om aan de doelstellingen van een richtlijn te voldoen. De verdragspartijen gezamenlijk zijn

621 | Op dit probleem wordt in dit hoofdstuk niet nader ingegaan. Zie hierover bijvoorbeeld uitvoeriger Montforts e.a. 2006; Van Rijswick & Vogelzang-Stoute 2007.

622 | Daarentegen kent de (ontwerp-)KMS een dergelijke uitzondering wel.

623 | Deze uitzondering stond nog niet in het oorspronkelijke voorstel en ook niet in het politiek akkoord van de Milieuraad van juni 2007. In de het gemeenschappelijk standpunt van de Raad komt de uitzonderingsbepaling wel voor, want als een belangrijk voordeel voor benedenstroomse lidstaten kan worden gezien.

immers niet degenen die uiteindelijk bijvoorbeeld voor het Hof van Justitie moeten verschijnen wanneer niet aan richtlijnverplichtingen wordt voldaan.

Nu de nieuwe waterrichtlijnen - en in het bijzonder de KRW - het bereiken van een bepaald doel als resultaatsverplichting voorop stellen, is het van belang duidelijkheid te verkrijgen over de vraag wat een lidstaat en de decentrale waterbeheerders kunnen ondernemen om aan hun Europese verplichtingen te voldoen. Ter beantwoording van deze vraag wordt aandacht geschonken aan verschillende aspecten van grensoverschrijdende samenwerking gericht op de bestrijding van grensoverschrijdende waterverontreiniging en wateroverlast binnen stroomgebieden. Daarnaast wordt ingegaan op een andere mogelijkheid die lidstaten en decentrale waterbeheerders wellicht hebben om te voldoen aan hun verplichtingen uit het Europese waterrecht. Dit betreft het procederen tegen publiekrechtelijke besluiten in andere lidstaten en ten slotte de mogelijkheden die een lidstaat of waterbeheerder heeft om in een civiele actie tegen een andere lidstaat of een buitenlandse decentrale overheid op te treden. Er wordt eveneens kort aandacht besteed aan de Richtlijn milieuaansprakelijkheid.

22.2 VORMGEVING VAN GRENDOVERSCHRIJDENDE SAMENWERKING

De Kaderrichtlijn water - maar ook de Hoogwaterrichtlijn - verplicht de lidstaten tot institutionele verankering van het overleg tussen de lidstaten over de wijze waarop de doelstellingen van de KRW voor het hele stroomgebied kunnen worden bereikt.⁶²⁴ De lidstaten moeten per stroomgebied een stroomgebiedsdistrict vormen, waarvoor zij passende administratieve regelingen moeten treffen en een passende bevoegde autoriteit moeten aanwijzen.⁶²⁵ Deze eis geldt ook wanneer een stroomgebied meer dan een lidstaat omvat. Dat is in Nederland het geval bij de Rijn, de Maas, de Schelde en de Eems. In dat geval moeten de betrokken lidstaten samenwerken binnen een internationaal stroomgebiedsdistrict, waarbij kan worden aangesloten bij bestaande structuren, zoals die in het kader van internationale overeenkomsten zijn gevormd.⁶²⁶ Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds samenwerkingsvormen die meer geschikt zijn voor grote rivieren en anderzijds samenwerkingsvormen die zijn ontwikkeld voor regionale grensoverschrijdende samenwerking.

Overigens beveelt de KRW samenwerking binnen een internationaal stroomgebiedsdistrict ook aan wanneer een stroomgebied zich uitstrekt buiten het territoir van de lidstaten.⁶²⁷ Dat is in Nederland het geval bij de Rijn. In dat geval doemt als complicatie op dat derde landen niet verplicht zijn de KRW te implementeren.⁶²⁸

Dat betekent echter niet dat derde landen niet zullen willen meewerken aan de oprichting van een internationaal stroomgebiedsdistrict of aan het bereiken van de doelstellingen van de KRW. Het is namelijk goed mogelijk dat niet-lidstaten gebonden zijn aan soortgelijke verplichtingen op grond van internationale waterverdragen waar zij partij bij zijn. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van het Verdrag inzake de bescherming en het gebruik van grensoverschrijdende waterlopen en internationale meren (Verdrag van Helsinki), aangezien de verplichtingen van dit verdrag in de KRW zijn geïmplementeerd.⁶²⁹

22.2.1 Internationaal publiekrechtelijke mogelijkheden: sluiten van verdragen⁶³⁰

Lidstaten kunnen door het sluiten van bilaterale en multilaterale verdragen (of via reeds bestaande verdragen) de grensoverschrijdende samenwerking die vereist is onder de KRW ten aanzien van het beleid en beheer van de grote rivieren vorm geven. Hier is inmiddels al een lange traditie van verdragen, alhoewel er ook haken en ogen kleven aan het gebruik van het verdragsinstrument ter implementatie van Europeesrechtelijke verplichtingen.⁶³¹ Met name problematisch is de relatie tussen de KRW en verdragen gesloten tussen één of meerdere lidstaten en derde staten waarbij ook de EG partij is ('gemengde verdragen'), omdat zij een meervoudige rol kunnen vervullen. Aan de ene kant dient de KRW ter implementatie van de verdragsverplichtingen van de EG, terwijl zij aan de andere kant mogelijk kunnen dienen ter implementatie van de samenwerkingsverplichtingen uit de KRW. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het Verdrag van Helsinki, maar ook bij regionale zeeverdragen als het Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan (OSPAR-Verdrag)⁶³² dat zich mede richt op het terugdringen van verontreiniging van het mariene milieu vanaf het land. Deze gemengde verdragen lenen zich echter niet goed voor implementatie van de samenwerkingsverplichtingen uit de KRW, omdat zij daarvoor niet bedoeld zijn. Daarvoor zijn de verdragen die zijn gesloten voor specifieke rivieren, meer geschikt.

Nederland is als benedenstrooms gelegen staat partij bij de verdragen die zijn gesloten voor de Eems, Maas, Schelde en Rijn.⁶³³ Deze verdragen dienen mede ter implementatie van het Verdrag van Helsinki, waarnaar zij in de considerans expliciet verwijzen. Alle verdragen voorzien in de oprichting van een internationale commissie die toeziet op de uitvoering van het betreffende verdrag. De verdragen voor de Eems, Maas en Schelde zijn verdragen waarbij uitsluitend EU-lidstaten partij zijn. Het Eems-Dollardmilieuprotocol van 1996 regelt de samenwerking tussen Nederland en Duitsland met betrekking tot het waterbeheer in

⁶²⁴ | Artikel 3 KRW. Artikel 3 Hoogwaterrichtlijn verklaart de regeling in de KRW van overeenkomstige toepassing, hoewel afwijking is toegestaan.

⁶²⁵ | Artikel 3 lid 1 en lid 2 KRW.

⁶²⁶ | Artikel 3 lid 3 en lid 4 KRW.

⁶²⁷ | Artikel 3 lid 5 KRW.

⁶²⁸ | Backes 1999, p. 181 en 182.

⁶²⁹ | Ov. 31 considerans KRW verwijst naar 1992 UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, gesloten op 17 maart 1992 in Helsinki 1992, in werking getreden in 1996. Zie www.unece.org/env/water/pdf/watercon.pdf.

⁶³⁰ | Deze paragraaf is ontleend aan Keessen, Dottinga & Van Rijswijk 2007.

⁶³¹ | Hey & Van Rijswijk 2007 en CAW 2004.

⁶³² | Trb. 1993, 141 (i.w. 25 maart 1998).

⁶³³ | Zie hiervoor Nollkaemper & De Villeneuve 2007, p. 783-790.

634 | Trb. 1996, 258 (i.w. 1 juli 1998).

635 | Trb. 2003, 75 (i.w. 1 december 2006).

636 | Trb. 2003, 76 (i.w. 1 december 2005).

637 | Artikel 4 lid 3 van het Maasverdrag en het Schelde Verdrag.

638 | Trb. 1999, 139 (i.w. 1 januari 2003).

639 | Trb. 1977, 33 (i.w. 5 juli 1985) en Trb. 1992, 3 (i.w. 1 november 1994).

640 | Trb. 2000, 104. Dit verdrag is nog niet in werking getreden, maar is in belangrijke mate een weergave van internationaal gewoonterecht. Nederland heeft het verdrag geratificeerd op 9 januari 2001.

een deelstroomgebied van de Eems: de Eemsmonding.⁶³⁴ Het Maasverdrag van 2002 reguleert de samenwerking tussen België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en Nederland voor het gehele stroomgebied van de Maas.⁶³⁵ Het vrijwel identieke Schelde Verdrag van 2002 doet hetzelfde voor het stroomgebied van de Schelde (België, Frankrijk en Nederland).⁶³⁶ Het Maasverdrag en het Schelde Verdrag zijn nadrukkelijk bedoeld om de multilaterale afstemming van de tenuitvoerlegging van de verplichtingen uit de KRW vorm te geven.⁶³⁷

Het Rijnverdrag⁶³⁸ reguleert de samenwerking voor een deel van het stroomgebied van de Rijn, waarbij zowel lidstaten (Duitsland, Frankrijk, Luxemburg en Nederland) als een niet-lidstaat (Zwitserland) en de EG partij zijn. Daarbij is ook relevant de Overeenkomst van 1976 inzake de bescherming van de Rijn tegen verontreiniging door chloriden met Aanvullend Protocol van 1991 die dezelfde partijen hebben als het Rijnverdrag, met uitzondering van de EG.⁶³⁹ Het Rijnverdrag wordt veelal gezien als een voorbeeld van succesvolle grensoverschrijdende samenwerking tussen oeverstaten. Interessant genoeg wordt door sommigen de KRW echter als een belemmering gezien voor het ontwikkelen van verdergaande maatregelen binnen de Internationale Commissie ter Bescherming van de Rijn (ICBR). Dit zou te wijten zijn aan het feit dat de betreffende EU-lidstaten zich meer zijn gaan concentreren op het uitvoeren van de KRW op hun eigen grondgebied, dan op het maken van nieuwe afspraken in de ICBR om grensoverschrijdende problemen aan te pakken.

De verdragen voor de Rijn, Maas, Schelde en Eems bevatten enkele belangrijke beginselen die de samenwerking tussen de verdragspartijen beheersen. Deze beginselen zijn in belangrijke mate ontleend aan het Verdrag van Helsinki. Ook het Verdrag inzake het recht betreffende het gebruik van internationale waterlopen anders dan voor de scheepvaart van 1997 (Verdrag van New York) is in dit opzicht relevant.⁶⁴⁰ Een van de meest fundamentele basisbeginselen is de verplichting voor staten om geen aanzienlijke grensoverschrijdende (milieu)schade te veroorzaken. Dit is geen absoluut verbod, maar een zorgplicht waarvan de zwaarte afhankelijk is van de aard van de activiteiten (hoger indien risicovol of gevaarlijk), de feitelijke omstandigheden en de mogelijkheden van de betreffende staat. Dit algemene beginsel is nader uitgewerkt in verplichtingen voor staten om maatregelen te nemen die zijn gericht op het voorkomen, beheersen en verminderen van grensoverschrijdende waterverontreiniging. Daarbij dient een aantal specifieke beginselen als leidraad, waaronder het voorzorgsbeginsel en het beginsel dat de vervuiler betaalt.

Naast verdragen vindt samenwerking tussen de betrokken oeverstaten ook plaats op meer informele basis. Samenwerking in het stroomgebied van de Rijn vindt plaats in het Coördineringscomité voor de Rijn dat is belast met het afstemmen van de implementatie van de KRW. Bilaterale afstemming met Duitsland vindt verder plaats in het kader van de Permanente Nederlands-Duitse Grenswatercommissie (PGC)⁶⁴¹ en de Stuurgroep en Coördinatiegroep Eems. Bilaterale afstemming met Wallonië vindt plaats in het Waals-Nederlands wateroverleg. Bilaterale afstemming met Vlaanderen vindt plaats in het kader van het Nederlands-Vlaams Integraal Wateroverleg (NVIWO) en een viertal in 1994 ingestelde grensoverschrijdende stroomgebiedcomités. Ook van belang voor de implementatie van de KRW is het Trilaterale Waddenoverleg dat tussen Denemarken, Duitsland en Nederland plaatsvindt.⁶⁴²

22.2.2 Europese regionale samenwerkingsvormen

Voor regionale grensoverschrijdende samenwerking is het sluiten van verdragen een minder geschikt instrument. Daarvoor zijn andere vormen van samenwerking beter geschikt.⁶⁴³ Wanneer op regionaal niveau wordt samengewerkt in het kader van grensoverschrijdend waterbeheer, bestaat de mogelijkheid gebruik te maken van INTERREG-fondsen.⁶⁴⁴

In de eerste plaats kan gedacht worden aan informele vormen van samenwerking waarbij bijvoorbeeld samenwerking plaatsvindt in het kader van het uitwisselen van informatie, bij het uitvoeren van concrete maatregelen of het gezamenlijk opstellen van beleid. In het kader van de samenwerking kan eveneens worden gewezen op samenwerkingsvormen die plaatsvinden binnen Euregio en stroomgebiedcomités.⁶⁴⁵ Een ander voorbeeld van publiekrechtelijke samenwerking is te vinden in de regio's Eems-Dollard, Euregio Rijn-Waal en Euregio Scheldemond. Naast deze publiekrechtelijke vormen van samenwerking kent het Waddengebied een samenwerkingsvorm in de vorm van een vereniging (privaatrechtelijk) Euregio Wadden en bestaat er een stichting voor de Euregio Maas-Rijn.

In het kader van de grensoverschrijdende samenwerking met Duitsland kunnen overeenkomsten worden gesloten met buitenlandse partners, ook door decentrale overheden.⁶⁴⁶ De basis hiervoor is gelegd in het Grensverdrag. Samenwerking met België kan worden gebaseerd op de Benelux Overeenkomst Grensoverschrijdende Samenwerking op grond waarvan openbare lichamen of gemeenschappelijke organen kunnen worden ingesteld. Het is met name een kader om administratieve afspraken in vast te leggen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen een

641 | De PGC werd opgericht op grond van artikel 64 van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland nopens het verloop van de gemeenschappelijke landgrens, de grenswateren, het grondbezit in de nabijheid van de grens, het grensoverschrijdende verkeer over land en via binnenwateren en andere met de grens verband houdende vraagstukken, 1960 (Trb. 1960, 68).

642 | Zie uitvoeriger CAW 2004 en Hey & Van Rijswijk 2007.

643 | Zie AcW & CAW 2007.

644 | Bijvoorbeeld INTERREG IV A Nederland-Duitsland 2007-2013.

645 | Bijvoorbeeld Euregio Rijn-Maas-Noord.

646 | Het Grensverdrag (Trb 1960, 67) jo artikel 22 Uitvoeringswet (Stb. 1963, 263) biedt deze mogelijkheid maar vereist wel goedkeuring door de Kroon.

openbaar lichaam (heeft rechtspersoonlijkheid en er kunnen bevoegdheden van regeling en bestuur worden toegekend) en gemeenschappelijke organen (geen rechtspersoonlijkheid). In beide gevallen blijft het Nederlandse en het Belgische recht echter gelden, maar kan een grensoverschrijdend waterschap wel blijven bestaan.⁶⁴⁷ De instelling van openbare lichamen biedt overigens niet de mogelijkheid om grensoverschrijdende waterschappen op te richten, omdat Nederlandse waterschappen op grond van de Waterschapswet niet bevoegd zijn hun bevoegdheden te delegeren aan internationale openbare lichamen.⁶⁴⁸ Het is overigens ook de vraag of waterschappen dat zouden willen, zelfs als men tot verdergaande vormen van geïnstitutionaliseerde samenwerking wil komen.

