

Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?

Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht

Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?

*Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor
(de gevolgen van) klimaatverandering*

Mr. dr. E. (Edward) H.P. Brans
Mr. H.K. (Herman Kasper) Gilissen
Mw. mr. drs. E. (Esther) Kronemeijer
Mw. mr. K. (Kathleen) Mertens
Mr. C. (Chinto) A. Okkerse
Mw. prof. mr. M. (Marjan) G.W.M. Peeters
Mw. mr. M. (Marga) A. Robesin
Prof. mr. B. (Ben) J. Schueler
Mw. mr. dr. L. (Lidy) F. Wiggers-Rust
Mw. mr. K. (Katrien) Winterink



Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

© 2012 Vereniging voor Milieurecht | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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

ISBN 978-90-8974-637-5
NUR 823

www.bju.nl

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	11
Voorwoord – Mw. mr. dr. L. (Lidy) F. Wiggers-Rust	13
I Volkenrechtelijke aansprakelijkheid voor schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering – Mr. C. (Chinto) A. Okkerse	17
<i>Is er in het volkenrecht houvast te vinden voor onrechtmatig handelen van één of meer staten voor schadelijke effecten van klimaatverandering (op basis van schending van verdragen)?</i>	
1 Inleiding	17
2 Aansprakelijkheid	18
2.1 Staatsaansprakelijkheid	19
3 Schending van een volkenrechtelijke norm	21
3.1 Internationaal gewoonterecht	21
3.1.1 ‘No-harm’-regel	21
3.1.2 Voorzorgsbeginsel	26
3.2 Verdragen	28
3.2.1 Klimaatverdrag	28
3.2.2 Kyoto-protocol	31
3.2.3 Zeerechtverdrag	31
3.3 Verhouding tussen verplichtingen die voortvloeien uit internationaal gewoonterecht en verplichtingen die voortvloeien uit regels van verdragen	33
4 Toerekening van handelingen aan staten	34
4.1 Handelingen van staatsorganen en private personen onder feitelijke controle van de staat	34
4.2 Handelingen van particulieren	35
5 Omstandigheden die de onrechtmatigheid uitsluiten	36
6 Rechtsherstel	38
7 Gedeelde aansprakelijkheid	42
8 Conclusie	43

II	Op zoek naar het nut en de noodzaak van inzet van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering	45
	– Mw. mr. drs. E. (Esther) Kronemeijer	
	<i>Welke functie zou het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering kunnen hebben? Welk doel kan daarmee worden gediend?</i>	
1	Inleiding	45
2	Een actueel maatschappelijk probleem en het aansprakelijkheidsrecht	46
3	Waar kunnen we iets aan doen; de ‘maat’ nemen van functie en doel van het aansprakelijkheidsrecht	48
4	Een actueel maatschappelijk vraagstuk en doelen van het aansprakelijkheidsrecht	52
5	Mogelijke normoverschrijdingen	55
6	Overwegingen over nut en noodzaak van inzet van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering; conclusie	59
III	Aansprakelijkheid van de overheid voor klimaatverandering. Kan het EVRM een uitweg bieden? Een analyse voor Nederland en België – Mw. mr. K. (Kathleen) Mertens	61
	<i>Wanneer is sprake van een ‘fout’ (onrechtmatige daad) van de wetgevende macht en welke acties zijn ter zake mogelijk?</i>	
1	Inleiding	61
2	Aansprakelijkheidsactie tegen de overheid voor het falende optreden van de formele wetgever	62
2.1	Aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de wetgevende macht in de rechtsleer en jurisprudentie	62
2.2	Formele wetgeving als oorzaak van klimaatverandering	64
2.3	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige klimaatwetgeving: niet vanzelfsprekend	64
2.4	Op zoek naar een ondergrens en de betekenis van het standstillbeginsel	65
3	Onrechtmatigheid door ‘inbreuk op een subjectief recht’	66
3.1	De rechtsinbreuk als onrechtmatige gedraging of fout	66
3.2	Onrechtmatigheid door strijdigheid met een bepaling van het EVRM	66
3.2.1	Artikel 2 EVRM	68
3.2.2	Artikel 8 EVRM	69
3.2.3	Kunnen artikel 2 en 8 EVRM in een klimaatcasus gebruikt worden?	70
3.2.4	Hindernis: de beleidsmarge	73
4	Welke mogelijkheden heeft de civiele rechter?	75
4.1	Nederland	75

4.1.1	Het EVRM en de civielrechtelijke aansprakelijkheid	75
4.1.2	De beperking van risico's	76
4.1.3	Het wetgevingsbevel	78
4.2	België	79
4.2.1	Het EVRM en civielrechtelijke aansprakelijkheid	79
4.2.2	Het wetgevingsbevel	80
5	Conclusie	82

IV Regulering van kolencentrales: ruimte voor aansprakelijkheid? 85 **– Mw. prof. mr. M. (Marjan) G.W.M. Peeters**

Is er in aanvulling op bestaande regelgeving (waaronder vergunningen en emissiehandel) nog ruimte voor onrechtmatig handelen (aansprakelijkheid)?

1	Inleiding	85
2	Huidig reguleringskader	87
2.1	Inleiding	87
2.2	Broeikasgasemissiehandel en CCS	88
2.3	De regeling van industriële emissies	90
2.4	De richtlijn milieuaansprakelijkheid	93
2.5	Afsluiting	95
3	Aanscherping van regulering: nationale initiatieven	97
3.1	Introductie: het waterbedeffect	97
3.2	Kolenbelastingmaatregel	99
3.3	Emissiegrenswaarden	100
3.4	Biomassa	101
3.5	Afsluiting	102
4	Naar aansprakelijkheid	103
4.1	Inleiding	103
4.2	Verhouding tussen de Europese publiekrechtelijke regelingen en nationale civielrechtelijke aansprakelijkheid	104
4.3	Verhouding tussen emissiehandel en aansprakelijkheid	107
5	Conclusie	108

V	Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?	111
	– Mr. dr. E. (Edward) H.P. Brans en mw. mr. K. (Katrien) Winterink	
	1. <i>Wat mag er gezien de onzekerheden die er nog bestaan over de exacte gevolgen van klimaatverandering van de overheid verwacht worden op basis van het voorzorgsbeginsel en brengt het niet of onvoldoende nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van klimaatverandering tegen te gaan een aansprakelijkheidsrisico met zich voor de overheid?</i>	
	2. <i>Brengt het nemen van maatregelen op basis van het voorzorgsbeginsel ondanks de bestaande onzekerheden met betrekking tot klimaatverandering een aansprakelijkheidsrisico (rechtmatige overheidsdaad) met zich voor de overheid?</i>	
1	Inleiding	111
2	Aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering	113
Deel 1	Het voorzorgsbeginsel als stimulans om maatregelen te nemen gericht op het tegengaan van de gevolgen van klimaatverandering	117
1.1	Inleiding	117
1.2	Voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht	119
1.2.1	Voorzorgsbeginsel	119
1.2.2	Kelderluik-criteria	121
1.3	Voorzorg en het EVRM	124
1.3.1	Positieve verplichtingen	124
Deel 2	Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door maatregelen die met een beroep op het voorzorgsbeginsel zijn genomen	130
2.1	Inleiding	130
2.2	Schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen	132
2.3	Schadevergoeding op basis van het égalitébeginsel	134
2.4	Gerechtshof Arnhem 22 december 2009	136
2.5	Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door maatregelen die met een beroep op het voorzorgsbeginsel zijn genomen?	139
3	Conclusie	140

VI	De invloed van dreigende overheidsaansprakelijkheid op adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse regionale watersysteembeheer – Mr. H.K. (Herman Kasper) Gilissen en prof. mr. B. (Ben) J. Schueler	145
	<i>Hoe staat het met de uitvoerende macht: welke invloed heeft het overheidsaansprakelijkheidsrecht op adaptatie aan klimaatverandering in het regionale watersysteembeheer? Stimuleert de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad watersysteembeheerders ertoe adaptatiemaatregelen te nemen? En weerhoudt dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige daad hen daar juist van? Op deze vragen wordt in deze bijdrage dieper ingegaan, onder meer in het kader van twee casestudies.</i>	
1	Inleiding	145
2	De contouren van enkele centrale begrippen	147
3	Overheidsverantwoordelijkheid en overheidsaansprakelijkheid	149
3.1	Overheidsverantwoordelijkheid voor het nemen van adaptatiemaatregelen	149
3.2	Overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en risico	155
3.2.1	Grenzen van zorgplichten; gronden voor aansprakelijkheid	155
3.2.2	Verschillende situaties: zuiver nalaten of inadequaaf handelen?	156
3.2.3	Aansprakelijkheid voor schade door het niet nemen van adaptatiemaatregelen	157
3.2.4	Aansprakelijkheid voor het nemen van inadequate adaptatiemaatregelen?	160
3.2.5	Aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen	164
3.3	Aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad (nadeelcompensatie)	167
3.4	De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht	170
3.5	Conclusies tot dusver	172
4	Casestudies en toetsing van de hypothesen	175
4.1	De keuze van de casestudies en methoden	175
4.2	Casestudy 1: Verdroging veenkaden	176
4.3	Casestudy 2: Duinversterking Noordwijk	179
4.4	Toetsing van de hypothesen	184
4.4.1	Toelichting op de twee hypothesen	184
4.4.2	Toetsing hypothese 1	186
4.4.3	Toetsing hypothese 2	188
4.4.4	Twee vuren	190
5	Conclusies	191