Een geschetst probleem bij grensoverschrijdende samenwerking is dat de bevoegdheden van overheden aan beide zijden van de grens veelal niet goed op elkaar aansluiten wat het maken van afspraken bemoeilijkt. Kijkend naar samenwerking met Duitsland kan worden geconstateerd dat in Duitsland geen waterschappen bestaan. De bevoegdheden inzake het waterbeheer zijn in Duitsland verdeeld over Wasserbehörde op Bundes, Landes-, Bezirks- en Kreisniveau.⁶⁴⁹ Vlaanderen bijvoorbeeld kent wel waterschappen, maar deze zijn wat betreft rechtsvorm en publiekrechtelijke taken en bevoegdheden niet te vergelijken met de Nederlandse waterschappen.⁶⁵⁰

22.2.3 Europese groepering voor territoriale samenwerking

Voor een verdergaande vorm van samenwerking kan wellicht gebruik worden gemaakt van de Verordening over de Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS).⁶⁵¹ Vanuit de stroomgebiedbenadering is het wenselijk dat lokale overheden nauw met elkaar kunnen samenwerken bij de uitvoering van de KRW. De EGTS biedt lokale overheden de mogelijkheid een Europese groepering voor territoriale samenwerking op te richten. Ook lokale overheden van niet-lidstaten kunnen door middel van het sluiten van een overeenkomst deelnemen aan een EGTS.⁶⁵² Dit kan een geschikt medium zijn voor lokale overheden om samen beleid uit te voeren.⁶⁵³ Daarbij moet wel bedacht worden dat lokale overheden aan deze EGTS weliswaar taken mogen overdragen, maar dat het niet de bedoeling is dat dit ook handhavingsbevoegdheden betreft.⁶⁵⁴ De Verordening sluit namelijk uit dat de aan de EGTS toevertrouwde taken betrekking hebben op de uitoefening van publiekrechtelijk toegewezen bevoegdheden en op taken tot waarborging van de algemene belangen van de staat of van andere overheidsinstanties, zoals politieke en regelgevende bevoegdheden, justitie en buitenlands beleid.⁶⁵⁵

Volgens de considerans bij de EGTS Verordening mogen de bevoegdheden die een regionale of lokale overheid als openbaar gezag uitoefent, met name de politieke en regelgevende bevoegdheden, zelfs geen onderdeel uitmaken van de overeenkomst.⁶⁵⁶ Dit betekent dat een EGTS alleen kan worden opgericht voor het uitvoeren van operationele taken.

22.3 PUBLIEKRECHTELIJKE UITVOERING EN HANDHAVING

De KRW en de Hoogwaterrichtlijn verwachten dat de lidstaten één stroomgebiedbeheersplan en één overstromingsrisicobeheerplan opstellen voor elk stroomgebiedsdistrict, waarin de maatregelen staan om de doelstellingen van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn in het gehele stroomgebied te bereiken.⁶⁵⁷ De KRW en de Hoogwaterrichtlijn dwingen lidstaten in een internationaal stroomgebiedsdistrict echter niet tot het gezamenlijk vaststellen van een plan, al helemaal niet als er ook niet-lidstaten bij betrokken zijn. Als het niet lukt om één plan te maken voor een internationaal stroomgebiedsdistrict, mag elke lidstaat namelijk een plan vaststellen voor het deel van het stroomgebied dat op zijn grondgebied ligt met daarin de maatregelen die het zal treffen om de doelstellingen van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn te halen.⁶⁵⁸ Toch kunnen de lidstaten er niet omheen om samen te werken bij de uitvoering en handhaving van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn.

22.3.1 Plannen en maatregelen

In overeenstemming met het principe van loyale samenwerking,⁶⁵⁹ het principe dat verontreiniging aan de bron moet worden aangepakt⁶⁶⁰ en het niet-afwentelenbeginsel⁶⁶¹ verplichten de KRW en de Hoogwaterrichtlijn de lidstaten die deel uitmaken van een internationaal stroomgebiedsdistrict om de vaststelling van de maatregelen die in het nationale deel van het stroomgebied zullen worden getroffen te coördineren, hoewel zij daar ten aanzien van derde landen slechts naar hoeven te streven.⁶⁶² Afstemming is immers noodzakelijk om de doelstellingen van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn in het hele stroomgebied te halen. De Hoogwaterrichtlijn verbiedt de lidstaten zelfs om maatregelen te treffen tegen hoogwater die de overstromingsrisico's in andere staten vergroten zonder afstemming met de betrokken staten.⁶⁶³

De afstemming tussen de lidstaten van geschikte maatregelen om waterverontreiniging te bestrijden wordt gestimuleerd door de 'Common Implementation Strategy', die de waterdirecteuren van de lidstaten en de Commissie in informeel overleg vaststellen.⁶⁶⁴ Het ligt in de lijn der verwachting dat een

647 | HR 19 februari 1971, NJ 1971, 334.

648 | Zie Van Dijk & Havekes 1999, p. 77-78; AcW & CAW 2007 en Mostert 2007.

649 | Van der Molen & Emmrich 2007.

650 | Maes & Lavrysen 2003.

651 | Ov. 11 Considerans Verordening 1082/2206 van het Europees Parlement en de Raad betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS) PbEG 2006 L210/19. Dit lijkt op de Nederlandse figuur van de gemeenschappelijke regeling.

652 | Ov. 16 Considerans EGTS Verordening.

653 | Artikel 7 lid 1 en 2 EGTS Verordening.

654 | Zie ov. 13 Considerans EGTS Verordening.

655 | Artikel 7 lid 4 EGTS Verordening.

656 | Ov. 13 Considerans EGTS Verordening.

657 | Artikel 3 lid 4, 11 en 13 KRW en artikel 7 en 8 Hoogwaterrichtlijn. Zie over de KRW uitgebreid Van Rijswijk 1999, p. 125 - 139.

658 | Artikel 13 KRW en 12 Hoogwaterrichtlijn.

659 | Artikel 10 EG.

660 | Ov. 40 Considerans KRW.

661 | Ov. 13 Considerans Hoogwaterrichtlijn.

662 | Ov. 35 Considerans KRW, artikel 3 lid 4 en lid 5 en artikel 11 KRW.

663 | Artikel 7 lid 4 Hoogwaterrichtlijn.

664 | Vgl. de richtsnoeren van EMEA bij de geneesmiddelenrichtlijn en de BREFs bij de IPPC-Richtlijn.

soortgelijke strategie ook zal worden vastgesteld om de implementatie van de Hoogwaterrichtlijn te vergemakkelijken. Verder voorziet de KRW in Europese maatregelenprogramma's ter bestrijding van waterverontreiniging door gevaarlijke stoffen.⁶⁶⁵

665 | Artikel 16 en 19 KRW.

Desalniettemin blijkt uit onderzoek dat in de Nederlandse waterpraktijk gevreesd wordt dat de lidstaten hun nationale maatregelen ter implementatie van de KRW onvoldoende op elkaar zullen afstemmen. Vanwege de individuele resultaatsverplichting rust op elke lidstaat immers de druk dat in 2015 (of na verlenging van de termijnen in 2027) de doelen van de KRW moeten zijn bereikt. Dat kan een averechts effect hebben op grensoverschrijdende samenwerking als de samenwerking met andere lidstaten niet snel genoeg van de grond komt.⁶⁶⁶ Lidstaten kunnen dan besluiten om alleen voor hun grondgebied maatregelen vast te stellen. Daardoor lopen lidstaten die benedenstrooms liggen het risico dat bovenstrooms gelegen lidstaten onvoldoende maatregelen treffen, waardoor zij geconfronteerd worden met water dat zodanig vervuild is, dat de doelstellingen van de KRW benedenstrooms niet kunnen worden bereikt.

666 | DHV 2007, p. 19.

22.3.2 De uitzonderingsgronden van de Kaderrichtlijn water

De doelstellingen van de KRW zijn dusdanig ambitieus dat het niet uitgesloten kan worden dat verschillende lidstaten in een stroomgebied de doelstellingen van de KRW niet weten te bereiken. De KRW regelt ook deze situatie (de Hoogwaterrichtlijn bevat geen regeling ter zake). Als uit de monitoringgegevens of uit andere gegevens blijkt dat de doelstellingen van artikel 4 van de KRW vermoedelijk niet worden bereikt in een bepaald waterlichaam, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat:

- de oorzaken van het falen worden onderzocht;
- de betrokken vergunningen en toestemmingen worden onderzocht en zo nodig herzien;
- de monitoringprogramma's worden getoetst en zo nodig bijgesteld, en
- eventueel noodzakelijke aanvullende maatregelen worden getroffen teneinde de doelstellingen van artikel 4 KRW te bereiken, waaronder indien nodig de vaststelling van strengere milieukwaliteitsnormen.⁶⁶⁷

667 | Artikel 11 lid 5 KRW.

Wat opvalt is dat de KRW de lidstaten niet opdraagt samen te werken bij het onderzoeken van de oorzaken van de waterverontreiniging en bij de beslissing of vergunningen en toestemmingen moeten worden herzien dan wel een beroep op een uitzonderingsgrond moet worden gedaan.

De KRW staat in vijf gevallen een uitzondering toe op de verplichting om een goede ecologische en chemische toestand van het oppervlaktewater te bereiken in 2015.⁶⁶⁸ Met betrekking tot een lidstaat die geen goede toestand weet te bereiken als gevolg van grensoverschrijdende verontreiniging is van belang dat een lidstaat mag bepalen dat (aanvullende) maatregelen niet haalbaar zijn, omdat het tijdelijk niet bereiken van de goede toestand is veroorzaakt door redelijkerwijs niet te voorzien of uitzonderlijke omstandigheden die het gevolg zijn van natuurlijke oorzaken of overmacht, met name omvangrijke overstromingen of lange droogteperiodes.⁶⁶⁹ Het is waarschijnlijk dat met name een incidentele verontreiniging afkomstig uit het buitenland een beroep op overmacht kan rechtvaardigen. Een lidstaat kan zich echter niet zonder meer op deze of een andere uitzonderingsgrond beroepen. Lidstaten mogen daar pas een beroep op doen als zij alle haalbare stappen hebben ondernomen en het bereiken van de doelstellingen van de KRW onevenredig kostbare maatregelen zou vergen en als zij voldoen aan de overige voorwaarden voor het inroepen van een uitzonderingsgrond. Bovendien is het vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat uitzonderingsclausules restrictief moeten worden uitgelegd.⁶⁷⁰

668 | Artikel 4 lid 3, 4, 5, 6 en 7 KRW, zie uitvoeriger hoofdstuk 17.

669 | Artikel 11 lid 5 KRW.

670 | Zie onder meer: C-262/85 Commissie vs Italië, Jur. 1987, p. 2073, C-118/94 WWF Italië vs Regione Veneto, Jur. 1996, p. I-1223, C-10/96 Ligue royale belge pour la protection des oiseaux and Société d'études ornithologiques vs Région Wallonne, Jur. 1996, p. I-6775, C-6/98 ARD vs Pro Sieben Media, Jur. 1999, p. I-7599 en C-6/04 Commissie vs Verenigd Koninkrijk Jur. 2005, p. I-9017.

Als een bovenstroomse lidstaat zich beroept op een uitzonderingsgrond kan dit nadelige gevolgen hebben voor benedenstroomse lidstaten. Daarom bepaalt de KRW dat de lidstaten niet eenzijdig een beroep kunnen doen op een uitzonderingsgrond. De KRW verplicht de lidstaten tot afstemming met de andere lidstaten in het stroomgebieddistrict, hetzij omdat de voorwaarden waaronder beroep op de uitzonderingsclausule kan worden gedaan moeten worden vastgelegd in het stroomgebiedbeheersplan én moeten worden geëvalueerd bij de bijwerking van het plan, hetzij omdat de maatregelen op moeten worden genomen in de maatregelenprogramma's horend bij het stroomgebiedbeheersplan. Bovendien perkt de KRW het beroep op uitzonderingsgronden verder in door te bepalen dat een lidstaat er bij de toepassing van een van de uitzonderingsgronden zorg voor moet dragen dat dit het bereiken van de doelstellingen van de KRW in andere waterlichamen in hetzelfde stroomgebieddistrict niet blijvend verhindert of in gevaar brengt en verenigbaar is met de andere Gemeenschapsvoorschriften op milieugebied.⁶⁷¹ Eveneens is vereist dat het huidige beschermingsniveau gehandhaafd blijft én dat de toestand van de waterlichamen niet achteruit mag gaan.⁶⁷² Dit betekent dat lidstaten slechts beperkt een beroep kunnen doen op de uitzonderingsclausules van de KRW en daarbij rekening moeten houden met de belangen van andere lidstaten.

671 | Artikel 4 lid 8 KRW. Helaas is vooralsnog onduidelijk wanneer er sprake is van 'andere waterlichamen'. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een regionaal waterlichaam ernstig vervuild is, maar de rivier waarin deze uitkomt door verdunning in mindere mate wordt aangetast.

672 | Artikel 4 lid 9 KRW.

22.3.3 Publieke participatie

Burgers en milieugroeperingen mogen zich ook bemoeien met het opstellen en bijwerken van het stroomgebiedbeheersplan. De KRW - en in haar kielzog de Hoogwaterrichtlijn - schrijft de lidstaten voor om actieve participatie van alle betrokken partijen aan te moedigen bij de uitvoering van de richtlijn, zonder overigens specifiek iets te regelen voor publieke participatie in internationale stroomgebiedsdistricten.⁶⁷³ Toch verwachten de KRW en de Hoogwaterrichtlijn dat de lidstaten publieke participatie serieus nemen. Hoewel de lidstaten enerzijds publieke participatie bij het opstellen, toetsen en bijstellen van de plannen slechts aan hoeven te moedigen, verplicht de KRW de lidstaten anderzijds wel om tijdschema, werkprogramma, overzicht van de belangrijke waterbeheerskwesaties en kopieën van het ontwerp-stroomgebiedbeheersplan te publiceren en voor commentaar beschikbaar te stellen aan het publiek, terwijl de Hoogwaterrichtlijn de lidstaten verplicht om overstromingsrisicobeoordeling, -kaarten en -beheersplannen openbaar te maken.⁶⁷⁴ Om actieve betrokkenheid en raadpleging mogelijk te maken, moet de lidstaat ten minste zes maanden uittrekken voor het maken van schriftelijke opmerkingen. Achtergronddocumenten en -informatie hoeven alleen op verzoek beschikbaar te worden gemaakt.

Gelet op de stroomgebiedbenadering van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn zouden de bepalingen over publieke participatie zo moeten worden geïnterpreteerd dat zij ook betrekking hebben op grensoverschrijdende publieke participatie.⁶⁷⁵ Hier zijn inmiddels al ervaringen mee opgedaan in het stroomgebied van de Vecht.⁶⁷⁶ Zonder grensoverschrijdende publieke participatie wordt het publiek in de andere lidstaten buitenspel gezet en dat zou strijdig zijn met de strekking van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (Verdrag van Aarhus).⁶⁷⁷ De bepalingen over inspraak van de richtlijn over publieke participatie zijn niet van toepassing op het opstellen en bijwerken van de plannen ter uitvoering van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn.⁶⁷⁸ De wijze waarop grensoverschrijdende publieke participatie onder deze richtlijn is geregeld, kan echter wel als voorbeeld dienen. Dat zou betekenen dat de lidstaten in voorkomend geval moeten overleggen of de inspraak grensoverschrijdend dient plaats te vinden. Indien zij daartoe besluiten, moeten ze een regeling treffen die ervoor zorgt dat het publiek uit beide lidstaten in kan spreken. Een soortgelijke regeling vloeit voort uit de toepassing van de MER-richtlijn bij de besluitvorming over concrete maatregelen uit het stroomgebiedbeheersplan, indien deze potentieel een significant effect hebben op het milieu in een andere lidstaat.⁶⁷⁹

⁶⁷³ | Macrory & Turner 2002, p. 504.

⁶⁷⁴ | Respectievelijk artikel 14 KRW en artikel 9 en 10 Hoogwaterrichtlijn.

⁶⁷⁵ | Macrory & Turner 2002, p. 506 en 507.

⁶⁷⁶ | Keetman & Verhallen 2006, p. 17-19, m.n. p. 17 en meer in het algemeen Van der Boll & Van der Arend 2007, p. 31-44.

⁶⁷⁷ | Trb. 1998, 289 (i.w. 30 oktober 2001).

⁶⁷⁸ | Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2003/35 van het Europees Parlement en de Raad tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad, PbEG 2003 L156/17.

⁶⁷⁹ | Artikel 7 Richtlijn 97/11 van de Raad tot wijziging van Richtlijn 85/337/EEG betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, PbEG 1997 L73/5.

22.3.4 Het delen van informatie

Voor een effectieve samenwerking - en om een lidstaat te kunnen aanspreken op zijn prestaties - is het essentieel dat de meetmethoden vergelijkbaar zijn en dat lidstaten informatie over de staat en stand van het water beschikbaar maken. De KRW draagt daaraan bij doordat zij eisen stelt aan de wijze waarop de lidstaten de waterkwaliteit monitoren en voorziet in de vaststelling van gestandaardiseerde technische specificaties en meetmethoden.⁶⁸⁰ Dit is noodzakelijk om de analyse van deze gegevens te kunnen gebruiken bij de coördinatie van het opstellen en bijwerken van het stroomgebiedbeheersplan.⁶⁸¹ De Hoogwaterrichtlijn stelt geen eisen aan monitoring, maar draagt de Commissie wel op om een regeling te treffen om de opmaak van statistische en cartografische gegevens te standaardiseren, wat de vergelijkbaarheid en daardoor de uitwisseling van gegevens uiteraard ten goede zal komen.⁶⁸²

Beide richtlijnen dragen de lidstaten op om periodiek de voortgang bij het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn te rapporteren aan de Commissie.⁶⁸³ De Commissie is vervolgens verplicht periodiek een verslag te doen aan het Europees Parlement en de Raad.⁶⁸⁴ Deze bepalingen hebben dus primair een toezichtfunctie, maar zijn eveneens gericht op het voldoen aan de informatiebehoefte binnen een bepaald stroomgebied.

Hoewel het Verdrag van Helsinki opdraagt signalerings- en alarmeringssystemen op te zetten en wederzijdse bijstand te verlenen in geval van een calamiteit,⁶⁸⁵ biedt de KRW de lidstaten helaas geen handvaten voor het bestrijden van calamiteiten. Het voorziet noch in een alarmeringssysteem, noch in wederzijdse assistentie bij het nemen van noodmaatregelen.⁶⁸⁶ Het is spijtig dat de KRW deze verplichting niet heeft geïmplementeerd, omdat dit betekent dat het afhangt van de partijen bij een bilateraal of multilateraal verdrag dat betrekking heeft op een internationaal stroomgebied of dit goed is geregeld. Dankzij de gemaakte afspraken, werkt Nederland met Duitsland naar tevredenheid samen in de internationale Rijncommissie bij het delen van informatie ter bestrijding van calamiteiten.⁶⁸⁷ Helaas verloopt de samenwerking met België en Frankrijk in de internationale Maascommissie minder goed.⁶⁸⁸ Dan zijn meetpunten aan de grens noodzakelijk om tijdig maatregelen te kunnen treffen.

Goede ervaringen met het uitwisselen van informatie over overstromingsrisico's worden opgedaan in het kader van het INTERREG IIIC netwerk Flood Awareness & Prevention Policy in Border Areas (FLAPP).⁶⁸⁹ Maatregelen om overstromingen

⁶⁸⁰ | Artikel 8 en 21 KRW.

⁶⁸¹ | Zie artikel 5 KRW.

⁶⁸² | Artikel 11 Hoogwaterrichtlijn.

⁶⁸³ | Artikel 15 KRW en artikel 15 Hoogwaterrichtlijn.

⁶⁸⁴ | Artikel 18 KRW en artikel 16 Hoogwaterrichtlijn.

⁶⁸⁵ | Artikel 9 (g), 14 en 15 Verdrag van Helsinki.

⁶⁸⁶ | Ten aanzien van de informatievoorziening aan het publiek valt een soortgelijke lacune te betreuren. De KRW en de Hoogwaterrichtlijn dragen lidstaten immers niet op het publiek te informeren bij calamiteiten. Deze lacune wordt echter opgevuld door Richtlijn 2003/4/EC van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie PbEG 2003 L041/26.

⁶⁸⁷ | DHV 2007, m.n. p. 19 en 20.

⁶⁸⁸ | DHV 2007, m.n. p. 19 en 20.

⁶⁸⁹ | Zie voor meer informatie www.flapp.org.

tegen te gaan in grensoverschrijdende stroomgebieden stuiten op moeilijkheden vanwege verschillen in het juridisch systeem van de verschillende landen en vanwege cultuurverschillen. Ervaringen met overstromingen van de Maas (België/Nederland), de Elbe (Tsjechië/Duitsland), de Tisza (Roemenië/Hongarije), de Donau (Hongarije/Oostenrijk) en de Douro (Spanje/Portugal) maakten duidelijk dat grensoverschrijdende samenwerking noodzakelijk is. Het FLAPP-netwerk is dan ook opgezet om ervaringen uit te wisselen, om te onderzoeken wat de 'best practices' in het overstromingsrisicobeheer zijn en om van elkaar te leren en elkaar te leren kennen. Het netwerk kent 35 partners in 12 verschillende Europese landen.

22.4 HET AFDWINGEN VAN NALEVING DOOR PUBLIEKRECHTELIJKE PROCEDURES

Er zijn verschillende mogelijkheden om naleving af te dwingen als een (lid)staat zijn verplichtingen onder de KRW of de Hoogwaterrichtlijn niet nakomt, dan wel onvoldoende bereid is om zijn maatregelenpakket af te stemmen met de andere lidstaten in het stroomgebieddistrict. Ook internationale verdragen bieden afhankelijk van de partijen bij het geschil enige mogelijkheden. Met betrekking tot Europese stroomgebieden kennen de KRW en de Hoogwaterrichtlijn een bijzondere functie toe aan de Commissie, die niet alleen als hoedster van het verdrag naking af kan dwingen door middel van verdragsinbreukprocedures, maar ook als mediator kan worden ingeschakeld door de lidstaten. Daarnaast kunnen lidstaten overwegen om geschillen op te lossen door een internationale procedure of door te procederen voor het Hof van Justitie. Decentrale overheden kunnen klagen bij hun lidstaat of bij de Commissie, maar ook overwegen te procederen in het buitenland.

22.4.1 Internationale procedures⁶⁹⁰

Alle relevante waterverdragen bevatten bepalingen voor het beslechten van geschillen tussen verdragspartijen over de uitlegging of toepassing van het betreffende verdrag. Naleving van deze verdragen dient allereerst te worden bewerkstelligd door middel van de voorgeschreven diplomatieke methoden voor geschillenbeslechting: onderhandelingen, goede diensten, bemiddeling, feitenonderzoek of conciliatie. Ook het inschakelen van de door een verdrag ingestelde commissie voor een specifieke rivier is vaak een mogelijkheid. Het resultaat daarvan is echter normaalgesproken niet juridisch bindend. Voor een juridisch bindend resultaat kunnen de verdragspartijen gebruik maken van arbitrage of rechtspraak als de diplomatieke methoden zonder succes zijn verlopen. Het Verdrag van Helsinki voorziet bijvoorbeeld in de mogelijkheid om het geschil voor te leggen aan een

arbitragetribunaal of het Internationaal Gerechtshof, indien beide partijen daarmee hebben ingestemd.⁶⁹¹ De Rijnverdragen voorzien in verplichte arbitrage. Nederland heeft daarvan gebruik gemaakt om een geschil met Frankrijk te beslechten omtrent de verrekening van kosten gemaakt voor het terugdringen van chloridelozingen in de Rijn.⁶⁹²

De mogelijkheid om gebruik te maken van arbitrage of rechtspraak is echter beperkt voor EU-lidstaten, omdat zij op grond van artikel 292 EG verplicht zijn om hun onderlinge geschillen betreffende de uitlegging of toepassing van het gemeenschapsrecht voor te leggen aan het Europese Hof van Justitie. Het staat lidstaten in dergelijke gevallen niet vrij om te kiezen voor een bindende internationale procedure. Dit kan niet worden omzeild door het geschil te vermommen als een geschil over het Verdrag van Helsinki. Dat is immers een gemengd verdrag, waar niet alleen de lidstaten maar ook de Gemeenschap partij bij zijn. Dat betekent dat het verdrag deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde en dat het Europese Hof van Justitie exclusief bevoegd is om kennis te nemen van geschillen over de uitleg en toepassing daarvan en om te beoordelen of deze door een lidstaat in acht zijn genomen.⁶⁹³ Dat geldt ook voor de andere verdragen waar de EG partij bij is, zoals het Rijnverdrag.⁶⁹⁴

De ruimte die lidstaten hebben om hun geschillen over de toepassing of uitlegging van deze waterverdragen te beslechten via een bindende internationale procedure is derhalve zeer beperkt. Dit leidt slechts uitzondering als het gaat om een geschil waarbij de toepassing of uitlegging van het Gemeenschapsrecht nadrukkelijk niet aan de orde is.⁶⁹⁵ Dit is ter beoordeling van de bevoegde gemeenschapsinstelling. De lidstaten hebben in elk geval de verplichting tot voorafgaande informatie en consultatie van de gemeenschapsinstellingen (met name de Europese Commissie), voordat zij een geschil voorleggen aan deze instantie.⁶⁹⁶ Dat ligt anders als het een geschil betreft met een niet-lidstaat, want dan kan het geschil enkel gaan over de uitleg of toepassing van een internationaal verdrag zoals het Verdrag van Helsinki of een verdrag over de samenwerking binnen een bepaald stroomgebied. In dergelijke gevallen is het inschakelen van een internationale rechter of arbitragetribunaal de enige optie, afgezien van diplomatieke methoden om het geschil te beslechten.

22.4.2 Europese procedures

De KRW en de Hoogwaterrichtlijn voorzien erin dat lidstaten die van mening verschillen over de uitvoering van de KRW, de Commissie kunnen vragen op

691 | Artikel 22 Verdrag van Helsinki.

692 | Nederland/Frankrijk (Rijn-chloride arbitrage), uitspraak van 12 maart 2004.

693 | C-459/03 Commissie vs Ierland ('MOX fabriek'), Jur. 2006, p. I-0000.

694 | Artikel 4 van het Protocol van ondertekening bij het Rijnverdrag bepaalt dit expliciet.

695 | Een voorbeeld is de arbitragezaak tussen Nederland en België betreffende de heropening van een spoorverbinding tussen Antwerpen en het Rijnbekken in Duitsland (IJzeren Rijn zaak), uitspraak van 24 mei 2005.

696 | C-459/03 Commissie vs Ierland ('MOX fabriek'), Jur. 2006, p. I-0000, para. 179-182.

690 | Deze paragraaf is ontleend aan Keessen, Dotinga & Van Rijswijk 2007.

te treden als mediator. Lidstaten mogen al in een vroeg stadium een beroep doen op de Commissie. De KRW bepaalt namelijk dat de Commissie te hulp schiet om de toewijzing van water aan een stroomgebied te vergemakkelijken op verzoek van de betrokken lidstaten.⁶⁹⁷ Ook wanneer bij het opstellen van het maatregelenprogramma dat bij het stroomgebiedbeheersplan hoort problemen ontstaan, kan een betrokken lidstaat de Commissie om hulp verzoeken.⁶⁹⁸ Ten slotte mag een lidstaat de hulp van de Commissie ook inroepen wanneer het een grensoverschrijdend probleem constateert, dat wil zeggen een probleem dat voor zijn waterbeheer gevolgen heeft, maar niet door die lidstaat zelf kan worden opgelost.⁶⁹⁹ De hulp van de Commissie kan dus ook worden ingeroepen bij grensoverschrijdende waterverontreiniging. Hoewel de richtlijnen voorzien in bemiddeling door de Commissie, staat het (afgevaardigden van) een lidstaat vrij om gevallen van grensoverschrijdende waterverontreiniging of wateroverlast te bespreken in het stroomgebiedsdistrictoverleg, het waterdirecteurenoverleg of tijdens een vergadering van het regelgevende KRW comité.⁷⁰⁰

Wanneer een lidstaat de hulp van de Commissie inroept in een geschil over een grensoverschrijdend probleem verloopt de procedure als volgt. Eerst legt de lidstaat het probleem voor aan de Commissie en eventuele andere betrokken lidstaten. Het kan daarbij aanbevelingen doen voor de oplossing ervan. Vervolgens dient de Commissie binnen zes maanden op een verslag of aanbevelingen te reageren.⁷⁰¹ De KRW en de Hoogwaterrichtlijn bevatten geen vormvereisten ten aanzien van de reactie van de Commissie op een verzoek om hulp van een lidstaat, afgezien van de verplichting om bij een grensoverschrijdend probleem binnen zes maanden te reageren. Uit de KRW of de Hoogwaterrichtlijn blijkt niet wat de status is van de reactie van de Commissie. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat de Commissie de lidstaten alleen kan adviseren over de aanpak van een probleem, omdat de KRW en de Hoogwaterrichtlijn de Commissie geen wettelijke grondslag bieden voor het nemen van een bindend besluit.⁷⁰² De reactie van de Commissie heeft echter wel overtuigende waarde, omdat (zoals hieronder nader uitgewerkt) de Commissie kan besluiten om een verdragsinbreukprocedure te beginnen tegen een lidstaat die de verplichtingen onder de KRW of de Hoogwaterrichtlijn niet nakomt.⁷⁰³

Uiteraard loopt een lidstaat die benedenstrooms ligt - en zijn verplichtingen onder de KRW niet na kan komen vanwege de watervervuiling die afkomstig

is van een andere lidstaat - ook het risico dat de Commissie optreedt met een niet-nakomingsprocedure. Een lidstaat kan echter alleen met de vinger wijzen naar het buitenland als het kan aantonen dat de niet-nakoming van de doelstellingen van de KRW aan een andere lidstaat is te wijten.⁷⁰⁴ Door meetpunten aan de grens neer te zetten kan een lidstaat dit met monitoringgegevens aantonen. Het ligt voor de hand dat een lidstaat zich daarmee kan indekken tegen een niet-nakomingsprocedure door de Commissie. De KRW stelt of regelt echter niet dat niet aan de verplichtingen onder de KRW hoeft te worden voldaan als de oorzaak is gelegen in grensoverschrijdende waterverontreiniging.⁷⁰⁵

Een lidstaat die schade ondervindt als gevolg van grensoverschrijdende waterverontreiniging of wateroverlast, kan ervoor kiezen om een procedure wegens niet-naleving bij het Hof van Justitie aanhangig te maken tegen een lidstaat die de verplichtingen onder de KRW of de Hoogwaterrichtlijn niet nakomt.⁷⁰⁶ Aan de procedure voor het Hof gaat een verzoek tot bemiddeling aan de Commissie vooraf. Deze voorprocedure lijkt op de hierboven uiteengezette procedure van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn. Onder de 227 EG procedure heeft de Commissie echter slechts drie maanden om een oplossing voor het geschil voor te stellen. Daarna kan de klagende lidstaat een procedure aanhangig maken bij het Hof van Justitie wegens niet-nakoming.

De KRW en de Hoogwaterrichtlijn vermelden niet dat na het doorlopen van de geschillenprocedure beroep bij het Hof van Justitie open staat. Het ligt echter voor de hand dat een lidstaat na het volgen van de KRW/Hoogwaterrichtlijn procedure het probleem niet nogmaals hoeft voor te leggen aan de Commissie. Waarschijnlijk zal het gebrek aan coördinatie tussen de KRW/Hoogwaterrichtlijn procedure en de artikel 227 EG procedure een volslagen theoretisch probleem blijken, aangezien de praktijk leert dat lidstaten maar zelden de behoefte voelen om een andere lidstaat voor het Hof van Justitie te dagen.⁷⁰⁷ Een lidstaat kan er overigens ook voor kiezen om een geschil met een andere lidstaat direct aan het Hof van Justitie voor te leggen op grond van artikel 239 EG. Dit is echter alleen mogelijk wanneer ook de andere lidstaat de zaak aanhangig wil maken.

Hoewel de lidstaten dus wel degelijk kunnen optreden, ligt het in de lijn der verwachtingen dat zij het aan de Commissie zullen overlaten om nakoming van de verplichtingen onder de KRW af te dwingen door het starten van een niet-nakomingsprocedure. De Commissie hoort immers als hoedster van het verdrag op te treden tegen een lidstaat die zijn verplichtingen onder het gemeenschapsrecht

697 | Artikel 3 lid 4 KRW en artikel 7 KRW.