VII	Who done it? Multicasualiteit en klimaatschade	
	– Mw. mr. M. (Marga) A. Robesin	193
	<i>Iedere uitstoot van broeikasgassen draagt bij aan klimaatverandering. Bij schade door klimaatverandering is dus iedereen dader. De één meer dan de ander, maar wie is aansprakelijk te stellen? En in welke mate?</i>	
1	Inleiding	193
2	Feitelijke causaliteit en normatieve causaliteit	193
3	Multicausaliteit	196
4	Alternatieve causaliteit	197
4.1	DES	197
4.2	Moerman v. Bakker	198
5	Cumulatieve causaliteit	199
5.1	Kalimijnen	200
6	Multi-conditionaliteit	200
7	Conclusie	201
	Slotbeschouwing – Mw. mr. dr. L. (Lidy) F. Wiggers-Rust	203
1	Inleiding	203
2	Internationale staatsaansprakelijkheid; verwachting van het aansprakelijkheidsrecht (bijdragen I en II)	204
3	Sancties op onrechtmatige wetgeving; ruimte voor aansprakelijkheid van het bedrijfsleven in aanvulling op bestaande regulering (bijdragen III en IV)	205
4	Rol voorzorgsbeginsel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht; invloed dreigende overheidsaansprakelijkheid in het water- systeembeheer (bijdragen V en VI)	208
5	Causaliteit (bijdrage VII)	211
6	Enkele bespiegelingen	213
	Bijlage – Mw. mr. K. (Kathleen) Mertens	217
	Lijst van in verband met aansprakelijkheid van overheid en bedrijfsleven relevante literatuur	
	Deelnemerslijst	225
	Uitgaven van de Vereniging voor Milieurecht	227
	Over de Vereniging voor Milieurecht	231

Afkortingenlijst

AAPG	American Association of Petroleum Geologists
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
A-G	advocaat-generaal
AJIL	American Journal of International Law
AMvB	algemene maatregel van bestuur
AR	Agrarisch Recht
AV&S	Aansprakelijkheid, verzekering en schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
BYULR	Brigham Young University Law Review
CCS	carbon capture and storage
CDPK	Chroniques de Droit Public – Publiekrechtelijke Kronieken
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CLJ	The Cambridge Law Journal
CO ₂	koolstofdioxide
CSLJ	Company and Securities Law Journal
EELR	European Environmental Law Review
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EJLE	European Journal of Law and Economics
ELQ	Ecology Law Quarterly
Env Pol	Environmental Policy and Law
EPA	Environmental Protection Agency
EU ETS	European Union Emission Trading Scheme
Eur En	European Environment
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IE-richtlijn	Richtlijn industriële emissies
ILC	International Law Commission
IPPC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IRLE	International Review of Law and Economics
JB	Jurisprudentie bestuursrecht
JENRL	Journal of Energy & Natural Resources Law

JTLP	Journal of Transnational Law and Policy
KG	Kort geding
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MER	Milieu- en Energierecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NSWLEC	New South Wales Land and Environment Court
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
RABG	Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
SELJ	Stanford Environmental Law Journal
Stcrt	Staatscourant
TMA	Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid
T. Huur	Huurrecht in de praktijk
TGMA	Tijdschrift voor Gezondheidschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TMA	Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheidsrecht
TMR	Tijdschrift voor Milieurecht
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trb.	Tractatenblad
TROS	Tijdschrift voor Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
UNEP	United Nations Environment Programme
VN	Verenigde Naties
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WCED	World Commission on Environment and Development
WMO	World Meteorological Organization
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Voorwoord

*Mw. mr. dr. L. (Lidy) F. Wiggers-Rust**

De Vereniging voor Milieurecht (VMR) zoekt naar wegen om met behulp van het recht een bijdrage te leveren aan het tegengaan van klimaatverandering dan wel aan het nemen van maatregelen om de gevolgen ervan te beperken.

Zij heeft daartoe onder andere een werkgroep Klimaatverandering en rechtsontwikkeling in het leven geroepen. Deze bestaat momenteel uit twee subwerkgroepen:

- de subwerkgroep duurzame energie en
- de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering.

Een deel van de leden van de subwerkgroep duurzame energie werkte in 2010 mee aan een preadvies over ‘Duurzaam ruimtegebruik, bouwen en wonen’.

De subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering heeft zich in de periode 2009-2011 in een zestal bijeenkomsten gebogen over de vraag of het aansprakelijkheidsrecht in dit verband een rol kan spelen en zo ja, welke. In deze bundel treft u de verslaglegging daarvan aan. Alle deelnemers aan de werkgroep hebben aan deze bundel ook een schriftelijke bijdrage geleverd. Zij hebben elkaars bijdragen tevens van commentaar voorzien, hetgeen niet wegneemt dat een ieder deze op eigen verantwoordelijkheid schrijft.

In de eerste bijdrage (I) onderzoekt Chinto Okkerse of het volkenrecht aanknopingspunten biedt om één of meer staten aansprakelijk te stellen voor (potentiële) schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering. Bij de beantwoording van die vraag gebruikt hij de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid voor Internationale Onrechtmatige Daden (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), opgesteld door de Commissie voor Internationaal Recht (International Law Commission, ILC) als techniek voor toezicht op naleving van de normen in kwestie. Deze bijdrage wordt als eerste gepresenteerd omdat het klimaatprobleem nauwelijks is op te lossen op nationaal niveau. Daarvoor is samenwerking nodig op internationaal (en Europees) niveau.

* Lidy Wiggers-Rust is werkzaam als raadsheer in het gerechtshof Arnhem en voorzitter van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering.

In de tweede bijdrage, van de hand van Esther Kronemeijer (II), wordt aandacht besteed aan de vraag welke de functies en doelen van het aansprakelijkheidsrecht in verband met klimaatverandering kunnen zijn. Tegen de achtergrond van de ingreep op de lange koolstofkringloop als relevant menselijk handelen en de door haar gevonden mogelijke doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, doet Esther een poging tot identificatie van categorieën van mogelijke normoverschrijdingen.

In de bijdrage van Kathleen Mertens (III) staat de vraag centraal of de overheid een fout dan wel een onrechtmatige gedraging kan begaan door wetgeving te maken die hetzij bijdraagt aan klimaatverandering hetzij die klimaatverandering niet voldoende mitigeert. In verband met het in Nederland en België nog steeds bestaande verbod voor de rechterlijke macht wetten aan de Grondwet te toetsen, concentreert zij zich in het bijzonder op onrechtmatigheid van wetgeving als gevolg van inbreuk op door artikel 2 en/of artikel 8 EVRM beschermde subjectieve rechten. De rechtspraak bij deze artikelen laat zien welke concrete rechten onder de bescherming van die artikelen vallen, in het bijzonder in geval van gevaarlijke activiteiten. In haar bijdrage onderzoekt Kathleen tevens de vraag of de Nederlandse en Belgische rechter een zogenoemd wetgevingsbevel kunnen uitvaardigen, indien zij tot de conclusie komen dat de overheid nalatig is wetgevende maatregelen te treffen.

De bijdrage van Marjan Peeters (IV) heeft een andere invalshoek. Deze betreft de vraag of de uitstoot van emissies, in het bijzonder door kolencentrales, ook indien deze zich ten volle houden aan de – sterk door Europese richtlijnen ingevulde – publiekrechtelijke regulering, onrechtmatig kan zijn en dus tot aansprakelijkheid kan leiden.

Bij de mogelijk ‘vrijwarende werking’ van het publiekrechtelijke regime plaatst zij een drietal kanttekeningen:

- de aansprakelijkheidsactie verloopt op zichzelf via het (nationale) privaatrecht, terwijl de bedoelde publiekrechtelijke normering hoofdzakelijk Europees van aard is;
- de Europese regelgeving introduceert hier geen traditionele vergunning maar emissiehandel;
- in het kader van een onrechtmatige daadsactie jegens een bedrijf dat aan de broeikasgasemissiehandel deelneemt, speelt het leerstuk van de formele rechtskracht geen rol;

Een en ander met het oog op de eventuele consequenties daarvan: in hoeverre moet de vraag of het publiekrechtelijk kader vrijwaart voor aansprakelijkheid bij emissie anders worden beantwoord dan bij een traditionele vergunning?