698 | Artikel 3 lid 3 en lid 4 KRW.

699 | Artikel 12 KRW en artikel 8 Hoogwaterrichtlijn.

700 | Vgl. C-178/97 Banks, Jur. 2000, p. I-2005. Artikel 21 KRW (onder verwijzing naar Besluit 1999/468) voorziet in de oprichting van een regelgevend comité. Artikel 16 Hoogwaterrichtlijn verwijst hiernaar.

701 | Artikel 12 KRW en artikel X Hoogwaterrichtlijn.

702 | Vgl. gevoegde zaken T-74/00, T-76/00, T-83/00 tot T-85/00, T-132/00, T-137/00 en T-141/00 Artegodaan e.a. vs Commissie (Artegodaan I) Jur. 2002, p. II-4945 en C-39/03 P Commissie vs Artegodaan e.a. (Artegodaan II) [2003] Jur. I-7885 en T-273/03 Merck Sharp & Dohme e.a. vs Commissie, Jur. 2006, p. II-0000.

703 | Artikel 226 en 228 EG.

704 | Backes 1999, p. 179-194.

705 | Een dergelijke uitzondering is bijvoorbeeld wel geregeld in het voorstel voor de KMS en in het richtlijnvoorstel inzake milieukwaliteitsnormen voor de chemische toestand van oppervlaktewateren. Zie ook CAW 2007.

706 | Vgl. C-359/92 Duitsland vs Raad, Jur. 1994, p. I-3681.

707 | Vgl. C-145/04 Spanje vs Verenigd Koninkrijk ('Gibraltar'), Jur. 2006, p. I-7917 en C-388/95 België vs Spanje, Jur. 2000, p. I-3123.

niet nakomt door inzet van de procedures van artikel 226 en 228 EG. De Commissie heeft een discretionaire bevoegdheid om dit instrument in te zetten wanneer zij op de hoogte raakt van misstanden dankzij klachten van lidstaten, decentrale overheden of burgers of dankzij de monitoring- en rapportageverplichtingen van de KRW en van de Hoogwaterrichtlijn. Daarmee kan de Commissie de druk op de lidstaten om de verplichtingen van de KRW en de Hoogwaterrichtlijn na te leven opvoeren, in het bijzonder sinds de Commissie het Hof van Justitie bij voortdurende niet-nakoming in een tweede procedure kan verzoeken zowel een boete als een dwangsom op te leggen.⁷⁰⁸

708 | C-304/02 Commissie vs Frankrijk, Jur. 2005, p. I-6263.

22.4.3 Nationale procedures

Een geheel andere mogelijkheid om naleving af te dwingen bij grensoverschrijdende geschillen over waterbeheer is gelegen in het bestaan dat nationale autoriteiten bestuursrechtelijke procedures volgen in een andere (lid)staat. Hoewel het Hof van Justitie in het Banks arrest procederen in het buitenland uitdrukkelijk opperde als mogelijkheid voor het beslechten van geschillen tussen lidstaten, stelde het niet verplicht dat dit naar nationaal procesrecht mogelijk is in een lidstaat.⁷⁰⁹ Dat arrest staat er dus niet aan in de weg dat in bijvoorbeeld Duitsland het relativiteitsvereiste verhindert dat lokale overheden kunnen procederen in bestuursrechtelijke geschillen, want het Hof laat het slagen van deze mogelijkheid uitdrukkelijk afhangen van de mogelijkheden onder het nationale procesrecht.⁷¹⁰

709 | C-178/97 Banks, Jur. 2000, p. I-2005.

710 | Zie uitvoeriger Klinge-Van Rooij 2006, p. 80-88 en Dimitrov 2007, p. 117-128, m.n. p. 123-124.

Dankzij het Verdrag van Aarhus hebben decentrale overheden mogelijk meer kansen om toegang te verkrijgen tot de rechter in alle lidstaten en in andere staten die daar partij bij zijn. Decentrale overheden kunnen namelijk op grond van het Verdrag van Aarhus, zoals omgezet in twee richtlijnen en in nationale wetgeving, milieu-informatie opvragen en participeren in de besluitvorming in milieuaangelegenheden. Bovendien mogen zij procederen in geval van een weigering om milieu-informatie te verstrekken of om hun participatierechten veilig te stellen. Ten slotte mogen zij op grond van het Verdrag van Aarhus - ook al is dit nog niet omgezet in een richtlijn, het moet wel zijn geregeld in nationale wetgeving - procederen tegen milieubesluiten mits zij voldoende belang of een inbreuk op een recht kunnen aantonen.⁷¹¹ Daarbij is voorzien in een geprivilegieerde positie voor milieuorganisaties, maar niet voor decentrale overheden. Daarom is het onzeker of lokale overheden - die immers niet specifiek het milieubelang behartigen - in alle (lid)staten zullen worden beschouwd als belanghebbenden.

711 | Zie over rechtsbescherming onder het Verdrag van Aarhus onder meer De Sadeleer, Roller & Dross 2005, Widdershoven 2004, p. 530-540, en Keessen 2007, p. 26-36.

22.5 PRIVAATRECHTELIJKE MOGELIJKHEDEN: SCHADEVERGOEDING BIJ GRENDOERSCHRIJDENDE WATERVERONTREINIGING

Zoals in paragraaf 22.1 al is aangegeven, is het in gevallen van grensoverschrijdende waterverontreiniging de vraag in hoeverre een lidstaat in staat kan worden geacht invloed uit te kunnen oefenen op de kwaliteit van het water op zijn grondgebied. Water in grensoverschrijdende waterlopen kan zich immers verplaatsen tussen staten. In elke staat kan de kwaliteit van het water veranderen. Lidstaten kunnen dus water beheren dat kwaliteitsnormen overschrijdt zonder dat die overschrijding (geheel) te wijten is aan gebeurtenissen die op hun eigen grondgebied hebben plaatsgevonden. Dit heeft echter geen invloed op de schadeplichtigheid van de lidstaat tegenover de EG wanneer de resultaatsverplichtingen niet worden gehaald. Een lidstaat draagt hoe dan ook de verantwoordelijkheid over zijn eigen wateren en kan zich niet verweren door de schuld op een andere (lid)staat te schuiven.⁷¹²

Een schadeplichtige lidstaat zou echter kunnen proberen deze schade te verhalen op degene die hem veroorzaakt heeft. Daarover gaat deze paragraaf. Een schadeprocedure kan in beginsel gevoerd worden voor verschillende rechters en jegens verschillende soorten schadeveroorzakers. In het onderstaande zal beschreven worden welke mogelijkheden een lidstaat heeft om schade die geleden wordt door grensoverschrijdende waterverontreiniging te verhalen op de staat op wiens grondgebied de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden, door gebruik te maken van het eigen privaatrecht en door te procederen voor de eigen rechter. Aangezien dit boek in de eerste plaats geschreven is voor Nederlandse waterbeheerders, zal de situatie behandeld worden waarin een Nederlandse overheid deze schade wil verhalen.

Dit vraagstuk is niet in de eerste plaats EG-rechtelijk van aard. Veeleer spelen het volkenrecht, het internationaal privaatrecht en ons eigen privaatrecht een rol. Om een geslaagde schadevergoedingsactie als de bovenstaande te bewerkstelligen, dient een aantal hordes genomen te worden. Allereerst zal de Nederlandse rechter zich bevoegd moeten achten om over het geschil te oordelen. Vervolgens dient het Nederlandse recht van toepassing te zijn op het geschil. Ten slotte zal ook de inhoudelijke behandeling van de schadeclaim gunstig voor de eiser moeten uitpakken. Hieronder worden deze hordes stuk voor stuk besproken. Na de introductie van een aantal algemene begrippen, wordt de rechterlijke bevoegdheid in dit soort zaken behandeld. Vervolgens wordt ingegaan op het toepasselijke recht op basis waarvan dit soort zaken behandeld dient te worden. Daarna zal

712 | De richtlijnen bevatten geen uitzonderingen voor deze internationale gevallen. Artikel 4 lid 1 Drinkwaterrichtlijn bepaalt zelfs expliciet dat er wat betreft het voldoen aan resultaatsverplichtingen geen verschil bestaat tussen binnenlandse en grensoverschrijdende wateren. Mogelijk komt er echter verandering op dit punt. Momenteel is het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake milieukwaliteitsnormen op het gebied van het waterbeleid in behandeling. De Raad heeft op 12 december 2007 een gemeenschappelijk standpunt vastgesteld. In de nieuwe richtlijntekst is een uitzonderingsbepaling opgenomen voor grensoverschrijdende verontreiniging. Blijkens artikel 6 van de voorgestelde richtlijn maakt een lidstaat geen inbreuk op zijn verplichtingen indien de normoverschrijding te wijten is aan een buiten zijn rechtsmacht gelegen verontreinigingsbron waardoor hij niet in staat was effectieve maatregelen te nemen om de betrokken normen na te leven. Nadrukkelijk wordt opgemerkt dat nog geen definitieve richtlijntekst beschikbaar is en dus onduidelijk is of deze uitzonderingsbepaling ook daadwerkelijk van kracht wordt. Zie voor meer informatie over deze richtlijn hoofdstuk 19.

de schadevergoedingsactie inhoudelijk behandeld worden door naar de inhoud van het toepasselijke recht te kijken. Mogelijkheden om een veroordelend vonnis ook daadwerkelijk in het buitenland ten uitvoer te leggen worden in dit boek niet besproken. Er wordt kort ingegaan op de betekenis van het EG-recht voor een schadeclaim. Ten slotte worden de bevindingen van deze (uitvoerige) paragraaf samengevat.

Vooraf dient nog opgemerkt te worden dat een gerechtelijke procedure tussen staten niet direct een positief effect zal hebben op de politieke betrekkingen tussen de partijen. Dit kan een overheid ervan weerhouden zo'n procedure aan te spannen. Meestal zal het behouden van goede onderlinge verhoudingen belangrijker geacht worden dan het halen van recht. Dat betekent echter niet dat een dergelijke procedure niet zou kunnen voorkomen en dat het niet de moeite waard is de juridische mogelijkheden op dit terrein te verkennen.

22.5.1 Begripsbepaling

Om een deugdelijke bespreking van deze materie mogelijk te maken, wordt hieronder eerst een aantal begrippen besproken zodat duidelijk is waarover we het hebben.

Met grensoverschrijdende watervervuiling wordt bedoeld een negatieve beïnvloeding van de waterkwaliteit in een bepaald land, waarna dat water in een ander land terecht komt waar het schade veroorzaakt. Het kan dan gaan om schade aan gewassen, personen, kosten die gemaakt moeten worden om de waterkwaliteit te herstellen, schadelijkheid aan de EG, enzovoort. De precieze aard van die schade is echter geen voorwerp van dit onderzoek en zal in het vervolg buiten beschouwing worden gelaten.

Bovengenoemde categorie gevallen wordt gekenmerkt door het feit dat de schadeveroorzakende handeling ergens anders plaatsvindt dan waar de schadelijke inwerking optreedt.⁷¹³ Twee plaatsen kunnen onderscheiden worden:

- de plaats waar de schadeveroorzakende handeling zich afspeelt, het zogenoemde *Handlungsort* of *locus acti*;
- de plaats waar de schade intreedt, het zogenoemde *Erfolgort* of *locus damni*.

22.5.2 Rechterlijke bevoegdheid

Om in een geschil een buitenlandse staat te kunnen veroordelen tot het betalen van schadevergoeding, zal een Nederlandse rechter zich eerst bevoegd moeten

verklaren over dat geschil te oordelen. Deze bevoegdheid heeft een internationaal privaatrechtelijke en een volkenrechtelijke component. Hieronder worden beide aspecten besproken. Hoewel de volkenrechtelijke component procesrechtelijk eerder behandeld dient te worden dan de internationaal privaatrechtelijke,⁷¹⁴ wordt de volgorde hier uit didactische overwegingen omgedraaid.

Internationaal privaatrechtelijke bevoegdheid

Wat betreft grensoverschrijdende watervervuiling, is er een aantal staten dat mogelijk voor de rol van schadeveroorzaker in aanmerking komt. Het betreft dan die staten van waaruit water geografisch gezien ons land kan bereiken. Ten aanzien van verschillende staten gelden verschillende regelingen. Deze worden hieronder besproken.

Voor het Nederlandse internationaal bevoegdheidsrecht is allereerst van belang Verordening (EG) 44/2001, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening). Deze verordening is grotendeels gebaseerd op het oudere EEX-Verdrag en dient overeenkomstig uitgelegd te worden.⁷¹⁵ Eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie over het verdrag behoudt dan ook zijn betekenis.⁷¹⁶ Ingevolge artikel 249 EG zijn verordeningen rechtstreeks toepasselijk en kunnen zij zonder enige tussenkomst rechten en plichten scheppen voor particulieren in alle lidstaten.⁷¹⁷ Denemarken neemt evenwel geen deel aan de EEX-Verordening. Voor procedures tegen die lidstaat behoudt dus het EEX-Verdrag zijn gelding. Naast deze regelingen is voor Nederland van belang het zogenoemde Parallelverdrag. Dit verdrag geldt ten aanzien van betrekkingen met IJsland, Noorwegen en Zwitserland. De voor een schadevergoedingsactie relevante bepalingen zijn inhoudelijk precies gelijk aan het EEX-Verdrag. Om die reden wordt in het vervolg geen verdere aandacht geschonken aan dit verdrag. Ingeval bovengenoemde regelingen niet (materieel, formeel en temporeel) van toepassing zijn, zal gekeken moeten worden naar het commune internationaal bevoegdheidsrecht zoals neergelegd in de artikelen 1 t/m 14 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Ook deze regeling is grotendeels gelijk aan het EEX-Verdrag.

De EEX-Verordening is blijkens artikel 1 materieel van toepassing 'in burgerlijke en handelszaken'. Dit is een autonoom Europees begrip en zodra het gaat om een 'burgerlijke rechtsvordering', is deze verordening van toepassing.⁷¹⁸ In een serie arresten⁷¹⁹ heeft het Hof van Justitie verder uitgewerkt wanneer sprake is van zo'n burgerlijke rechtsvordering.

⁷¹⁴ | Spiegel 2001, p. 9.

⁷¹⁵ | Preambule EEX-Verordening (onder 19).

⁷¹⁶ | Strikwerda 2002, p. 215.

⁷¹⁷ | Zaak C-93/71, Jur. 1972, p. 287.

⁷¹⁸ | Rapport Jenard, Publicatieblad EG, C-59/1979.

⁷¹⁹ | Zaak 29/76, Eurocontrol, NJ 1982, 95, zaak C-814/79, Rüffer, NJ 1982, 97, zaak C-172/91, Sonntag, Jur. 1993, p. I-1963, zaak C-271/00, Steenberg, Jur. 2002, p. I-10489 en zaak C-266/01, Préservatrice Foncière, Jur. 2003, p. I-4867.

⁷¹³ | Zie bijvoorbeeld Strikwerda 2002, p. 188.

In deze serie arresten bespreekt het Hof het geval van een eisende overheid en introduceert het begrip ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’. Wanneer een overheid de eisende partij is, is geen sprake van een burgerlijke rechtsvordering wanneer deze overheid handelt krachtens overheidsbevoegdheid. Daarbij is het juridische karakter van de eisende partij (privaat- of publiekrechtelijk) niet van belang⁷²⁰, maar slechts (in de eerste plaats) het voorwerp van geschil en (vervolgens) de aard van de rechtsbetrekking. Uit analyse van deze arresten⁷²¹ volgt dat het behoorlijk lastig kan zijn vast te stellen of sprake is van ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’. Hoewel het Hof aangeeft het rechtszekerheidsbeginsel als belangrijkste principe te zien bij de interpretatie van artikel 1 van de EEX-Verordening,⁷²² is de rechtspraak zeer casuïstisch; de soorten zaken verschillen sterk en telkens worden nieuwe methoden gehanteerd om de toepasselijkheid van de Verordening te bepalen. Wel lijkt de jurisprudentie te tenderen naar een steeds grotere nadruk op het criterium van de ‘exclusiviteit’ van de gehanteerde bevoegdheid: wanneer bij het instellen van de vordering tot schadevergoeding sprake is van rechten die een particulier niet heeft, handelt de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid. Briggs⁷²³ typeert de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit gebied als volgt: ‘The broad principle of the distinction is therefore this: if the claim made is one by, or against, a public law body, which only a public law body could make (or which would lie against only a public law body), the claim will probably not fall within the Regulation [de EEX-Verordening, red.]. If instead it is a claim which could be brought by any legal person, but which just happens in this case to be brought by a public law body, it will fall within the scope of the Regulation.’

Wanneer dus een Nederlandse overheid een vordering indient tot schadevergoeding wegens grensoverschrijdende waterverontreiniging, moet nagegaan worden of daarbij gebruik wordt gemaakt van rechten die particulieren niet hebben.

Betlem pleit voor een heroverweging van de Rüffer-jurisprudentie (één van de arresten waarbij de Verordening niet toepasselijk wordt geacht omdat er een publiekrechtelijke regeling ten grondslag ligt aan de reden waarom een vordering wordt ingesteld).⁷²⁴ Volgens hem moet de EEX-Verordening - anders dan het EEX-Verdrag - uitgelegd worden in overeenstemming met het EG-Verdrag (artikel 2 EG-Verdrag). In artikel 174 lid 2 EG-Verdrag is neergelegd het beginsel dat ‘de vervuiler betaalt’. Milieubescherming wordt bovendien door het Hof van Justitie beschouwd als een van de fundamentele doelstellingen van de gemeenschap.⁷²⁵ Volgens Betlem moet de Verordening zó worden uitgelegd, dat zij bijdraagt aan

de verwezenlijking van deze fundamentele doelstelling. Hij pleit dan ook voor een ‘groene nuancering’ van bovenstaande jurisprudentie, waarbij kostenverhaal in milieuzaken wél onder het toepassingsbereik van de EEX-Verordening valt.

Wat geldt voor eisende overheden, geldt ook voor zich verwerende overheden.⁷²⁶ De EEX-Verordening is slechts van toepassing, zolang de verweerder bij het veroorzaken van de schade niet handelde krachtens overheidsbevoegdheid. Wanneer dus een buitenlandse overheid bij het veroorzaken van waterverontreiniging gebruik heeft gemaakt van bevoegdheden die niet aan particulieren ter beschikking staan, kan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in die zaken niet gebaseerd worden op de EEX-Verordening.

Wanneer de EEX-Verordening niet van toepassing is, geldt dat ook voor het erkennings- en tenuitvoerleggingsdeel ervan. Dat betekent dat een eventueel veroordelend Nederlands vonnis tegen een buitenlandse overheid veel moeilijker erkend zal worden door de gerechten van dat land en dat de mogelijkheden tot tenuitvoerlegging ook veel beperkter zullen zijn.⁷²⁷ Een eisende partij heeft dus een groot belang bij het toepasselijk zijn van de Verordening. Een eisende Nederlandse overheid zal er dan ook goed aan doen een vordering uit onrechtmatige daad zoveel mogelijk te baseren op privaatrechtelijke gronden. Daarmee blijft het voorwerp van geschil eerder binnen het bereik van de Verordening en is er weinig kans dat gebruik wordt gemaakt van rechten die particulieren niet ter beschikking staan. Zo zou een eisende overheid zich beter kunnen baseren op een schending van haar eigendomsrecht (voor zover dat mogelijk is) dan op aan haar opgedragen milieubeschermingstaken. Ook betekent dit dat eisende overheden beter kunnen klagen over schade door feitelijk handelen (iets wat particulieren ook kunnen) dan over een vergunningverlening (evident een typische overheidstaak) ten gevolge waarvan schadelijk handelen heeft plaatsgevonden.

Indien van toepassing, geeft de Verordening een regeling voor de rechterlijke bevoegdheid. Volgens de hoofdregel (artikel 2) is het gerecht waar de verweerder zijn woonplaats heeft (*forum rei*) bevoegd kennis te nemen van het geschil. Daarnaast biedt artikel 5 een aantal alternatief bevoegde rechters, waaronder die van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, de *locus delicti*. Bij grensoverschrijdende waterverontreiniging is het niet triviaal waar de *locus delicti* zich bevindt. Zoals opgemerkt wordt deze categorie gevallen gekenmerkt

720 | Betlem 2002, p. 38.

721 | Van Kempen, 2007, p. 77-82.

722 | Aldus Pontier & Burg 2004, p. 88.

723 | Briggs 2002, p. 44.

724 | Betlem 2002, p. 39-40.

725 | Zie zaak 240/83, Jur. 1985, p. 531.

726 | Zaak C-172/91, Sonntag, Jur. 1993, p. I-1963.

727 | Aldus ook Betlem 2002, p. 35.

door het feit dat de schadeveroorzakende handeling ergens anders plaatsvindt dan waar de schadelijke inwerking optreedt. In het Kalimijnenarrest⁷²⁸ werd duidelijk wat in dit soort gevallen als *locus delicti* moet gelden. Het Hof van Justitie overweegt te dien aanzien: 'dat ingeval de plaats waar zich een feit heeft voorgedaan dat een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan meebrengen, en de plaats waar door dit feit schade is ontstaan, niet samenvallen, de uitdrukking 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' in artikel 5, sub 3 van het verdrag aldus moet worden verstaan dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis is bedoeld; dat hieruit volgt dat de verweerder ter keuze van de verzoeker kan worden opgeroepen voor de rechter hetzij van de plaats waar de schade is ingetreden, hetzij van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt.' Volgens het Hof zijn dus zowel de gerechten van het *Handlungsort* als van het *Erfolgsort* bevoegd.

Wanneer de EEX-Verordening niet van toepassing is, dient te worden teruggeval- len op het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht. De hoofdregel wordt hier gevormd door artikel 2 Rv: in zaken die bij dagvaarding moeten worden ingeleid (wat het geval is bij een onrechtmatige daad) heeft de Nederlandse rechter rechts- macht, indien de gedaagde in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, het forum rei dus. Net als bij de EEX-Verordening is er daarnaast nog een aantal alternatief bevoegde fora. Voor grensoverschrijdende waterverontreiniging is van belang artikel 6 sub d Rv: de Nederlandse rechter is alternatief bevoegd indien het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan. Deze for- mulering is letterlijk ontleend aan artikel 5 sub 3 van het EEX-Verdrag en moet dus ook analoog worden geïnterpreteerd.⁷²⁹ Dat betekent dat ingevolge het Kali- mijnenarrest de Nederlandse rechter bevoegd is, zowel wanneer het schadebren- gende feit zich hier heeft voorgedaan, als wanneer de schadelijke inwerking hier heeft plaatsgevonden. Wat dit betreft is er dus geen verschil met zaken die onder de EEX-Verordening vallen.

Resumerend kan gesteld worden dat in zaken van grensoverschrijdende water- verontreiniging de Nederlandse rechter bevoegd is wanneer de schade zich hier te lande voordoet, zowel op grond van de EEX-Verordening als op grond van het commune Nederlandse internationaal bevoegdheidsrecht. Wanneer de EEX-Veror- dening niet van toepassing is, geldt dat ook voor het erkennings- en tenuitvoerleg- gingsdeel, waardoor een eventueel veroordelend vonnis veel moeilijker erkend zal worden en de mogelijkheden tot tenuitvoerlegging ook veel beperkter zullen zijn.

⁷²⁹ | Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 36.

Volkenrechtelijke bevoegdheid

Naast bovengenoemde internationaal privaatrechtelijke regeling, heeft een bui- tenlandse overheid een extra mogelijkheid de bevoegdheid van de Nederlandse rechter te bestrijden: door zich te beroepen op volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie. Ingevolge artikel 13a van de Wet algemene bepalingen wordt de rechts- macht van de Nederlandse rechter beperkt door de in het volkenrecht erkende uit- zonderingen. Immuniteit van jurisdictie vloeit voort uit het *par-in-parembeginsel*: tussen gelijken bestaat geen rechtsmacht.

Het par-in-parembeginsel is onderdeel van het volkenrechtelijke gewoonterecht.⁷³⁰ Naast dit gewoonterecht is voor Nederland van belang de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (EOIS). Behalve door Nederland is de EOIS ge- ratificeerd door België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Ten aanzien van rechtsvorderingen tegen die landen geldt dus het regime van de EOIS. Een beroep op immuniteit door een ander land zal beoordeeld moeten worden aan de hand van het volkenrecht. Aangezien het volkenrecht divers is en niet eenduidig, kan het zijn dat de rechter ook ten aan- zien van andere staten het regime van de Overeenkomst toepast. Omdat het een zeer onduidelijk vraagstuk betreft waarover internationaal weinig eenduidigheid bestaat, zal een rechter waarschijnlijk snel geneigd zijn een kant-en-klare regeling toe te passen.⁷³¹ Dit wordt echter niet afgedwongen door de Overeenkomst zelf.⁷³² In elk geval zal de rechter aan een niet-verdragsstaat niet in méér gevallen immu- niteit toekennen dan de Overeenkomst aangeeft.⁷³³

Gold oorspronkelijk het beginsel van absolute immuniteit⁷³⁴, tegenwoordig vi- geert (zowel in het gewoonterecht als in de EOIS⁷³⁵) de restrictieve immuniteits- leer.⁷³⁶ Deze nieuwe leer maakt een onderscheid tussen typische overheidshan- delingen (*acta iure imperii*) en privaatrechtelijke handelingen (*acta iure gestionis*). Volgens de restrictieve leer kan een staat zich in beginsel alleen geldig op immu- niteit beroepen, indien het gaat om handelingen die *iure imperii* zijn verricht en staat hij wat betreft *acta iure gestionis* gelijk aan een particulier en geniet hij dus geen bescherming. Het is echter niet triviaal welke handelingen nu als privaatrechtelijk en welke als typische overheidshandelingen zijn te beschouwen. Om dit onderscheid te maken, kijkt de Nederlandse rechter vooral naar de aard van de handeling en niet - zoals in andere landen wel gebeurt - naar het doel van de handeling.⁷³⁷ Beide benaderingen verschillen bijvoorbeeld wanneer verontreinigd materiaal in water wordt geloosd (iets waar in beginsel eenieder toe in staat is) omdat dit materiaal verplaatst moest worden in het kader van onderhoud van

⁷³⁰ | Malanczuk 1997, p. 118.

⁷³¹ | Belinfante 1973, p. 15, anders: Belinfante 1973, p. 27.

⁷³² | Explanatory Report, punt 7.

⁷³³ | Belinfante 1973, p. 8 en p. 27.

⁷³⁴ | Malanczuk 1997, p. 119.

⁷³⁵ | Kamerstukken II, 1981-1982, nr. 3, p. 4.

⁷³⁶ | Malanczuk 1997, p. 119 en Spiegel 2001, p. 6.

⁷³⁷ | Kooijmans 2000, p. 62, zie ook HR 28 mei 1993, NJ 1994, 329 en HR 25 november 1994, NJ 1995, 650, r.o. 3.3.6.

738 | Dit specifieke voorbeeld was aan de orde in het Duitse Iffezheim. Meer informatie hierover is te vinden in Van Kempen 2007, p. iii-iv en specifiek met betrekking tot het begrip 'typische overheids-handeling' p. 45-50.

739 | Explanatory Report, punt 10, onder (1).

740 | Artikel 15 EOIS.

741 | Spiegel 2001, p. 86-87 en Schreuer 1988, p. 61.

742 | Hess 1992, p. 219.

743 | Explanatory Report (96).

744 | Zie voor meer informatie hierover Van Kempen 2007, p.44-49, waarin op grond van jurisprudentie gepoogd wordt aansluiting te zoeken met het strafrechtelijke begrip 'exclusieve bestuurstaak' om te besluiten over de rechterlijke bevoegdheid.

745 | Er dient evenwel vermeld te worden dat bovenstaande gedachtegang niet door anderen wordt gebezigd (noch in bevestigende, noch in ontkennde zin) en dat er geen duidelijkheid bestaat over hoe precies beoordeeld moet worden of artikel 24 gebruikt mag worden. Een verdere onderbouwing van deze stelling valt evenwel te vinden in Van Kempen 2007, p.41-44. In Betlem 1996, p. 148, valt eveneens een impliciete aanvaarding van deze redenering te lezen.

een stuwdam in eigendom van de overheid (een doel dat typisch door de overheid wordt nagestreefd).⁷³⁸

In de EOIS wordt de simpele volkenrechtelijke regel gecompliceerd door aan het internationale privaatrecht ontleende aanknopingspunten om voldoende verbondenheid tussen processtaat en geschil te garanderen en omdat deze jurisdictie ook voldoende in de andere verdragsstaten erkend moet worden om executie van het vonnis mogelijk te maken.⁷³⁹ Als een verdragsstaat geen immuniteit toekomt op grond van de Overeenkomst, moet hij gevolg geven aan een vonnis tegen hem (artikel 20 lid 1 EOIS). De Overeenkomst gaat uit van een zogenoemde 'negative list approach'. Dat betekent dat immuniteit wordt verleend, tenzij is voldaan aan één der in een lijst (artikel 1 t/m 14) opgesomde gevallen.⁷⁴⁰ Hoewel deze regeling bekritiseerd wordt⁷⁴¹, lijkt het dat grensoverschrijdende waterverontreiniging niet onder een van deze gevallen valt en de overeenkomst dus geen mogelijkheid biedt een beroep op immuniteit te verwerpen. Dat zou betekenen dat de Nederlandse rechter niet bevoegd zou zijn recht te spreken in zaken van grensoverschrijdende waterverontreiniging.

Deze lijst met gevallen is echter niet uitputtend.⁷⁴² Indien een zaak van grensoverschrijdende waterverontreiniging niet in de 'negative list' voorkomt, kan artikel 24 EOIS mogelijk uitkomst bieden. Volgens dat artikel kan de Nederlandse rechter beslissen naar de in Nederland geldende inzichten, indien de onderhavige zaak niet onder de in de lijst opgesomde gevallen valt. Artikel 24 kan ingeroepen worden omdat de in artikel 11 gehanteerde aanknopingsfactoren niet corresponderen met de in Nederland gehanteerde bevoegdheidsregels.⁷⁴³ Deze aanknopingsfactoren, die hiervoor zijn behandeld, wijzen (onder meer) de rechter van het Erfolgsort aan als bevoegde rechter. Wat vervolgens precies de in Nederland geldende inzichten zijn met betrekking tot een beroep op immuniteit van jurisdictie in zaken van grensoverschrijdende waterverontreiniging, is erg onduidelijk.⁷⁴⁴ De mogelijkheid bestaat in elk geval dat zowel onder het volkenrechtelijke gewoonterecht als onder de EOIS de Nederlandse rechter in zaken van grensoverschrijdende waterverontreiniging een beroep op immuniteit van jurisdictie zal verwerpen, al bestaat er geen zekerheid omtrent de kans hierop.⁷⁴⁵

22.5.3 Toepasselijk recht

Wat betreft het conflictenrecht met betrekking tot grensoverschrijdende waterverontreiniging zijn er geen verdragen waarbij Nederland partij is en zijn we dus aangewezen op het commune conflictenrecht, dat te vinden is in de Wet Conflic-

tenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD). De hoofdregel van het commune conflictenrecht wordt gegeven artikel 3 lid 1 WCOD: toepasselijk is het recht van de staat op welks grondgebied de daad plaatsvindt, de *lex loci delicti*. Zoals uit de Latijnse term gelijk duidelijk wordt, duikt ook hier weer het probleem van de vaststelling van de locus op. Artikel 3 lid 2 WCOD bevat een verduidelijking van het locusbegrip: indien *Handlungsort* en *Erfolgsort* uiteenlopen, is het recht van het *Erfolgsort* van toepassing, tenzij de dader de schadelijke inwerking van zijn daad aldaar niet had kunnen voorzien.