Edward Brans en Katrien Winterink (V) bespreken de vraag wat – gelet op de voorliggende informatie omtrent (de gevolgen van) klimaatverandering – van de overheid verwacht mag worden en of het wel, niet of onvoldoende nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van klimaatverandering te beperken een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt voor de overheid. In het eerste deel van hun bijdrage concentreren zij zich in het bijzonder op het voorzorgsbeginsel als stimulans om maatregelen te nemen gericht op het tegengaan van de gevolgen van klimaatverandering. Zij gaan daarbij in op het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en op de verplichtingen die voor verdragstaten voortvloeien uit het EVRM. In deel twee staat de vraag centraal of bedoelde maatregelen, indien deze een beperking opleveren van het eigendomsrecht van bepaalde natuurlijke of rechtspersonen, op hun beurt een aansprakelijkheidsrisico voor de overheid kunnen opleveren. Het gaat dan om aansprakelijkheid voor ‘rechtmatig overheidshandelen’.

De bijdrage van Herman Kasper Gilissen en Ben Schueler (VI) sluit naadloos aan op die van Brans en Winterink. In deze bijdrage draait het om de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht de besluitvorming van de watersysteembeheerder inzake adaptatie aan klimaatverandering beïnvloedt. Deze bijdrage is dus toegespitst op het waterbeheer. Van belang daarbij is dat de zorgplicht van de watersysteembeheerders wettelijk is ingekaderd (in de Waterwet), terwijl voor nadeelcompensatie een uitgebreide regeling is getroffen in artikel 7.14 van de Waterwet. Gilissen en Schueler formuleren in hun bijdrage een tweetal hypothesen:

- de dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad stimuleert watersysteembeheerders tot het nemen van adequate adaptatiemaatregelen. Om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te voorkomen of te beperken zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij verplicht zijn tot het nemen van adaptatiemaatregelen, en zullen zij vervolgens dienovereenkomstig handelen;
- om aansprakelijkheid uit rechtmatige daad te voorkomen of te beperken zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij bij het nemen van bepaalde adaptatiemaatregelen verplicht zijn om nadeelcompensatie toe te kennen, hetgeen een belemmering vormt voor het nemen van adequate adaptatiemaatregelen.

Gilissen en Schueler werken in hun bijdrage twee casestudies uit en toetsen hun hypothesen aan de uitkomsten daarvan.

Marga Robesin behandelt in de laatste bijdrage (VII) ten slotte de lastige vraag naar de causaliteitseisen die aan aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering worden gesteld. Niet alleen is die schade diffuus van karakter, maar ook is sprake

van een groot aantal veroorzakers. Zij analyseert rechtspraak, o.a. van de Supreme Court of the US van Massachusetts, en betreft daarbij als rechtsfiguren op het gebied van multicausaliteit: alternatieve causaliteit, cumulatieve causaliteit en multi-conditionaliteit.

Naast de bijdragen van werkgroepleden is in deze bundel in het slothoofdstuk een beredeneerd verslag opgenomen van het debat dat op 30 november 2011 over de (concept-)bijdragen heeft plaats gevonden, mede aan de hand van voortreffelijke referenties van achtereenvolgens prof. mr. P.A. Nollkaemper (Universiteit van Amsterdam) (bijdragen I en II), prof. mr. T. Barkhuysen (Stibbe en Universiteit Leiden) (bijdragen III en IV), mr. dr. M.K.G. Tjepkema (Universiteit Leiden) (bijdragen V en VI) en prof. mr. I. Giesen (Universiteit Utrecht) (bijdrage VII).

Het zal niet verbazen dat in deze bundel nog niet tot eindoordelen wordt gekomen. Er zijn nog tal van vragen. Antwoorden daarop zullen zich in wet- en regelgeving, literatuur en rechtspraak verder moeten uitkristalliseren. Klimaatverandering is in de literatuur niet voor niets aangeduid als ‘proeftuin van recht’. Mogelijk kan deze bundel de meningsvorming ter zake een stapje verder helpen!

25 januari 2012

I Volkenrechtelijke aansprakelijkheid voor schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering

*Mr. C. (Chinto) A. Okkerse**

1 Inleiding

Het klimaat verandert, de zeespiegel stijgt. Een van de oorzaken van zeespiegelstijging is het zogenoemde broeikaseffect. Dit houdt in dat de toename van de gemiddelde mondiale temperatuur het gevolg is van een toename van de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer. Naar het zich laat aanzien wordt het broeikaseffect versterkt door de mens (antropogeen).¹ Het is onbetwistbaar dat een permanente en substantiële zeespiegelstijging significante schadelijke effecten heeft op ecosystemen, de werking van sociaal-economische stelsels en de gezondheid en het welzijn van de mens. Archipelstaten, zoals de Marshalleilanden, Kiribati, Tuvalu en laagliggende, dichtbevolkte delta's in kuststaten, zoals India en Bangladesh, zullen (gedeeltelijk) onder de zeespiegel verdwijnen of onbewoonbaar worden. Tuvalu, een archipelstaat bestaande uit negen atollen gelegen in de Stille Oceaan, onderzocht als eerste soevereine staat de mogelijkheden om de Verenigde Staten en/of Australië aansprakelijk te stellen voor hun uitstoot. Dit met als doel de bescherming van de collectieve belangen van ingezetenen van de staat. Omdat Tuvalu slechts een paar meter boven zeeniveau ligt, dreigt het als eerste staat door zeespiegelstijging onder water te verdwijnen. Tuvalu heeft de voorbereidingen voor een mogelijke internationale geschillenbeslechting echter gestaakt. Palau heeft voorgesteld dat de Algemene Vergadering van de VN een advies vraagt aan het Internationaal Gerechtshof.² De vraag die het Hof daarbij zou moeten beantwoorden is of staten een

* Chinto Okkerse is lid van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering van de Vereniging voor Milieurecht.

1. In het eerste deel van het vierde Assessment Report van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC, 2007), concludeert het IPCC dat de opwarming van de aarde onmiskenbaar is en dat de opwarming van de laatste vijftig jaar 'zeer waarschijnlijk' valt toe te schrijven aan menselijk handelen. Met de term zeer waarschijnlijk bedoelt het IPCC dat de kans groter is dan 90%. Het Intergovernmental Panel on Climate Change is een intergouvernementele organisatie die in 1988 opgericht is door het United Nations Environment Programme (UNEP) en de World Meteorological Organization (WMO). De organisatie heeft als doel om op een open en transparante basis wetenschappelijke, technische en socio-economische informatie te evalueren die relevant is voor het inzicht in de risico's van antropogene klimaatverandering <www.ipcc.ch>.
2. UN News service, 22 September 2011, <www.un.org>.

internationale plicht hebben om ervoor te zorgen dat activiteiten op hun grondgebied die broeikasgassen uitstoten geen schade veroorzaken aan andere staten. Deze bijdrage³ bespreekt de vraag of het volkenrecht (hierna: het internationale recht) aanknopingspunten biedt voor een staat om een andere staat of meer staten aansprakelijk te stellen voor (potentiële) schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering. Voor de beantwoording van deze vraag worden de zogenoemde ILC-Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (zie hierna) als techniek gebruikt voor toezicht op de naleving van de relevante volkenrechtelijke normen. Ten behoeve van de volledigheid zal eerst kort worden besproken wat het internationaal recht te bieden heeft voor andere partijen dan staten, zoals natuurlijke personen en collectieven.⁴

2 Aansprakelijkheid

Een internationaal rechtssubject dat een op hem rustende rechtsplicht schendt, kan op basis van het internationaal recht aansprakelijk worden gesteld. Het internationale aansprakelijkheidsrecht regelt de voorwaarden en gevolgen van internationale aansprakelijkheid (secundaire regels). Het verbindt de schending van een rechtsplicht met een sanctie. Het aansprakelijkheidsrecht heeft ook een preventieve functie en kan zo bijdragen aan de naleving van internationaal recht. Internationaal aansprakelijkheidsrecht biedt primair een middel om staten aansprakelijk te stellen voor schendingen van hun volkenrechtelijke verplichtingen. Hoewel het internationaal recht ook een grondslag biedt om individuen, internationale organisaties of overige niet-statelijke entiteiten aansprakelijk te stellen voor schendingen van internationale normen, zijn voor klimaatverandering die mogelijkheden niet van belang.⁵ Het internationaal recht legt in het algemeen geen plichten op aan andere actoren dan staten om klimaatverandering te voorkomen en biedt dus geen grondslag voor aansprakelijkheid voor anderen dan staten.⁶ Natuurlijke personen en collectieven als de Inuit in Canada,⁷ zullen zich naar verwachting dan ook allereerst richten

3. In deze bijdrage wordt het causaal verband tussen menselijk handelen en klimaatverandering voorondersteld.

4. Collectieve mensenrechten, ook wel rechten van de derde generatie genoemd, zijn rechten die niet zozeer aan individuen toekomen, als wel aan volken (of groepen daaruit) als geheel.

5. P.A. Nollkaemper, 'Internationale aansprakelijkheid voor klimaatverandering', *NJB* 2007, p. 2874.

6. Belangrijkste uitzondering op de regel dat internationaal recht aansprakelijkheid primair toedeelt aan staten, is de Europese Unie (EU). De EU heeft zelfstandige bevoegdheden gekregen en verplichtingen aanvaard op het gebied van klimaatverandering. Zo zijn de EU en de lidstaten onder Kyoto individueel en gezamenlijk verantwoordelijk voor het nakomen van hun verplichtingen (zie art. 4). Dat brengt de mogelijkheid met zich mee dat de EU aansprakelijk wordt voor de niet-naleving van de emissiereductiedoelstellingen.