Wat betreft lozingen in een water (zeker in het geval van een rivier) die schadelijke gevolgen hebben in Nederland, zal in een zaak voor de Nederlandse rechter dus in beginsel ook Nederlands recht van toepassing zijn omdat het erg onwaarschijnlijk is dat de schadeveroorzakende partij niet had kunnen voorzien dat haar handelen ook in een ander land schade zou kunnen veroorzaken. Ongeacht de vraag welk nationaal rechtsstelsel van toepassing is, speelt natuurlijk - ten aanzien van de lidstaten - het Europese gemeenschapsrecht een grote rol. Al het nationale recht dient immers zo veel mogelijk conform het gemeenschapsrecht te worden uitgelegd.⁷⁴⁶

746 | Zie hoofdstuk 2.

22.5.4 Inhoudelijke behandeling

Een overheid die geleden schade vergoed wil zien zal zich waarschijnlijk beroepen op artikel 6:162 BW. In combinatie met artikel 6:163 BW geeft dit artikel de volgende algemene eisen voor een geslaagd beroep op schadevergoeding uit onrechtmatige daad:

- er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad (waarbij als onrechtmatig worden aangemerkt een inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt);
- de onrechtmatige daad moet aan de dader kunnen worden toegerekend;
- er moet sprake zijn van schade;
- er moet een causaal verband bestaan tussen de onrechtmatige daad en de geleden schade;
- er moet relativiteit bestaan tussen de geleden schade en de geschonden norm.

Voor een verdere uitwerking van deze algemene eisen wordt verwezen naar de bekende handboeken over het verbintenissenrecht. Hieronder wordt deze materie in standaard situaties bekend verondersteld. In een onrechtmatige daadsactie

zoals die in dit boek besproken wordt, komt naast deze algemene aspecten een aantal bijzonderheden aan de orde. Die bijzonderheden hebben drie oorzaken en worden hieronder besproken. Ten eerste gaat het om een onrechtmatige *overheidsdaad*. Ten tweede is het een onrechtmatige daad *jegens* een overheid. Ten slotte is de onrechtmatige daad *grensoverschrijdend*. Naast deze dimensies kent de regeling van de onrechtmatige daad enkele specifieke bijzonderheden in milieuzaken. Deze worden hier echter buiten beschouwing gelaten.⁷⁴⁷

747 | Zie voor specifieke behandeling van de onrechtmatige daad in gevallen van grensoverschrijdende milieuvervuiling ook Van Kempen 2007, p. 9-23.

De onrechtmatige overheidsdaad

In het Nederlandse recht geldt het uitgangspunt dat behalve particulieren ook de overheid aansprakelijk is voor onrechtmatig toegebrachte schade.⁷⁴⁸ Het gaat daarbij niet alleen om aansprakelijkheid wegens het nemen van besluiten; ook voor feitelijk handelen kan de overheid aansprakelijk zijn.⁷⁴⁹ Hoewel het in de praktijk altijd overheidsfunctionarissen zijn die feitelijk handelend optreden, levert hun handelen een onrechtmatige daad op van het overheidslichaam waartoe zij behoren, indien hun gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van dat overheidslichaam hebben te gelden. Dat is het geval indien de betrokken werkzaamheden tot de taak van dat lichaam moeten worden gerekend.⁷⁵⁰

748 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 1.

749 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 13.

750 | Van der Does & De Wijkerslooth 1985, p. 87.

Dat ook de overheid subject is van artikel 6:162 BW betekent echter niet dat de vereisten van dat artikel voor overheden op dezelfde wijze gelden als voor particulieren. De overheid bekleedt een bijzondere positie in ons rechtsbestel. Aan haar zijn taken opgedragen die anderen niet hebben; het gaat dan met name om het maken van wetten, het spreken van recht en het uitoefenen van het bestuur van het land. Op de eerste twee genoemde terreinen is de overheid in beginsel vrij te handelen (met inachtneming van de grondwettelijke en verdragsrechtelijke beperkingen natuurlijk).⁷⁵¹ Wat betreft het laatste terrein ligt dat genuanceerder. Ten eerste brengt het legaliteitsbeginsel met zich mee dat alle bestuurlijke activiteiten moeten berusten op een wettelijke grondslag. Ten tweede wordt de overheid geacht als hoeder en behartiger van het algemeen belang op te treden. Dat brengt mee dat zij moet kunnen doen of nalaten wat particulieren niet is toegestaan.

751 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 3.

Eenzijds is daarbij een zekere beleidsvrijheid noodzakelijk, wil de uitvoerende overheid haar taken goed kunnen vervullen. Het bestaan van beleidsvrijheid leidt ertoe dat de rechter in beginsel het overheidshandelen slechts marginaal zal toetsen. De organen van de overheid maken bij het voeren van beleid keuzes ten aanzien van de maatschappelijke belangen die zij met dat beleid willen dienen. In een democratische rechtsstaat behoren het ook de overheden te zijn die die keuzes

maken en niet de rechter. De rechter mag niet teveel op de stoel van het bestuur gaan zitten. De rechterlijke toets is dus in zoverre marginaal dat hij in beginsel niet die politieke afweging nog eens overdoet (de *doelmatigheid*), maar slechts ingaat op de *rechtmatigheid* ervan. Hoe ver die beleidsvrijheid in het concrete geval reikt, is afhankelijk van de wettelijke omschrijving van de overheidstaak, de aard van die taak en de omstandigheden waaronder deze moet worden volbracht. Beleidsvrijheid is in ieder geval niet aanwezig bij gebonden beschikkingen.⁷⁵²

752 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 57.

Anderzijds vraagt deze macht ook om een adequate bescherming tegen onrechtmatig handelen van die overheid. Om die reden is de uitvoerende overheid bij haar handelen gebonden aan allerlei extra normen die niet gelden voor particulieren, met name aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.). Ingevolge artikel 3:14 BW (en artikel 3:1 lid 2 Awb) is de overheid ook bij haar privaatrechtelijke optreden aan deze normen gebonden. Deze a.b.b.b. beperken de beleidsvrijheid die de overheid heeft en verruimen de rechterlijke toetsing. Zij komen voort uit het ongeschreven recht en zijn deels gecodificeerd in de Awb. De rechter mag het gedrag van de overheid toetsen aan alle a.b.b.b.⁷⁵³ Soms kan toepassing van de a.b.b.b. zelfs *contra legem* werken. Dat betekent dat handelen in overeenstemming met de wet in bepaalde gevallen ook in strijd kan zijn met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en derhalve als onrechtmatig wordt aangemerkt.

753 | HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727.

Aan de ene kant is de overheid dus méér toegestaan, aan de andere kant heeft zij ook te voldoen aan meer normen. Dit heeft tot gevolg dat de overheid in vergelijking met particulieren zowel onderworpen is aan een ruimere als aan een beperktere civiele aansprakelijkheid. De algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW krijgt daardoor bij overheidshandelen een specifieke invulling. Hieronder zal ingegaan worden op de materiële aspecten van de onrechtmatige overheidsdaad en zullen deze worden vergeleken met de algemene onrechtmatige daad.

In het algemeen kan gezegd worden dat er strengere eisen worden gesteld aan de zorgvuldigheid van de overheid dan aan die van particulieren. Van de overheid mag 'voorbeeldig' gedrag worden verlangd. De overheid kan geacht worden op de hoogte te zijn van de feitelijke en juridische stand van zaken.⁷⁵⁴ Bij schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, moet voorts worden aangenomen dat daarmee automatisch voldaan is aan het vereiste van toerekening.⁷⁵⁵ Bovendien moeten overheden aan méér zorgvuldigheidsverplichtingen voldoen

754 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 90-91.

755 | Bauw & Brans 2003, p. 144.

dan particulieren. Hierboven werden al de a.b.b.b. genoemd. Daarnaast heeft elke staat echter ook de volkenrechtelijke verplichting zijn grondgebied niet te gebruiken noch een gebruik ervan toe te staan op een wijze die geen rekening houdt met de nadelige effecten die dat gebruik heeft op de milieubelangen van andere staten.⁷⁵⁶ Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in r.o. 3.3.2 van de Hoge Raad in het Kalimijnenarrest, waarin deze overweegt dat de benedenstroomse gebruiker van een rivier in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild. Dit volkenrechtelijke beginsel kan een rol spelen bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.⁷⁵⁷ De Nederlandse rechter kan naar nationaal recht dit soort regels van volkenrecht ‘inlezen’ in de nationale voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar hij kan ze ook toepassen op grond van het volkenrecht zelf.⁷⁵⁸

756 | Van den Berg 1990, p. 6.

757 | Maat 1997, p. 72.

758 | Nollkaemper 1998, p. 4.

Ten aanzien van het vereiste van relativiteit kan een aantal opmerkingen gemaakt worden. Dit vereiste houdt in dat slechts een verplichting tot schadevergoeding bestaat voor zover de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Veel publiekrechtelijke voorschriften waarop men zich kan beroepen als zijnde geschonden door de overheid, bevatten slechts instructienormen. Niet-nakoming daarvan kan geen aanspraken voor benadeelden scheppen.⁷⁵⁹ Het zal in de praktijk echter vaak moeilijk zijn te bepalen of een voorschrift een instructie- dan wel een waarborgnorm is.⁷⁶⁰ Indien een publiekrechtelijk voorschrift slechts strekt tot bescherming van het algemeen belang, dan kunnen gelaedeerde derden geen aanspraak maken op schadevergoeding wegens schending van dit voorschrift. Een voorschrift dat in het algemeen belang een opdracht geeft aan de overheid, schept derhalve geen rechtsplicht van de overheid jegens specifieke derden.⁷⁶¹ Van Rossum ziet in het arrest Duwbak Linda⁷⁶² een belangrijk signaal voor inperking van de overheidsaansprakelijkheid met betrekking tot het relativiteitsvereiste.⁷⁶³ In dit arrest overweegt de Hoge Raad onder meer dat de strekking van de in casu relevante publiekrechtelijke voorschriften niet is ‘om een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan’. Widdershoven ziet wat dit betreft een parallel tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van toezicht in het kredietwezen en bovenstaande uitspraak.⁷⁶⁴ Dat betekent dat de jurisprudentie in ieder geval op twee gebieden van toezicht in deze aansprakelijkheidsbeperkende richting tendert. Het is echter de vraag of dat ook het geval is buiten het terrein van het overheidstoezicht.

759 | HR 23 november 1939, NJ 1940, 242.

760 | Van der Does & De Wijkerslooth 1985, p. 78 en de noot onder HR 7 mei 2004 in AB 2005, 127, punt 3.

761 | Van Rossum 2005, p. 80.

762 | HR 7 mei 2004, RvdW 2004/67.

763 | Van Rossum 2005, p. 80.

764 | Aldus zijn noot onder zaak C-222/02 in AB 2005, 17.

Ten slotte kan met betrekking tot de omvang van de schadevergoeding nog gezegd worden dat de overheid als optimaal draagkrachtig wordt beschouwd.⁷⁶⁵ De rechter kan hier rekening mee houden bij het toekennen van schadevergoeding (artikel 6:109 lid 1 BW).

765 | Van Maanen & De Lange 2000, p. 91.

De onrechtmatige daad jegens de overheid

In het Nederlandse recht bestaat geen duidelijke doctrine ten aanzien van de onrechtmatige daad *jegens* de overheid.⁷⁶⁶ In de eerste plaats dient opgemerkt te worden dat ook de overheid procespartij als ieder ander kan zijn. Zolang de eisende overheid stelt een *voldoende* belang te hebben (artikel 3:303 BW) kan zij procespartij zijn. Het klagen door de overheid over een onrechtmatige daad jegens haar is voldoende om het te doen gaan om een ‘schuldvordering’ in de zin van artikel 112 Gw.

766 | Bierbooms 1994, p. 3.

Overheden kunnen enerzijds direct schade lijden doordat zij in een subjectief recht worden aangetast (bijvoorbeeld in hun eigendomsrecht van ’s lands niet-particuliere bodem). Anderzijds kan de overheid ertoe gedwongen worden kosten te maken (bijvoorbeeld om de kwaliteit van water te herstellen nadat een overschrijding van een toegestane concentratie is gebleken). De overheid maakt deze kosten door publiekrechtelijk op te treden. Dat hoeft echter niet in de weg te staan aan privaatrechtelijk verhaal van die kosten.

In het Rijksweg 12-arrest⁷⁶⁷ is bepaald dat de Staat in een eigen, privaatrechtelijk te beschermen belang kan worden geraakt, ook al treedt hij op ten behoeve van het algemeen belang en vloeit dat optreden voort uit publiekrechtelijke voorschriften op grond waarvan de Staat reeds verplicht was om bepaalde maatregelen te treffen. De verplichting voor de Staat om bepaalde kosten toch al te maken leidt niet tot verval van zijn verhaalsrecht.⁷⁶⁸ De aanleiding tot het maken van die kosten moet wel gelegen zijn in een onrechtmatige daad. In het Zuidpool-arrest⁷⁶⁹ breidde de Hoge Raad deze regeling uit naar onrechtmatige daden die gepleegd zijn buiten het Nederlandse territoir. Het bovenstaande is vaste rechtspraak. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de overheid zich het belang ter bescherming waarvan het overheidsoptreden noodzakelijk was, op het moment van de aantasting reeds moet hebben aangetrokken, of dat het voor de veroorzaker van de schade voldoende duidelijk moet zijn geweest dat de overheid zich dat belang zou gaan aantrekken.⁷⁷⁰ Dit vereiste zal op het gebied van waterverontreiniging geen beletsel vormen. In artikel 21 Gw is immers expliciet bepaald dat de overheid zich de bescherming van het leefmilieu aan zal trekken.

767 | HR 19 december 1975, NJ 1976, 161.

768 | HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444.

769 | HR 26 mei 1978, NJ 1978, 615.

770 | Bauw & Brans 2003, p. 211 en HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462.

Kostenverhaal door de overheid ex artikel 6:162 BW zoals hierboven beschreven, is op zichzelf ook overheidsoptreden dat onrechtmatig kan zijn. De overheid kan beleidsmatig opereren vanuit diverse rechtssystemen, zoals het privaatrecht, het strafrecht, het bestuursrecht, enzovoort. Deze systemen kennen veelal hun eigen waarborgen tegen onrechtmatig overheids-handelen. Soms kan het gebruik van het privaatrecht de in andere systemen geldende waarborgen verstoren of ingaan tegen de aard of strekking van regelgeving in die andere systemen. In die gevallen zal het de overheid niet toegestaan zijn gebruik te maken van het privaatrecht.

Dat dit ook het geval kan zijn bij privaatrechtelijk kostenverhaal na publiekrechtelijk overheidsoptreden blijkt uit het arrest Vlissingen/Rize.⁷⁷¹ Daarin was de vraag aan de orde of de overheid náást publiekrechtelijke bevoegdheden tot het verhalen van (in casu brandweer)kosten ook gebruik mocht maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden (artikel 6:162 BW). Uit de beantwoording van die vraag blijkt dat de Hoge Raad het verhalen van kosten ziet in het licht van de zogenoemde doorkruisingsleer of tweewegenleer. Kostenverhaal ex artikel 6:162 BW is toegestaan, voor zover dit geen publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar doorkruist.

Voor verhaal op burgers is deze leer voor het eerst geformuleerd in het Windmill-arrest⁷⁷² en wat betreft kostenverhaal uitgewerkt in Vlissingen/Rize. Het is onbekend of deze leer ook geldt ten aanzien van grensoverschrijdend verhaal op overheden. Aangezien de beoordeling -of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising - echter pas aan de orde komt nadat de rechter zich volkenrechtelijk bevoegd heeft verklaard en er wat dat betreft dus geen verschil wordt gemaakt tussen overheden en burgers, kan betoogd worden dat deze leer dus analoog kan worden toegepast op overheden. In de doorkruisingsleer is allereerst van belang of er een publiekrechtelijke regeling bestaat die de overheid bevoegdheden toekent ter behartiging van de in het geding zijnde belangen. Is dat niet het geval, dan is privaatrechtelijk kostenverhaal geen probleem. Als dat wel het geval is, dient beschouwd te worden of die publiekrechtelijke regeling privaatrechtelijk kostenverhaal mogelijk maakt dan wel uitsluit. Om die vraag te beantwoorden kunnen de gebruikelijke juridische interpretatiemethoden worden toegepast. Indien het antwoord op deze vraag niet duidelijk wordt uit de publiekrechtelijke regeling, komt men toe aan de eigenlijke toets, namelijk de vraag of het privaatrechtelijk verhalen van kosten de regeling onaanvaardbaar zou doorkruisen. Voor deze toetsing is mede van belang de wijze waarop de belangen van burgers in de publiekrechtelijke regeling zijn beschermd. Privaatrechtelijk overheids-handelen

771 | HR 11 december 1992, NJ 1994, 639.