7. 'Wie betaalt de verhuizing van Kivalina?', *NRC* 2 december 2011; zie ook <www.climatelaw.org>.

tot de staat. Mensenrechtenverdragen kunnen mogelijk een grondslag bieden voor aansprakelijkheid. Zo heeft het EHRM in uitspraken bepaald dat activiteiten die vervuiling veroorzaken een inbreuk kunnen maken op artikel 8 van het EVRM.⁸ Milieubescherming wordt soms als een collectief recht gezien.⁹ De bescherming van mensenrechtenverdragen is in beginsel wel beperkt tot personen die binnen het grondgebied van een staat zijn getroffen door nalatigheid van die staat.

2.1 Staatsaansprakelijkheid

De beginselen van staatsaansprakelijkheid zijn overwegend gewoonterechtelijk van aard. Deze zijn gecodificeerd in de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid, opgesteld en in 2001 aangenomen door de Commissie voor Internationaal Recht (*International Law Commission, ILC*) van de Verenigde Naties.¹⁰ De ILC-Artikelen zijn grotendeels een codificatie van geldend internationaal gewoonterecht. Hoewel de Artikelen als zodanig niet bindend zijn, kunnen staten zich toch op deze bepalingen beroepen. De ILC-Artikelen zien alleen op interstatelijke claims. Artikel 33 lid 2 van de ILC-Artikelen bepaalt dat deze Artikelen eventuele claims van natuurlijke personen of andere entiteiten onverlet laten.

Het uitgangspunt is dat elke internationale onrechtmatige daad van een staat leidt tot internationale aansprakelijkheid van die staat (artikel 1 ILC-Artikelen). Een staat is alleen aansprakelijk voor bijdragen aan klimaatverandering indien er aan twee voorwaarden is voldaan: ten eerste moet er sprake zijn van een handelen (of nalaten) dat een schending vormt van een op hem rustende volkenrechtelijke verplichting (objectieve element) en ten tweede moet deze handeling (of dit nalaten) aan hem kunnen worden toegerekend (subjectieve element) (artikel 2 ILC-Artikelen). In beginsel is het voldoen aan deze voorwaarden voldoende basis voor internationale aansprakelijkheid, zoals meermalen bevestigd is door internationale gerechtshoven en tribunalen.¹¹ In bepaalde gevallen zou een staat een beroep kunnen doen op een

8. Zie onder andere: EHRM 9 december 1994, *López Ostra v. Spain*.

9. Art. 24 van het Handvest van Banjul van 19 januari 1981, dat op 27 juni 1981 door de Organisatie van Afrikaanse Eenheid (OAE) werd aanvaard ('All peoples (...) have a right to a general satisfactory environment favourable to their development.').

10. UN Doc. A/RES/56/83 (2001), par. 3 en Annex.

11. J. Crawford & S. Olleson, *The Nature and Forms of International Responsibility*, in: Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 459; zie het Permanente Hof van Internationale Justitie in *Phosphates in Morocco*, Preliminary Objections, Judgement, PCIJ, Ser. A/B, No 74, p. 10; het Internationaal Gerechtshof in *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, Judgement, *ICJ Reports* 1980, p. 3, par. 56; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, *ICJ Reports* 1986, p. 14 par. 226; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgement, *ICJ Reports* 1997, p. 7, par. 78.

erkende schulduitsluitingsgrond. Indien dat beroep slaagt, wordt de onrechtmatigheid van de handeling weggenomen en wordt de staat gevrijwaard van zijn aansprakelijkheid. Het schadevereiste is geen constitutief element van een onrechtmatige daad, maar is afhankelijk van de primaire norm die wel of niet de aanwezigheid van enig toegebracht nadeel kan vereisen om een schending van een norm te kunnen vaststellen.¹²

Lex specialis (artikel 55 ILC-Artikelen)

De ILC-Artikelen zijn niet van toepassing indien de aansprakelijkheid van staten door bijzondere regels van internationaal recht wordt geregeld. Er is naar de *lex specialis derogat legi generali*-regel (een speciale regel gaat boven een algemene regel) verwezen als een algemeen erkend beginsel van internationaal recht.¹³ Klimaatverandering raakt tal van verdragen. Afhankelijk van de formulering van deze verdragen, kan het bijdragen aan de opwarming van de aarde worden aangemerkt als een schending van een verdrag en daarmee een grondslag vormen voor aansprakelijkheid. Voorbeelden zijn verdragen ter bescherming van Antarctica, trekkende wilde diersoorten, de natuur in waterrijke gebieden, biodiversiteit enzovoort. In deze bijdrage ligt de focus op wellicht de belangrijkste milieuverdragen van dit moment: het Klimaatverdrag en het daarbij gesloten Kyoto-protocol. De vraag doet zich voor of het Klimaatverdrag¹⁴ en het daarbij gesloten Kyoto-protocol¹⁵ de toepassing van het algemene aansprakelijkheidsrecht geheel of gedeeltelijk kunnen uitsluiten (*self contained regime*).¹⁶ Dat is niet het geval. Deze verdragen bevatten geen aansprakelijkheidsregels, maar wel een compliance procedure die ervoor dient om te zorgen dat staten hun verplichtingen onder de verdragen nakomen. Dat is echter niet wat wordt bedoeld met *lex specialis*.¹⁷

12. N. Horbach & R. Lefeber, 'Staatsaansprakelijkheid', in: *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: Asser Press 2007, p. 313.

13. Dissenting Opinion van rechter Hsu Mo in de *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, *ICJ Reports* 1952, at 88 ('It is a well-recognized principle of interpretation that a specific provision prevails over a general provision').

14. Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, 1992.

15. Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, 1997.

16. B. Simma & D. Pulkowski, 'Of planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', 17 *The European Journal of International Law*, no. 3 2006.

17. Vier eilandstaten (Fiji, Kiribati, Nauru en Tuvalu) hebben bij de ondertekening van het Klimaatverdrag de volgende verklaring toegevoegd: 'Signature and/or ratification of the Convention shall in no way constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change, and that no provisions in the Convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law.' Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, 1992. <www.treaties.un.org>.

3 Schending van een volkenrechtelijke norm

Een staat schendt een rechtsplicht indien hij niet in overeenstemming handelt met hetgeen op grond van de betreffende rechtsplicht is vereist (artikel 12 ILC-Artikelen). De rechtsbron is daarbij niet van belang. Internationaal recht maakt geen onderscheid tussen een rechtsplicht die is vervat in een verdrag, een gewoonte-rechtelijke norm of enige andere rechtsbron. Het internationaal recht is anders dan het nationaal privaatrecht, in die zin dat het internationaal recht geen onderscheid maakt tussen de rechtsgevolgen van een onrechtmatige daad en de rechtsgevolgen van een schending van een overeenkomst. Ook de elementen van schuld, opzet en nalatigheid spelen slechts een beperkte rol. Overigens kan een handeling van een staat alleen een verplichting schenden indien die staat ten tijde van de handeling aan die verplichting was gebonden.¹⁸

Algemeen internationaal recht kent in beginsel geen regel die bijdragen aan klimaatverandering, die een rol speelt bij zeespiegelstijging, onrechtmatig acht.¹⁹ Toch biedt het internationaal recht wel degelijk aanknopingspunten voor een aansprakelijkheidsstelling. Allereerst zal worden ingegaan op de relevante norm van het internationaal gewoonterecht, te weten: de ‘no-harm’-regel. Ook zal het voorzorgs-beginsel worden besproken. Dit is een omstreden rechtsbeginsel dat verschillend wordt geïnterpreteerd en verschillende toepassingsvormen kent. Over de juridische status worden in de literatuur verschillende conclusies getrokken. Zo concludeert Trouwborst²⁰ dat de toepassing van het beginsel zo wijdverbreid en consistent is, dat het voorzorgsbeginsel de status heeft verworven van universeel internationaal gewoonterecht. In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat het voorzorgsbeginsel die status inderdaad heeft verworven. Vervolgens zal worden ingegaan op specifieke bepalingen uit het Klimaatverdrag, het daarbij gesloten Kyoto-protocol en het Zeerechtverdrag.²¹

3.1 Internationaal gewoonterecht

3.1.1 ‘No-harm’-regel

Het uitgangspunt is de regel dat een staat soevereiniteit geniet over zijn grondgebied en het soevereine recht heeft om de natuurlijke hulpbronnen te exploiteren zonder inmenging van andere staten. Op grond van dit recht zijn staten in beginsel vrij om

18. *Island of Palmas case*, RIAA, vol. II, 1949, p. 829. Zie het commentaar op art. 13 van de ILC-Artikelen inzake Staataansprakelijkheid.