772 | HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393.

mag deze belangen niet méér schenden dan publiekrechtelijk mogelijk is. Bovendien is voor de doorkruisingsvraag van belang de mogelijkheid voor de overheid om met gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat te bereiken. Een onaanvaardbare doorkruising valt met name aan te nemen indien de overheid met gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken. Bij milieuzaken is in het algemeen geen publiekrechtelijk verhaal mogelijk. In grensoverschrijdende gevallen is dat nog sterker het geval. Overheden kunnen in het algemeen namelijk geen publiekrechtelijke sancties opleggen aan niet ingezetenen.⁷⁷³ Een vergelijkbaar resultaat is dus publiekrechtelijk niet voorhanden. Daarmee zal niet snel sprake zijn van een onaanvaardbare doorkruising en is dus artikel 6:162 BW beschikbaar voor kostenverhaal door Nederlandse overheden.

In het bovenstaande is de beschikbaarheid van de onrechtmatige daadsactie voor de overheid aan de orde gekomen. Hieronder wordt besproken welke inhoudelijke bijzonderheden optreden wanneer het een overheid is die de onrechtmatige daadsactie instelt.

Wat betreft het vereiste van onrechtmatigheid wegens een inbreuk op een recht kan het volgende worden opgemerkt. In het Kalimijnenarrest werd nog geoordeeld dat het verontreinigen van Rijnwater geen inbreuk op een recht van tuinders vormde. Met betrekking tot de overheid ligt dat wellicht anders. Zij heeft namelijk de (deels Europese) taak het water schoon te houden. Betoogd kan worden dat uit het beginsel van loyale samenwerking (artikel 10 EG) voor staten de plicht voortvloeit zich te onthouden van activiteiten die deze taak bemoeilijken. In zekere zin heeft de overheid dus een 'recht' op deze inspanningsverplichting van vreemde staten. Daarnaast vloeien uit de diverse richtlijnen natuurlijk resultaatsverplichtingen voort. Het is echter de vraag of het niet voldoen hieraan een inbreuk op een recht van een andere staat kan vormen. Zoals opgemerkt in de inleiding van dit hoofdstuk gelden deze verplichtingen juist slechts ten aanzien van het eigen territorium.

Wat betreft het relativiteitsvereiste kan het volgende worden opgemerkt. Milieunormen zijn in de eerste plaats gericht op het voorkomen en beperken van (verschillende vormen van) milieuaantasting en daarmee op de bescherming van het (algemene) milieubelang of deelbelangen daarvan. Het relativiteitsvereiste zou problemen op kunnen leveren voor particuliere eisers omdat deze normen niet tot bescherming van hun specifieke belangen zijn geschreven. Dat is anders

773 | Betlem 1993, p. 347, Betlem 2002, p. 36 en ook de conclusie van advocaat-generaal Bloembergen onder HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717, punt 5.3.

774 | Bauw & Brans 2003, p. 65-66.

indien de eiser het algemene milieubelang tot zijn eigen belang kan rekenen.⁷⁷⁴ Voor overheden zal het relativiteitsvereiste dan ook minder problemen opleveren dan voor 'gewone' particulieren indien het desbetreffende milieubelang daadwerkelijk wordt aangetast. De overheid dient zich namelijk ingevolge artikel 21 Gw het algemene milieubelang aan te trekken.

De internationale onrechtmatige daad

Onrechtmatig is (onder meer) het handelen in strijd met een wettelijke plicht. In internationale gevallen is het de vraag welke wettelijke plichten onrechtmatig geschonden kunnen worden. Uit het Interlas-arrest⁷⁷⁵ volgt dat ook een doen of nalaten in strijd met een buitenlandse wettelijke plicht onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 BW. De inhoud van deze wettelijke plichten verschilt van land tot land (al zijn er natuurlijk vanwege de Europese regelgeving veel overeenkomsten). Wat echter universeel is, is dat handelen in strijd met een wettelijke plicht in het kader van grensoverschrijdende waterverontreiniging vaak zal bestaan in het handelen zonder, of in strijd met een vergunning. Wanneer dus een buitenlandse particulier zonder vergunning handelingen verricht waarvoor volgens zijn buitenlandse recht een vergunning vereist is, of wanneer hij handelt in strijd met de aan zijn buitenlandse vergunning verbonden voorschriften, is er sprake van onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW. Om dit element van de onrechtmatige daad vast te kunnen stellen, zal dus gekeken moeten worden naar het nationale milieurecht van het *Handlungsort*. Een andere vraag is of de geldigheid van een buitenlandse vergunning ook aan Nederlandse normen kan worden getoetst. Volgens het Hof Den Haag is dat niet het geval.⁷⁷⁶ Voor de geldigheid van buitenlandse vergunningen moet dus blijkbaar teruggevallen worden op het materiële buitenlandse recht. Ook de interpretatie van die vergunning moet naar buitenlands recht geschieden.⁷⁷⁷

Verder is het mogelijk dat in het buitenland verrichte handelingen (of omissies) in strijd zijn met een Nederlandse wettelijke plicht. Het is natuurlijk de vraag of een buitenlander normaddressaat kan zijn van Nederlandse wettelijke normen. Jessurun d'Oliveira meent dat uit de bewoordingen en het doel van Nederlandse milieuwetgeving volgt dat buitenlandse 'emittoren' een Nederlandse vergunning nodig hebben wanneer hun emissies (al dan niet direct) in het Nederlandse milieu terecht komen.⁷⁷⁸ Het gaat dan om de extraterritoriale werking van nationale wetgeving. Hier is weinig over bekend en dit onderwerp zal hier verder niet behandeld worden. In ieder geval dient opgemerkt te worden dat het volkenrechtelijk niet per definitie onmogelijk is dat wetgeving extraterritoriaal werkt. Zo wijst

775 | HR 24 november 1984, NJ 1992, 404.

776 | Hof Den Haag 19 november 1992, TMA 1993, p. 131.

777 | Bauw & Brans 2003, p. 390.

778 | Jessurun d'Oliveira 1981, p. 59.

Jessurun d'Oliveira erop dat in het belastingrecht algemeen geaccepteerd is dat één en hetzelfde feit door meerdere nationale belastingregimes bestreken kan worden.⁷⁷⁹ Ook uit de Lotus-zaak⁷⁸⁰ volgt dat staten in beginsel vrij zijn onder hun jurisdictie te brengen wat zij zelf willen.⁷⁸¹

Het is ten slotte natuurlijk ook mogelijk dat een buitenlandse overheid handelt in strijd met een Europese wettelijke plicht. Deze situatie zal hieronder worden behandeld.

22.5.5 Schending van EG-recht als onrechtmatige daad

In het bovenstaande is een interstatelijke civiele sanctie behandeld vanuit een aantal rechtsgebieden. Aangezien dit boek toch voornamelijk gaat over EG-recht, volgt hieronder een aantal aanvullingen die vanuit Europees perspectief bij het bovenstaande geplaatst kunnen worden.

Een buitenlandse overheid kan zich beroepen op immuniteit van jurisdictie om aansprakelijkheid te vermijden. Wanneer de eisende partij echter klaagt over een schending van EG-recht, gaat zo'n beroep mogelijkwijs niet op. Dit wordt hieronder uitgelegd.

In een onrechtmatige daadsactie kan een schending van een recht onrechtmatig zijn en grond zijn voor het toekennen van schadevergoeding. Schending van het EG-recht kan ook zo'n grond zijn. Het EG-recht biedt de nationale rechter drie instrumenten om een effectieve doorwerking in de nationale rechtsorde te verzekeren. Naast rechtstreekse werking van richtlijnen en richtlijnconforme uitleg van nationaal recht, kan de nationale rechter lidstaten aansprakelijk stellen voor toerekenbare schendingen van EG-recht.⁷⁸² In het navolgende wordt hier dieper op ingegaan. Ten slotte wordt kort ingegaan op de Richtlijn milieuaansprakelijkheid.

Immunititeit en schending van EG-recht

Wanneer voor de Nederlandse rechter geklaagd wordt over een schending van gemeenschapsrecht door een buitenlandse overheid, is er mogelijk een grotere kans dat die rechter zich internationaal bevoegd acht over het geschil te oordelen dan wanneer 'slechts' geklaagd wordt over een schending van nationaal recht.

Immunititeit van jurisdictie is een vorm van bescherming van de soevereiniteit van de staat. Een schending van internationaal recht is in wezen een schending van de soevereiniteit van een andere staat. Komt een staat die het internationale recht

779 | Jessurun d'Oliveira 1981, p. 59.

780 | Permanent Hof van internationale Justitie, serie A No 10 (1927).

781 | Van den Berg 1990, p. 24-25.

782 | Althans in elk geval zijn eigen overheid.

schendt, nog wel een beroep op immuniteit toe, of verspeelt hij daarmee ook een deel van zijn eigen soevereiniteit? Volgens Bianchi is dat laatste het geval: 'It would be paradoxical to grant immunity for violations of international law. Immunity is a privilege granted by international law to states to prevent abuses from being perpetrated against them, not a permit for states to act in marked contrast with the foundations of the same system. One could quote plenty of authority to support the basic theory that states cannot place themselves above international law.'⁷⁸³

783 | Vrij naar Bianchi 1997, p. 410.

Hoewel Bianchi's betoog gaat over de bescherming van mensenrechten (die als *ius cogens* natuurlijk een sterkere inbreuk kunnen maken op de immuniteit van staten dan 'gewoon' internationaal recht als milieurecht), postuleert hij zijn stelling toch in het algemeen (hoewel hij erkent dat jurisdictie legitiemer is wanneer er sprake is van een schending van *ius cogens*⁷⁸⁴). Kan een schending van gemeenschapsrecht óók meebrengen dat een staat zijn beroep op immuniteit van jurisdictie verspeelt? Gemeenschapsrecht dient onderscheiden te worden van het internationale recht in het betoog van Bianchi. Bij Bianchi gaat het immers om universeel geldende normen; normen die gelden voor iedereen. Gemeenschapsrecht is daarentegen regionaal recht en niet universeel. Misschien komt echter binnen de regio Europa aan gemeenschapsrecht een soortgelijke status toe. Gemeenschapsrecht is allerm minst 'gewoon' internationaal recht. In Van Gend en Loos⁷⁸⁵ oordeelde het Hof van Justitie dat het EEG-Verdrag - in tegenstelling tot een 'gewoon' internationaal verdrag - meer is dan een overeenkomst waarbij wederzijdse verbintenissen tussen de partijen zijn ontstaan. Het heeft een onafhankelijke rechtsorde gecreëerd die door de lidstaten gedeeld wordt en waarbij tevens de onderdanen van die staten rechtssubjecten zijn.

784 | Bianchi 1997, p. 415.

785 | Zaak C-26/62, SEW 1963, p. 95.

Specifiek met betrekking tot een schending van gemeenschapsrecht erkent ook Waelbroeck dat 'a Member State which has been found to be in breach of its Community obligations may no longer rely on its "sovereignty" in order to escape proceedings [...]. It seems therefore that an action in one Member State against another Member State for breach of Community law should in principle be possible by virtue of Community law alone.'⁷⁸⁶

786 | Waelbroeck 1997, p. 334-335.

Het hierboven beschrevene bestaat echter louter uit opvattingen. Wegens een totaal gebrek aan jurisprudentie valt hier niks met zekerheid over te zeggen. Mocht een rechter echter aldus oordelen, dan betekent dat dat buitenlandse overheden die EG-recht schenden geen gebruik kunnen maken van een (geslaagd) beroep op immuniteit.

Aansprakelijkheid voor schendingen van EG-recht

In het Francovich-arrest⁷⁸⁷ heeft het Europese Hof van Justitie het beginsel erkend dat lidstaten aansprakelijk zijn voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hun kunnen worden toegerekend en dat op hen derhalve een verplichting rust die schade te vergoeden. Dit beginsel is - aldus het Hof - inherent aan het systeem van het EG-Verdrag en vindt tevens haar grondslag in artikel 10 van dat verdrag, waarin het beginsel van loyale samenwerking is neergelegd. Volgens het Hof vereist de volle werking van het gemeenschapsrecht het bestaan van een schadevergoedingsactie wegens schending van dat recht door lidstaten. Betlem en Rood zijn van mening dat hiermee de grondslag voor een actie uit onrechtmatige daad in geval van schending van EG-recht niet meer gevonden kan worden in artikel 6:162 BW, maar in het EG-Verdrag, zoals uitgelegd in Francovich.⁷⁸⁸ Dat betekent dat er in een procedure voor de Nederlandse rechter twee aansprakelijkheidsregimes bestaan: een nationaal en een Europees regime. De inhoud van het Europese aansprakelijkheidsregime wordt hier niet behandeld.⁷⁸⁹ Hieronder worden kort de bijzonderheden geschetst die optreden bij overheden die in een internationale setting gebruik maken van dit regime.

787 | HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357.

788 | Betlem & Rood 1992, p. 251.

789 | Voor een inhoudelijke behandeling hiervan wordt verwezen naar Jans e.a. 2002, hoofdstuk 8.

Het is onzeker of ook overheden gebruik kunnen maken van het Europese aansprakelijkheidsregime. Een van de criteria voor Francovich-aansprakelijkheid is namelijk dat de geschonden norm van gemeenschapsrecht ertoe moet strekken rechten toe te kennen aan *particulieren*. Gezien die formulering, zou gezegd kunnen worden dat lidstaten geen beroep kunnen doen op Francovich-aansprakelijkheid. Volgens Marschik is er echter geen reden om benadeelde particulieren anders dan benadeelde staten te behandelen.⁷⁹⁰ Hij verwijst daarbij naar een arrest⁷⁹¹, waarin het Hof van Justitie oordeelt dat 'een door het Hof krachtens de artikelen 169 [nieuw: 226] en 171 [nieuw: 228] van het Verdrag te wijzen arrest van materieel belang kan zijn ter vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid die een Lid-Staat, als gevolg van niet-nakoming, jegens andere Lid-Staten, de Gemeenschap of particulieren te dragen kan krijgen.'

790 | Marschik 1997, p. 233.

791 | Zaak 39/72, Jur. 1973, p. 101.

Beide artikelen bepalen dat de lidstaten de krachtens het EG-Verdrag op hen rustende verplichtingen dienen na te komen, dat de Commissie bij niet-nakoming een verdragsschendingsprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig kan maken en dat de lidstaten uitvoering moeten geven aan de arresten van het Hof hieromtrent. Marschik leidt hieruit af dat ook lidstaten Francovich-schadevergoeding kunnen vorderen. Het is onzeker of Marschik hierin gelijk heeft en of het EG-recht beoogt rechten toe te kennen aan staten die zij geldend kunnen maken tegenover

andere staten. Er zijn nauwelijks voorbeelden aan de praktijk te ontleen waarin een dergelijke schadevergoedingseis tussen lidstaten speelde. Hoe dit ook zij, mocht hij gelijk hebben in zijn stelling, dan zal nog steeds per inbreuk op het gemeenschapsrecht beoordeeld moeten worden of de geschonden norm ertoe strekte aan de eisende staat rechten toe te kennen.

792 | Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jur. 1996, p. I-1029 en gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Dillenkofer, Jur. 1996, p. I-4845.

793 | Van Kempen 2007, p. 67-75.