19. Zie P.A. Nollkaemper, ‘Internationale aansprakelijkheid voor klimaatverandering’, *NJB* 2007, p. 2876.

20. A. Trouwborst, *Precautionary rights and duties of states*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

21. Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, 1982.

de natuurlijke hulpbronnen te exploiteren en activiteiten te ontplooiën, ook als deze nadelige gevolgen hebben voor het milieu. Het recht om milieuschade te veroorzaken is echter niet onbegrensd. Zo is de kernverplichting neergelegd in de regel die stelt dat geen enkele staat het recht heeft zijn grondgebied op een dusdanige manier te gebruiken of te laten gebruiken, dat er schade wordt toegebracht aan andere staten.²² Deze ‘no-harm’-regel wordt ook wel aangeduid met het Latijnse adagium *sic utere tuo ut alienum non laedas* (‘gebruik het uwe op een dergelijke manier dat u geen schade toebrengt aan een ander’) of het beginsel van ‘goed nabuurschap’. De stelling dat de ‘no-harm’-regel alle grensoverschrijdende schade verbiedt, wordt in het algemeen verworpen.²³ Er moet sprake zijn van ‘significante’ schade.²⁴ Het beginsel wordt meestal toegepast op gewone grensoverschrijdende milieuvervuiling, maar er is geen principiële reden waarom deze regel niet toegepast kan worden op staten die nalaten effectieve maatregelen te nemen om klimaatverandering te voorkomen dan wel te beperken.

De ‘no-harm’-regel werd in de milieucontext voor het eerst toegepast in de *Trail Smelter*-zaak. In de desbetreffende arbitragezaak ging het om een geschil over een zink- en loodsmelterij in het plaatsje Trail, Canada, waarvan de uitstoot over de grens in de staat Washington, de Verenigde Staten, schade veroorzaakte. Het arbitragetribunaal stelde in de einduitspraak van 1941 vast dat:

‘Under the principles of international law (...) no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the property or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.’²⁵

22. *Island of Palmas case*, (1928), II UNRIAA 829, at 839: ‘Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States.’

23. UN Secretary General, Rio Declaration on Environment and Development: Application and Implementation, UN Doc. E/CN.17/1997/8, par. 23 (‘The exact scope and implications of [Rio] principle 2 are not clearly determined yet. Certainly not all instances of transboundary damage resulting from activities within a State’s territory can be prevented or are unlawful.’); zie Knox 2002, p. 293.

24. A. Trouwborst, *Precautionary rights and duties of states*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 44-45; R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 16-17.

25. *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)*, 1938 and 1941, RIAA III 1905 245. Zie A.K. Kuhn, ‘The Trail Smelter Arbitration – United States and Canada’, in: 32 *AJIL*, 1938, p. 785; Vol. 35, 1941, p. 665-666.

De regel heeft zich na de *Trail Smelter*-zaak ontwikkeld tot de algemene verplichting om geen grensoverschrijdende milieuschade te veroorzaken. Deze verplichting geldt ook voor activiteiten die milieuschade veroorzaken in gebieden die vallen buiten de nationale rechtsmacht, zoals de volle zee en Antarctica. Zo bepaalt Beginsel 21 van de Verklaring van Stockholm uit 1972²⁶ dat:

‘States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.’²⁷

In Beginsel 21 zijn de twee basisregels van het internationaal milieurecht tegenover elkaar gezet: (1) het soevereine recht om natuurlijke hulpbronnen te exploiteren en (2) de verplichting om geen grensoverschrijdende milieuschade te veroorzaken. Geen van de twee beginselen is absoluut.²⁸ Beginsel 21 is door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties onderschreven als een basisregel van staatsaansprakelijkheid.²⁹ Ook is deze regel verder uitgewerkt in multilaterale verdragen, waaronder overweging 8 van de Preamble van het Klimaatverdrag. Deze regel is herhaaldelijk bevestigd en de juridische status is onbetwist.³⁰ Uit deze kernverplichting zou afgeleid kunnen worden dat het gaat om een absolute verplichting. Dat zou betekenen dat aansprakelijkheid voortvloeit uit iedere schending, onafhankelijk van enige vorm van opzet, schuld of nalatigheid van de staat, hetgeen zou neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. De heersende opvatting³¹ is dat de verplichting

26. Verklaring van Stockholm van 16 juni 1972, UN Doc.A/Conf. 48/14.

27. Het bestaan van de ‘no-harm’-regel is bevestigd in Beginsel 2 van de Verklaring van Rio inzake Milieu en Ontwikkeling, 14 juni 1992.

28. R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 23-25.

29. *International Responsibility of States in Regard to the Environment*, UNGA Res. 2996 (XXVII), U.N. Doc. A/8901 (1972). 112 staten stemden voor de Resolutie, geen enkele staat stemde tegen. Oostblokstaten namen geen deel aan de Conferentie van Stockholm en onthielden zich van stemming. Zij hebben echter wel de verdragen ondersteund die het normatief karakter van Beginsel 21 erkennen. Zie ook CSCE Final Act, 1975: ‘Acknowledging that each of the participating states, in accordance with the principles of international law, ought to ensure, in a spirit of co-operation, that activities carried out on its territory do not cause degradation of the environment in another state or in areas lying beyond the limits of national jurisdiction.’

30. *Pulp Mills on the river Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, par. 101; Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO Request), ICJ Reports 1996.

31. P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law & the Environment*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 147; P. Okowa, *State responsibility for transboundary air pollution in international law*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 81.

neerkomt op een zorgplicht, waarbij de staat dient te handelen als een ‘*good government*’³² en effectieve maatregelen dient te nemen die klimaatverandering en zeespiegelstijging kunnen voorkomen en beperken. Als een staat niet overeenkomstig zijn zorgplicht heeft gehandeld, schendt hij een internationale verplichting en is er een grondslag voor aansprakelijkheid (artikel 12 ILC-Artikelen).

Een staat kan zich niet onttrekken aan zijn internationale aansprakelijkheid door zich te beroepen op het feit dat hij heeft gehandeld overeenkomstig nationale wetgeving³³ dan wel dat hij geen invloed kan uitoefenen op de uitspraken van de onafhankelijke rechter. De zorgplicht is een bestanddeel van de ‘*no-harm*’-regel (een materiële rechtsplicht) en geen onderdeel van secundaire regels van staatsaansprakelijkheid. Het is immers de inhoud van de primaire norm welke bepaalt of er eventueel een internationale verplichting is geschonden.³⁴ De zorgplicht is flexibel van aard en de inhoud van deze plicht is niet uniform.³⁵ In de literatuur worden daarom drie elementen voorgesteld om het vaststellen van de hoogte van de zorgplicht te verduidelijken.³⁶ Deze elementen zijn:

1. Voorzienbaarheid of kennis van schadelijke effecten van zeespiegelstijging

De vraag is essentieel op welk specifiek moment of in welke specifieke periode objectief voorzienbaar was dat broeikasgasemissies een niveau hebben bereikt dat er een kritische drempelwaarde is overschreden (dat wil zeggen voorzienbaarheid dat het nieuwe evenwicht een merkbare verandering zal opleveren die groter is dan

32. P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law & the Environment*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 147. *Spanish Zone of Morocco Claims Case (Great Britain v. Spain)*, II UNRIAA 615, at 644 (par. 4). Zie ook de *Alabama Case*, in: J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol. 7, 1059 (1906), at 1060. Zie ook P. Dupuy, *Legal aspects of transfrontier pollution*, Paris: Organization for Economic Co-operation and Development 1977, p. 372-375.

33. In de *Alabama*-zaak stelde het Zwitserse Tribunaal dat: ‘(...) the British Government could not justify its failure to exercise due diligence by reason of the insufficiency of the legal means available to it.’ *Alabama Case*, in: J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol. 7, 1059 (1906), at 1061. In de *Montijo*-zaak stelde de arbiter dat: ‘The legislation of the Republic must be adapted to the Treaty and not the Treaty to the laws’, *Montijo Case (United States v. Columbia)* Arbitral award of 26 July 1875, in: Moore, *Arbitrations*, II, p. 1440.

34. I. Brownlie, *System of the Law of the Nations, State Responsibility, Part I*, Oxford: Clarendon Press 1983, p. 38.

35. R. Pisillo-Mazzeschi, *The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States*, 35 German Yearbook of International Law 1992, p. 44.

36. Verheyen 2005, p. 176. Zie het commentaar bij art. 10 van de Harvard Law School, ‘Draft Articles on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners’, in: 23 *American Journal of International Law Spec. Suppl.*, 1929, p. 187 (‘The phrase “due diligence” implies, therefore, jurisdiction to take measures of prevention as well as an opportunity for the state to act, consequent upon knowledge of impending injury or circumstances which would justify an expectation of probable injury.’).

de natuurlijke variabiliteit).³⁷ Het specifieke moment of de specifieke periode is relevant omdat er enige tijd zit tussen oorzaak en gevolg. Dat betekent dat de staat in de periode dat hij de handelingen pleegde, wist of althans – volgens objectieve inzichten – had moeten weten dat deze handelingen zouden kunnen leiden tot schade. De schade hoeft niet kwantificeerbaar te zijn.

2. *De mogelijkheid om te handelen*

Indien de schade voorzienbaar was, is het van belang te bepalen of een staat de mogelijkheid had om zijn emissies te reduceren waardoor de kans op klimaatverandering en zeespiegelstijging verlaagd had kunnen worden. Zo is in Canada in 2007 de Kyoto-Protocol Implementation Act aangenomen waarin de plicht is opgenomen om een plan te maken inzake de naleving van de voor Canada geldende emissiereductieverplichtingen.³⁸ Indien klimaatverandering leidende tot zeespiegelstijging wordt beschouwd als accumulatief probleem, kan gesteld worden dat iedere staat de mogelijkheid heeft effectieve maatregelen te nemen.

3. *Het nemen van effectieve en proportionele maatregelen*

Volgens het derde criterium geldt dat de staat moet hebben nagelaten om effectieve en proportionele maatregelen te nemen om schadelijke effecten van zeespiegelstijging te voorkomen of te beperken. Het internationaal recht laat een staat de keuze in de soort maatregelen die hij wenst te nemen om te voldoen aan zijn zorgplicht.³⁹ Een staat is verplicht om effectieve maatregelen te nemen. Voorbeelden zijn het opstellen en handhaven van milieuwetgeving om te voorkomen dat de rechten van derde staten door publieke of private personen worden geschonden.⁴⁰ Om te voldoen aan het proportionaliteitscriterium had een staat bij het nemen van de nodige maatregelen rekening moeten houden met de laatste wetenschappelijke ontwikkelingen. Andere factoren die van invloed zijn voor het vaststellen of er sprake is van een schending van een internationale verplichting zijn de emissieontwikkeling per hoofd van de bevolking, de mate van uitstoot in het verleden, de technische en economische capaciteiten van een staat om zijn emissies te beperken of een combinatie van een aantal van deze factoren.⁴¹

37. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, 9 April, *ICJ Reports* 1949, 4 at 22.

38. Zie voor een uitgebreid overzicht: M.G.W.M. Peeters & N.M. van der Grijp, *Motieven en mogelijkheden voor een nationale klimaatwet. Een rechtsvergelijkende verkenning*, 2010.

39. Dupuy 1977, p. 373.

40. Zie de *Alabama Case*, in: J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol. 7, 1059 (1906), at 1061.

41. M. Doelle, 'Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention,' 37 *Ocean Development & International Law* 2006, p. 325.

3.1.2 Voorzorgsbeginsel

In tegenstelling tot de ‘no-harm’-regel ziet het voorzorgsbeginsel⁴² op situaties waarin er sprake is van wetenschappelijke onzekerheid ten aanzien van de oorzaak, omvang en/of waarschijnlijkheid van de mogelijke schade. Dit beginsel is relevant omdat wetenschappelijke onzekerheid een belangrijke factor is bij klimaatverandering en zeespiegelstijging. Het bestaan van wetenschappelijke onzekerheid is geen voorwaarde voor toepassing van dit beginsel.⁴³ Inmiddels is het voorzorgsbeginsel opgenomen in meer dan zestig multilaterale milieuvverdragen,⁴⁴ talrijke verklaringen⁴⁵ en verschillende resoluties.⁴⁶ Het beginsel houdt het volgende in:

‘wanneer er, op basis van de best beschikbare informatie, redelijke gronden zijn om te vrezen voor ernstige en/of onomkeerbare milieuschade, moet effectieve en proportionele actie ondernomen worden om die schade te voorkomen en/of tegen te gaan, mede in situaties van wetenschappelijke onzekerheid aangaande de oorzaak, omvang en/of waarschijnlijkheid van de mogelijke schade.’⁴⁷

De essentie van het beginsel is dat het voordeel van de twijfel altijd gaat naar het milieu.⁴⁸ Of het voorzorgsbeginsel de status heeft verworven van internationaal gewoonterecht is omstreden. Vanwege de wijdverbreide implementatie van het voorzorgsbeginsel in niet-bindende en bindende documenten, alsmede het feit dat het beginsel in verschillende staten door rechters in de praktijk is toegepast,⁴⁹ is de

42. Zie A. Trouwborst, *Precautionary rights and duties of states*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

43. Trouwborst 2006, p. 290.

44. Bijvoorbeeld het Klimaatverdrag, 9 mei 1992, art. 3(3); Biodiversiteitsverdrag, 5 juni 1992, Preamble; WTO-overeenkomst inzake sanitaire en fytosanitaire maatregelen, 15 april 1994, art. 5(7); het Kyoto-Protocol, 10 december 1997, art. 3; J. Cameron & J. Abouchar, ‘The Status of the Precautionary Principle in International Law’, in: D. Freestone & E. Hey (red.), *The Precautionary Principle and International Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, p. 20-21; O. McIntyre & T. Mosedale, ‘The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law’, in: 9 *Journal of Environmental Law* 1997, p. 222-241; J. Peel, *The Precautionary Principle in Practice: Environmental decision-making and scientific uncertainty*, Annadale: The Federation Press 2005, Appendix B - Treaties including the Precautionary Principle.

45. Bijvoorbeeld Beginsel 15 van de Verklaring van Rio inzake Milieu en Ontwikkeling, 14 juni 1992.

46. Bijvoorbeeld: Large-scale pelagic driftnet fishing and its impact on the living marine resources of the world’s oceans and seas ban on driftnet fishing, UNGA Res. 44/225 (1989), 45/197 (1990), 46/215 (1991); The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), 12 I.L.M. 1085 (1973), Paragraph A of Annex 4 of Resolution Conf. 9.24.

47. Trouwborst 2006, p. 159.

48. Trouwborst 2006, p. 286.

49. Supreme Court of India, *Vellore Citizens*, 1996; Supreme Court of Canada, *Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Town of Hudson*, 2001; Peel 2005, Appendix C - Cases considering the Precautionary Principle.

heersende opvatting⁵⁰ dat er zich een statenpraktijk heeft ontwikkeld die aantoonde dat het voorzorgsbeginsel wijdverbreid en consistent geworden is. Er is echter verdeeldheid over het bestaan van een *opinio iuris*.⁵¹ Hoewel het voorzorgsbeginsel erkend is als regel van internationaal gewoonterecht in een aantal ‘*Dissenting Opinions*’ hebben deze Opinions geen bindende rechtskracht.⁵² In deze bijdrage wordt echter uitgegaan van de vooronderstelling dat het voorzorgsbeginsel de status heeft verworven van universeel internationaal gewoonterecht en dus een zelfstandige grondslag vormt voor het vaststellen van een internationale onrechtmatige daad.⁵³

Wanneer de te verwachten schade kan worden gekwalificeerd als ernstig en/of onomkeerbaar, hebben staten de verplichting de nodige maatregelen te nemen (een hogere drempel dan bij de ‘*no-harm*’-regel). Welke voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen hangt af van de mogelijkheid en waarschijnlijkheid dat schade ontstaat.⁵⁴ Naast de mogelijke effecten op de mens moet ook worden gekeken naar de mogelijke milieueffecten die het gevolg zijn van aantasting van natuurlijke ecosystemen of biodiversiteit.⁵⁵ Het is duidelijk dat schadelijke effecten van zeespiegelstijging zijn te kwalificeren als ernstig en/of onomkeerbaar. Zo vermindert bijvoorbeeld de beschikbaarheid van genetisch materiaal voor de medicijnproductie als gevolg van het uitsterven van koraalsoorten.⁵⁶ Het voorzorgsbeginsel verplicht staten derhalve tot het nemen van juridische maatregelen om de rechten van toe-

50. Zie bijvoorbeeld Cameron & Abouchar 1991, p. 52 (‘Implementation of the precautionary principle through national legislation, and national judicial decisions is patchy, although the intention to incorporate the precautionary principle is evident in policy papers and national legislation’).

51. Zie D. Bodansky, ‘Customary (and Not So Customary) International Environmental Law’, 3 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1995, p. 105-120. Bodansky leidt uit de onduidelijkheid van het voorzorgsbeginsel, alsmede uit de terughoudendheid van internationale rechterlijke instanties om het voorzorgsbeginsel direct toe te passen, af dat het beginsel (nog) niet de status heeft verworven van internationaal gewoonterecht; Verschuuren 2000, p. 7.

52. In de zaak betreffende het verzoek van Nieuw-Zeeland voor de heropening van de *Nuclear Test Case* tegen Frankrijk hebben twee rechters in hun ‘Dissenting Opinions’ het voorzorgsbeginsel gekwalificeerd als opkomende norm van internationaal gewoonterecht. Rechter Sir Geoffrey Palmer (ad hoc) zei het volgende: ‘The norm involved in the precautionary principle has developed rapidly and may now be a principle of customary international law relating to the environment,’ 1995 ICJ at 412, en rechter Weeramantry stelde dat het voorzorgsbeginsel is ‘gaining increasing support as part of the international law of the environment.’ Id. at 342, *Nuclear Test Case*, ICJ Reports 1995.

53. Cameron & Abouchar 1996, p. 52 (‘There is currently sufficient state practice to allow a good argument that the precautionary principle is a principle of customary international law.’); Trouwborst 2006, p. 286.