Uit de arresten waarin de Francovich-aansprakelijkheid verder wordt uitgewerkt⁷⁹² volgt dat deze aansprakelijkheid slechts een vorm van jurisprudentiële minimumharmonisatie bevat. Wanneer lidstaten een verdergaand aansprakelijkheidsregime hebben, dan komt dat regime voor de Francovich-criteria in de plaats. Uit een vergelijking⁷⁹³ van beide stelsels blijkt dat het Nederlandse systeem inderdaad verder gaat - in de zin dat onrechtmatig overheidsoptreden eerder tot aansprakelijkheid leidt - dan het Europese en dat dus aansprakelijkheid van de lidstaat reeds kan volgen uit deze nationale normen. Daarmee is er dus materieel gezien geen verschil tussen een 'gewone' onrechtmatige daadsactie tegen de overheid en een actie die gebaseerd is op een schending van gemeenschapsrecht.

Men kan zich overigens afvragen of het principe dat verdergaande aansprakelijkheid naar nationaal recht mogelijk is, ook opgaat in grensoverschrijdende gevallen. Daarover laten de Europese arresten zich niet uit. Stel dat een schadeveroorzakende handeling in land A toegestaan is naar het nationale recht van land A en ook toegestaan is naar Europees recht, maar dat het nationale recht van land B, waar de schade is ingetreden, zulks verbiedt. Is dat toegestaan? Dit is niet zozeer een vraag van Europees recht, maar meer een van internationaal privaatrecht. In een internationaal geding wordt naar regels van internationaal privaatrecht bepaald welk recht van toepassing is. Het komt dan vaker voor dat gekozen wordt tussen twee stelsels met verschillende materiële inhoud op het gebied van de aansprakelijkheid. Het internationaal privaatrecht kan het materiële recht aanwijzen van land B, ongeacht de inhoud van dat recht. Verdergaande nationale aansprakelijkheid lijkt dus zeker niet uitgesloten.

De Richtlijn milieuaansprakelijkheid

Naast de eventuele mogelijkheid van het Francovich-aansprakelijkheidsregime kunnen staten verdergaande verhaalsmogelijkheden ontleen aan een specifieke Europese regeling op het gebied van het milieu: de Richtlijn milieuaansprakelijkheid van 21 april 2004.⁷⁹⁴ Blijkens punt 14 van de preambule is de richtlijn niet van toepassing op gevallen van lichamelijk letsel, schade aan particulier eigendom of economisch verlies. Schade aan water valt toch onder deze richtlijn

794 | Richtlijn 2004/35/EG.

(artikel 2 lid 1 sub b). In zijn normale toestand is water namelijk geen 'zaak' in de zin van artikel 3:2 BW, maar een *res communes omnium*.⁷⁹⁵ Daarmee biedt de richtlijn mogelijk verhaalsmogelijkheden met betrekking tot schade aan water en de redelijke kosten ter beperking of preventie van die schade. In artikel 4 wordt echter wel uitgesloten milieuschade die het gevolg is van *Acts of God* als oorlogshandelingen, natuurverschijnselen, enzovoort. Volgens Brans biedt de richtlijn extra mogelijkheden voor aansprakelijkheid, omdat het naar nationaal recht bijzonder lastig is dit soort schade te verhalen.⁷⁹⁶ Blijkens artikel 15 ziet de richtlijn ook op grensoverschrijdende schade.

Bij elke schadesoort eist de richtlijn dat het moet gaan om een vorm van schade die *aanmerkelijke* negatieve effecten heeft. Daarnaast moet het gaan om schade die veroorzaakt is door een 'exploitant': een particuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon die een beroepsactiviteit verricht of regelt, of aan wie krachtens nationale wetgeving een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van een dergelijke activiteit is overgedragen (artikel 2 lid 6). Hieronder kunnen mogelijk ook overheden worden verstaan. Onder 'beroepsactiviteit' dient verstaan te worden een in het kader van een economische activiteit, een bedrijf of een onderneming verrichte activiteit, ongeacht het particuliere, openbare, winstgevende of niet-winstgevende karakter daarvan (artikel 2 lid 7). Blijkens artikel 3 lid 1 moet het gaan om specifiek in bijlage III opgenomen activiteiten. Wat betreft grensoverschrijdende waterverontreiniging is bijvoorbeeld onder meer punt 3 van die bijlage van belang: lozingen op landoppervlaktewateren die overeenkomstig de Kaderrichtlijn gevaarlijke stoffen⁷⁹⁷ aan een voorafgaande vergunning zijn onderworpen.

Het uitgangspunt van de richtlijn is dat exploitanten wier activiteiten milieuschade (dreigen te) veroorzaken, financieel aansprakelijk worden gesteld (punt 2 van de preambule). Daartoe wordt staten een aantal mogelijkheden geboden. In de eerste plaats heeft de overheid de taak een exploitant te verplichten tot het nemen van maatregelen tot preventie (artikel 4) of herstel (artikel 5). Zij kan dit uit eigen beweging doen, of op verzoek van een belanghebbende. Geeft de exploitant hieraan geen gehoor, dan zal de bevoegde overheidsinstantie zelf de betreffende maatregelen dienen te nemen en kunnen de redelijke kosten die daarmee gemoeid zijn verhaald worden op de exploitant (artikel 8 lid 2).

In de richtlijn wordt echter niet precies aangegeven hoe lidstaten om dienen te gaan met grensoverschrijdende gevallen.⁷⁹⁸ Er is slechts bepaald dat ze samen dienen

795 | Wat water betreft wordt hier bedoeld het water in de rivieren of in grensoverschrijdende waterlichamen. Regionale binnenlandse wateren zijn daarentegen vaak wel in eigendom van particulieren of lagere overheden.

796 | Brans 2005, p. 14.

797 | Richtlijn 76/464/EEG.

798 | Brans 2005, p. 25.

te werken, onder andere door informatie uit te wisselen, om zo te zorgen dat de nodige maatregelen ter preventie en schadebeperking worden genomen (artikel 15 lid 1). Wanneer een lidstaat schade vaststelt binnen zijn grenzen die buiten zijn grenzen is veroorzaakt (waarschijnlijk moet hier gelezen worden: schade die in een andere lidstaat is veroorzaakt), zijn er echter weinig mogelijkheden tot kostenverhaal. Gemeld wordt de mogelijkheid de schade te melden bij de Commissie en de andere betrokken lidstaten, en aanbevelingen te doen inzake het nemen van preventieve of schadebeperkende maatregelen. Ook kan hij 'in overeenstemming met deze richtlijn om terugbetaling verzoeken van zijn kosten' (artikel 15 lid 3). Het gaat hier niet om verhaal van kosten, maar slechts om een verzoek⁷⁹⁹; alsof daarvoor een richtlijn nodig is.

799 | Brans 2005, p. 26.

Concluderend kan gezegd worden dat de richtlijn niet direct bijdraagt aan een beter verhaal van grensoverschrijdende waterverontreiniging aan niet in eigendom zijnde natuurlijke rijkdommen dan naar nationaal recht het geval is. Dit is vreemd, aangezien het een van de doelstellingen was van de Commissie 'om inadequate oplossingen voor grensoverschrijdende schade te vermijden'.⁸⁰⁰ De richtlijn legt anderzijds ook geen verdere beperkingen op aan het nationale aansprakelijkheidsrecht (artikel 16 lid 1); het is een vorm van minimumharmonisatie.

800 | Witboek betreffende milieu-aansprakelijkheid, 9 februari 2000, COM(2000) 66 def.

22.6 CONCLUSIE

De KRW biedt de lidstaten een coördinatiemechanisme om de grensoverschrijdende impact van waterverontreiniging aan te pakken. Lidstaten die samen zitting hebben in een stroomgebieddistrict, dienen in dat verband de te nemen maatregelen op elkaar af te stemmen, ook wanneer zij beroep willen doen op een uitzonderingsclausule uit de KRW. Toch is de afstemmingsverplichting niet geheel dichtgetimmerd. Het is illustratief dat de KRW eisen stelt aan de monitoring en deze wil standaardiseren in heel Europa, maar niet voorziet in de verplichting voor lidstaten om elkaar te informeren in geval van normoverschrijdingen of een calamiteit. Dat betekent dat de bestaande praktijk - waarin afstemming, signalering en alarmering in sommige districten goed lopen en in andere haperen - niet wezenlijk hoeft te veranderen. Monitoring van de waterkwaliteit aan de grens blijft daardoor belangrijk om adequate maatregelen te kunnen treffen in geval van grensoverschrijdende waterverontreiniging.

Toch kan een lidstaat andere lidstaten wel degelijk aanspreken wanneer deze onvoldoende maatregelen treffen om watervervuiling aan te pakken. Lidstaten kunnen zich immers beroepen op het beginsel dat vervuiling bij de bron moet

worden aangepakt.⁸⁰¹ Bovendien kan een lidstaat de Commissie te hulp roepen als overleg niet leidt tot een gezamenlijke aanpak van waterverontreiniging. De Commissie kan in dat geval bemiddelen. Hoewel de bemiddeling van de Commissie niet tot bindende afspraken leidt, heeft de Commissie een sterk pressiemiddel in handen wanneer het probleem is gelegen in de niet-nakoming van de verplichtingen onder de KRW door een bovenstrooms gelegen lidstaat. De Commissie kan dan immers naar het Hof van Justitie stappen om nakoming af te dwingen en desnoods in een tweede procedure oplegging van een boete en een dwangsom eisen. Hoewel de lidstaten na de bemiddeling door de Commissie ook zelf een procedure wegens niet-nakoming kunnen instellen op grond van artikel 227 EG, valt vanwege politieke bezwaren niet te verwachten dat zij daarvan gebruik zullen maken. Hetzelfde probleem doet zich voor ten aanzien van civiele acties tegen een buitenlandse overheid waar naast politieke bezwaren ook de nodige juridische hobbels genomen zullen moeten worden.

801 | Zie Considerans KRW.

Om uiteindelijk een goed grensoverschrijdend stroomgebiedbeheer te verwezenlijken is samenwerking een eerste en zeer belangrijk punt. Daarvoor moet men ervaring opdoen en zal men wederzijds vertrouwen moeten kweken. Voorts is informatie-uitwisseling van groot belang, zowel met overheden als burgers. Samenwerking kan plaatsvinden op regionale schaal en op het niveau van de grote rivieren. In dat laatste geval wordt veelal gebruik gemaakt van internationale verdragen. Voor samenwerking op regionale schaal is dat echter een minder geschikt instrument. Wanneer samenwerking niet tot de gewenste resultaten leidt, kan worden gedacht aan het gebruik van Europeesrechtelijke instrumenten om naleving af te dwingen of te participeren in bestuursrechtelijke procedures (inspraak, bezwaar, beroep) in de buurlanden. Hier zijn echter nogal wat hobbels te nemen. Ten slotte kan het voeren van civiele acties als een laatste redmiddel worden ingezet, maar dat zal waarschijnlijk de verdere samenwerking niet altijd ten goede komen. Het meest waarschijnlijk is dat de Commissie in actie zal moeten komen bij niet-nakoming van de KRW.

In het geval van grensoverschrijdende waterverontreiniging kan Nederland ervoor kiezen om een schadevergoedingsactie in te stellen voor de Nederlandse rechter tegen de schadeveroorzakende staat. Dit is niet zonder complicaties, aangezien veel verschillende rechtsgebieden daarbij relevant zijn die elk hun eigen hindernissen opwerpen ten aanzien van de aansprakelijkheidskwestie. Wanneer slechts één hindernis te hoog blijkt, loopt daarop het hele proces vast. Hieronder worden kort de verschillende complicaties genoemd in de volgorde waarin ze in een procedure tussen twee staten aan de orde zouden komen.

Wanneer de verdedigende partij een overheid is, vormt de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie een complicatie. Op het eerste gezicht lijkt de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten een vreemde staat toe te staan zich jegens de Nederlandse rechter te beroepen op immuniteit van jurisdictie. Verdergaand onderzoek leert echter dat dit niet het geval hoeft te zijn. De rechter moet dit beoordelen aan de hand van de in Nederland geldende inzichten op dit gebied. Over die inzichten is weinig bekend. Betoogd wordt dat rechterlijke bevoegdheid waarschijnlijker is wanneer de eisende partij zich beroept op een schending van EG-recht.

Zowel krachtens het EEX-regime als krachtens het commune recht is de Nederlandse rechter ook internationaal privaatrechtelijk bevoegd in zaken van grensoverschrijdende waterverontreiniging, wanneer de schade hier te lande intreedt. Toepasselijkheid van de EEX-Verordening is wenselijk in verband met de mogelijkheden van tenuitvoerlegging van een veroordelend vonnis. Wanneer de eisende partij een overheid is, is op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie nog onduidelijk of de Verordening toepasselijk is. In ieder geval zal een eisende overheid zo min mogelijk gebruik moeten maken van exclusieve publiekrechtelijke bevoegdheden en kan deze zich beter beroepen op bijvoorbeeld een eigendomsrecht. Wat betreft het toepasselijke recht zijn er geen complicaties. Op grond van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad is in elk geval Nederlands recht van toepassing, ongeacht de hoedanigheid van eiser of gedaagde.

Tegenover buitenlandse overheden kan een eiser twee wegen bewandelen: Europeesrechtelijke Francovich-aansprakelijkheid of de nationale regeling van de onrechtmatige daad. Het is echter onzeker of Francovich-aansprakelijkheid beschikbaar is voor eisende overheden. Ook is het maar de vraag of deze aansprakelijkheid van toepassing is op grensoverschrijdende gevallen. Uit vergelijking van de twee regimes blijkt dat het nationale recht veelal leidt tot een verdergaande aansprakelijkheid van de vreemde staat. De rechter zal dan ook dat nationale recht toepassen, omdat Francovich-aansprakelijkheid slechts een vorm van minimum-harmonisatie is.

Volgens de nationale regeling van de onrechtmatige daad bestaat er een verplichting tot schadevergoeding wanneer er sprake is van een toerekenbare onrechtmatigheid die de oorzaak is van schade waartegen de gelaedeerde volgens een rechtsnorm werd beschermd. Overheden moeten daarbij voldoen aan strengere normen dan particulieren (met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur),

waarbij onderzocht dient te worden of in de staat die milieuverontreiniging veroorzaakt, soortgelijke beginselen gelden. Maar ze hebben ook een zekere beleidsvrijheid bij het uitvoeren van hun bestuurstaken. Dit leidt tot een marginalere rechterlijke toetsing. In het algemeen gelden er voor overheden strengere zorgvuldigheidseisen en wordt onrechtmatigheid sneller aan overheden toegerekend dan bij particulieren het geval is. Wat betreft het relativiteitsvereiste zien sommigen een probleem in de recente jurisprudentie. Een eisende overheid heeft echter minder last van dit vereiste, omdat ook het algemene milieubelang een belang van de overheid is. Wat betreft milieuschade aan objecten die niet in eigendom zijn, heeft de overheid meer mogelijkheden dan particulieren deze schade te verhalen. Op dit gebied zou ook de Richtlijn milieuaansprakelijkheid een rol kunnen spelen.

Wanneer een overheid procedeert mag zij het hierboven beschreven privaatrecht slechts gebruiken voor zover dat niet een publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar doorkruist. In internationale gevallen zal van zo'n doorkruising echter niet snel sprake zijn.

Wil een schadevergoedingsactie zoals hierboven beschreven slagen, dan zal de Nederlandse rechter zich bevoegd moeten achten, zal het Nederlandse recht van toepassing moeten worden verklaard en zal het Nederlandse privaatrecht moeten uitwijzen dat een schadevergoeding betaald moet worden. Uit het bovenstaande blijkt dat een eisende overheid tegen veel hindernissen aanloopt en dat niet snel sprake zal zijn van aansprakelijkheid. Anderzijds is het slechten van deze hindernissen echter ook zeker niet uitgesloten. Logischerwijze wordt een interstatelijke civiele procedure niet snel in gang gezet vanwege de politieke onwenselijkheid ervan. Door dit gebrek aan rechtszaken is een precieze uitwerking van bepaalde regelingen in jurisprudentie vaak achterwege gebleven. Zodoende kon hier slechts met veel mitsen en maren een beeld worden gegeven van een schadevergoedingsprocedure tussen staten.