54. Trouwborst 2006, p. 287.

55. J.M. Verschuuren, *De laatste wilde hamster in Nederland en de grondslagen van het Europees en internationaal milieurecht* (oratie Tilburg), Deventer 2000, p. 6.

56. Wereld Natuur Fonds, <www.wnf.nl>. J.E.N. Veron, *A Reef in Time: the Great Barrier Reef from Beginning to End*, Belknap Press 2008.

komstige generaties te vrijwaren.⁵⁷ Het voorzorgsbeginsel wordt gekwalificeerd als de meest ontwikkelde vorm van preventie.⁵⁸ Wat beschouwd moet worden als voorzorgsmaatregel is een open vraag.⁵⁹ Voorbeelden van voorzorgsmaatregelen zijn het aannemen van wet- en regelgeving ten aanzien van aansprakelijkheid en compensatie voor milieuschade, het toepassen van milieueffect- of milieurisicorapportages, het gebruik van de best beschikbare technologieën en het gebruik van economische instrumenten⁶⁰ zoals subsidies, belastingen en heffingen. Naarmate de ‘waarschijnlijkheid’ van schade door zeespiegelstijging toeneemt, moeten de maatregelen – in het licht van de wetenschappelijke ontwikkeling – opnieuw worden bekeken en moeten waar mogelijk strengere milieumaatregelen worden genomen.⁶¹

3.2 Verdragen

3.2.1 Klimaatverdrag

In 1992 werd in Rio de Janeiro het ‘Raamverdrag Klimaatverandering’ van de Verenigde Naties aangenomen, meestal aangeduid als het Klimaatverdrag.⁶² De partijen bij dit Verdrag beseffen dat veranderingen in het klimaat op aarde en de nadelige gevolgen daarvan een gemeenschappelijke zorg voor de mensheid vormen (*‘common concern of humankind’*).⁶³ Het Klimaatverdrag onderscheidt drie categorieën van partijen. De eerste categorie bestaat uit de OESO-landen en landen met economieën in transitie, tezamen genoemd de Annex I-Partijen. De tweede categorie bestaat uit de OESO-landen, de Annex II-Partijen. De derde categorie bestaat uit de ontwikkelingslanden. Zij worden de non-Annex I-Partijen genoemd. De relevante verplichtingen zijn inspanningsverplichtingen, hoewel zij nogal verschillen in formulering (Parties *‘should’* of *‘shall’*). Het Verdrag stelt geen minimale hoogte vast voor deze inspanningsverplichtingen. Deze verplichtingen hebben een algemeen karakter. Het Klimaatverdrag is dan ook een kader- of raamverdrag dat de

57. WCED, *Our Common Future* 1987, p. 46.

58. Trouwborst 2006, p. 357; Kiss & Shelton 2004, p. 210.

59. Trouwborst 2006, p. 147.

60. IPCC Fourth Assessment Report, Working Group III, Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change <www.ipcc.ch>.

61. A. Kiss & D. Shelton, *International Environmental law*, Ardsley, New York Transnational Publishers 2004, p. 208; zie de Communication from the Commission on the Precautionary Principle (COM(2000)1), (*‘The implementation of an approach based on the precautionary principle should start with a scientific evaluation, as a complete as possible, and where possible, identifying at each stage the degree of scientific uncertainty.’*); McIntyre & Mosedale 1997, p. 238-239.

62. Zie voor een uitgebreide analyse: D. Bodansky, ‘The UN Framework Convention on Climate Change: a Commentary’, *Yale Journal of International Law* 18, p. 451 (1993).

63. Klimaatverdrag, Preamble (overweging 1).

mogelijkheid heeft gecreëerd voor verdere regulering en rechtsontwikkeling zoals het Kyoto-protocol.⁶⁴

Het doel van het Klimaatverdrag is het *stabiliseren* van de concentratie van broeikasgassen in de atmosfeer ‘op een zodanig niveau, dat gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatsysteem wordt voorkomen’ (artikel 2). Artikel 2 bevat geen regel die de uitstoot van antropogene broeikasgassen als zodanig verbiedt.⁶⁵ Of er sprake is van een schending van een verdragsrechtelijke verplichting indien een staat bijdraagt aan klimaatverandering moet worden vastgesteld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval en hangt ook nauw samen met de exacte inhoud, strekking en interpretatie van de betreffende verdragsverplichting. Bij de stappen ter verwezenlijking van de doelstelling van het Verdrag en ter uitvoering van de bepalingen daarvan moet blijken dat alle partijen zich, onder andere, hebben laten leiden door de beginselen zoals vervat in artikel 3 lid 1 t/m lid 3.⁶⁶

Overeenkomstig het beginsel van gemeenschappelijke maar gedifferentieerde verantwoordelijkheden, zoals vervat in artikel 3 lid 1 en nader uitgewerkt in artikel 4 lid 2 sub a, kan een Annex I-Partij aansprakelijk gesteld worden indien blijkt dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om nationale⁶⁷ maatregelen te nemen om terug te keren naar zijn niveau van uitstoot van 1990.⁶⁸ Een ontwikkelde (lees: geïndustrialiseerde) staat⁶⁹ kan aansprakelijk gesteld worden indien niet uit zijn beleid blijkt dat hij het voortouw heeft genomen om de broeikasgassen die niet worden beheerst krachtens het Protocol van Montréal, ‘aan het einde van dit decennium’, 2000, terug te brengen tot zijn niveau van uitstoot van 1990 (artikel 4 lid 2 sub b).⁷⁰ Het jaar 2000 gold voor hen als toetsjaar. Het betreft hier echter een inspanningsverplichting. Dit is ook de opvatting van de meeste verdragspartijen. Daarentegen stelt de

64. Zie E. Hey, ‘The Climate Change Regime: An Enviro-Economic Problem and International Administrative Law in the Making’, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, no. 1, 2001, p. 83.

65. S. Tol & R. Verheyen, ‘State Responsibility and Compensation for Climate Change Damages – legal and economic assessment’, 32 *Energy Policy*, 2004, p. 1115.

66. De precieze formulering van de aanhef van art. 3 luidt: ‘In their actions to achieve the objective of the Convention and to implement its provisions, the Parties *shall* be guided, inter alia, by the following (...)’ (cursief toegevoegd).

67. Dit is inclusief beleid en maatregelen, aangenomen door regionale organisaties voor economische integratie.

68. De precieze formulering van art. 4(2)(a) luidt: ‘Each of these Parties *shall* (...)’ (cursief toegevoegd).

69. Landen kunnen uiteraard de stap maken van ontwikkelingsland/een land met een economie in transitie naar ontwikkelde landen. Het is denkbaar dat China en – in een later stadium – India deze overstap maken. Door de term ontwikkelde landen op te nemen in het Klimaatverdrag kunnen landen die niet op de Bijlagen staan toch onderworpen worden aan de meer specifieke verplichtingen.

70. De precieze formulering van art. 4(2)(b) luidt: ‘... each of these Parties *shall* (...)’ (cursief toegevoegd).

Europese Unie zich op het standpunt dat het een resultaatsverplichting betreft.⁷¹ Indien een partij zijn uitstoot van broeikasgassen na ratificatie van het Klimaatverdrag voortdurend heeft laten toenemen kan dit leiden tot een schending van een verdragsrechtelijke verplichting.⁷² Vanwege het feit dat het Klimaatverdrag in 1992 is aangenomen kan een partij op basis van dit verdrag niet aansprakelijk worden gesteld voor de uitstoot van broeikasgassen van voor deze periode.⁷³

Verder is het beginsel van gemeenschappelijke maar gedifferentieerde verantwoordelijkheden nader uitgewerkt in artikel 4 lid 4 t/m lid 7. Slechts Annex II Partijen (OESO-landen) zouden aansprakelijk gesteld kunnen worden indien zij aan ontwikkelingslanden die bijzonder kwetsbaar zijn voor de nadelige gevolgen van klimaatverandering geen bijstand verlenen in de dekking van de kosten van aanpassing aan (antropogene) zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering.⁷⁴ Partijen die financiële steun zoeken voor adaptatiekosten hebben echter mogelijk moeite met het aantonen van causaal verband.⁷⁵ Vooral indien de hoogte van de zeespiegelstijging relatief laag is, zal het moeilijk zijn vast te stellen dat enige specifieke schade het gevolg is van antropogene klimaatverandering en niet van de natuurlijke variabiliteit.⁷⁶ Artikel 4 lid 4 bevat geen percentage in dekking van de kosten.⁷⁷

Daarnaast kan een partij in rechte worden aangesproken indien hij niet getracht heeft voorzorgsmaatregelen te nemen, teneinde het veroorzaken van klimaatverandering te voorkomen of in te perken, en de nadelige gevolgen daarvan, zoals zeespiegelstijging, te beperken (artikel 3 lid 3).⁷⁸ Een discussiepunt is echter of de reikwijdte van het voorzorgsbeginsel exclusief bepaald dient te worden binnen de context van het Klimaatverdrag.⁷⁹ Het Klimaatverdrag bevat geen bepalingen die toepassing van andere regels van internationaal recht zouden kunnen uitsluiten, en bevat daarmee geen beletsel voor mogelijke aansprakelijkheid.

71. Zie Depledge, 'From negotiation to implementation', in: A.E. Owen & N. Hanley (eds.), *The economics of climate change*, London: Routledge 2004, p. 38.

72. Tol & Verheyen 2004, p. 1115.

73. Tol & Verheyen 2004, p. 1115.

74. De precieze formulering van art. 4(4) luidt: 'The developed country Parties and other developed Parties included in Annex II *shall* also assist the developing country Parties that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change in meeting costs of adaptation to those adverse effects' (cursief toegevoegd).

75. Bodansky 1993, p. 451.

76. Bodansky 1993, p. 451.

77. Staten hebben in het kader van adaptatie beloofd bijstand te verlenen maar niet de volledige kosten te dekken van aanpassing aan schadelijke effecten van zeespiegelstijging.

78. De precieze formulering van art. 3(3) luidt: 'The Parties *should* take precautionary measures (...)' (cursief toegevoegd).

79. Verheyen 2005, p. 143.

3.2.2 *Kyoto-protocol*

De emissiereductiedoelstellingen van het Kyoto-protocol⁸⁰ zijn resultaatsverplichtingen. Het Kyoto-protocol verplicht uitsluitend Annex I-Partijen om hun uitstoot van broeikasgassen te reduceren in de periode 2008-2012 met gemiddeld 5% ten opzichte van het niveau in 1990 (de eerste verbintenisperiode, artikel 3 lid 1). Per staat gelden uiteenlopende reductiepercentages, zoals bepaald in Annex B. Het Verdragssecretariaat (gevestigd te Bonn, Duitsland) schat de geaggregeerde emissiereductie echter op 5.2%.⁸¹ Er is gekozen voor een periode van vijf jaar wat partijen meer flexibiliteit biedt dan een reductiedoelstelling voor een enkel jaar. De doelstelling voor de eerste vijf jaar heeft betrekking op zes broeikasgassen,⁸² omgerekend naar CO₂-equivalenten door vermenigvuldiging met door het IPCC aanbevolen factoren, de zogenoemde *Global Warming Potentials*. De vastgestelde doelstellingen variëren van 92% (8% reductie) tot 110% (10% toename). Het merendeel van de partijen heeft een doelstelling van 92%. De voormalige EU-15 lidstaten hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de doelstellingen gezamenlijk te realiseren en onder de EU-partijen te herverdelen (artikel 4). Zo is vastgelegd dat zij als geheel 8% reduceren ten opzichte van de uitstoot van 1990. Deze zogenoemde 'bubble' werd in juni 1998 intern herverdeeld, via het *Burden Sharing Agreement* (lastenverdelings-akkoord). Na de herverdeling bedroeg de reductiedoelstelling voor Nederland 6% voor de periode 2008-2012 ten opzichte van het emissieniveau van 1990. Uitgezonderd zijn partijen met transitie-economieën. Zij kunnen desgewenst opteren voor een ander referentiejaar (artikel 3 lid 5). Daarnaast mogen Annex I-Partijen kiezen voor 1990 of 1995 als referentiejaar voor de meer recent geïntroduceerde fluorverbindingen (HFK's, PFK's en SF₆, artikel 3 lid 8). Indien een staat zijn reductiedoelstellingen in 2012 niet haalt, kan hij in rechte worden aangesproken.

3.2.3 *Zeerechtverdrag*

Staten zijn verplicht het zeemilieu te beschermen en te behouden (artikel 192). De preambule erkent het spanningsveld tussen de soevereiniteit van alle staten enerzijds en de bescherming en het behoud van het zeemilieu anderzijds. De uitstoot van broeikasgassen kan worden gezien als 'inbreng van stoffen' ('*introduction of substances*') die leidt tot zeespiegelstijging met alle schadelijke gevolgen van dien.

80. Het aantal ratificaties is thans 193 (augustus 2011). Het totale emissiepercentage van Annex I-Partijen is 63.7%. <www.unfccc.int>.

81. Depledge, *Tracing the origins of the Kyoto Protocol: and article-by-article-textual history*, Technical paper prepared under contract to UNFCCC (FCCC/TP/2000/2), 47, par. 221. <www.unfccc.int/resource/docs/tp/tp0200.pdf>.

82. Het Kyoto-protocol heeft betrekking op de volgende zes broeikasgassen: (1) koolstofdioxide (CO₂); (2) methaan (CH₄); (3) distikstofoxide (N₂O); (4) fluorkoolwaterstoffen (HFK's); (5) perfluorkoolwaterstoffen (PFK's); (6) zwavelhexafluoride (SF₆).

De uitstoot is te kwalificeren als ‘*pollution of the marine environment*.’ Onder deze definitie wordt verstaan:

‘the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities.’⁸³

Uit de inhoud van de bepaling wordt geconcludeerd dat de definitie breed is. Vanwege het feit dat artikel 212 (verontreiniging vanuit of via de dampkring) in het Zeerechtverdrag is opgenomen blijkt dat de uitstoot van broeikasgassen onder deze bepaling kan vallen. Echter, de vraag is of de term ‘*marine environment*’ breed genoeg is om ook het luchtruim – en de wisselwerking met de zee – te omvatten. Het Zeerechtverdrag bevat geen definitie van de term ‘*marine environment*’,⁸⁴ maar tijdens de onderhandelingen zijn verschillende voorstellen gedaan die ook het luchtruim omvatten.⁸⁵ Of zeespiegelstijging onder de schadelijke effecten valt, is niet geheel duidelijk,⁸⁶ maar de opsomming in artikel 1 lid 1 en lid 4 lijkt niet limitatief te zijn.

Indien een staat zijn verplichtingen betreffende de bescherming en het behoud van het zeemilieu niet vervult, is die staat aansprakelijk overeenkomstig het internationaal recht (artikel 235). Een staat kan in rechte worden aangesproken indien hij onvoldoende maatregelen neemt ter voorkoming, vermindering en bestrijding van

83. Zeerechtverdrag, art. 1(1)(4).

84. M. Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, a commentary*, Vol. II, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1993, p. 42 (‘There is no explanation in the Convention for the term “marine environment” (...). The absence of any specific meaning for this term allows the Convention an element of flexibility in accommodating the continuously-expanding human knowledge and human activities relating to the marine environment, including its protection and preservation.’).

85. M. Nordquist, Volume IV, 1993, p. 210 (‘At the second session of the Conference (1974), article 5 of the draft articles submitted by Kenya (Source 2) provided that: States shall ensure that measures taken under these articles shall deal with all sources of pollution of the marine environment...including...the atmosphere... (...).’).

86. Bijvoorbeeld M. Doelle, ‘Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention’, 37 *Ocean Development & International Law* 2006, p. 322 (‘The sources of energy under consideration at the time may have been more local, such as land-based effluent from industrial facilities, and likely did not include climate change. The threat of temperature change to the marine environment, however, was clearly identified. The inclusion of energy in the definition of pollution can be read as an indication that negotiators were aware of this threat.’).

verontreiniging van het zeemilieu ‘uit welke bron dan ook.’⁸⁷ Hij moet nagelaten hebben de meest bruikbare middelen in te zetten waarover hij beschikt, niet hebben gehandeld overeenkomstig zijn vermogen en niet hebben getracht zijn beleid in dit verband te harmoniseren (artikel 194 lid 1). Ook zou een staat aansprakelijk gesteld kunnen worden indien hij niet alle maatregelen neemt om te verzekeren dat onder zijn rechtsmacht of toezicht staande werkzaamheden zo worden verricht dat deze geen schade door verontreiniging toebrengen aan andere staten en hun milieu (artikel 194 lid 2). Artikel 194 lid 1 is nader uitgewerkt in artikel 212 (en 207). De inhoud van deze bepalingen zijn zorgverplichtingen die gekoppeld zijn aan internationale (minimum) regels. Hier dient opgemerkt te worden dat het voorzorgsbeginsel niet expliciet is terug te vinden in het Zeerechtverdrag. Het voorzorgsbeginsel is hooguit impliciet af te leiden uit artikel 1 lid 1 en lid 4. Een staat zou aansprakelijk gesteld kunnen worden indien uit zijn maatregelen blijkt dat hij bij het aannemen van zijn wet en -regelgeving onvoldoende rekening heeft gehouden met artikel 2 van het Klimaatverdrag. Het vaststellen van een schending van een zorgplicht dient op dezelfde wijze bepaald te worden als is behandeld in de context van de ‘no-harm’-regel. Aangezien het IPCC in zijn laatste rapport concludeert dat de ‘waarschijnlijkheid’ is toegenomen dat menselijke activiteiten een rol spelen bij klimaatverandering, dient een staat de maatregelen die hij heeft genomen opnieuw te bekijken en, waar mogelijk, meer actie te ondernemen. Of er sprake is van een schending van een verdragsrechtelijke verplichting hangt af van de omstandigheden van het geval.

3.3 *Verhouding tussen verplichtingen die voortvloeien uit internationaal gewoonterecht en verplichtingen die voortvloeien uit regels van verdragen*

Ondanks de inwerkingtreding van het Klimaatverdrag en het daarbij gesloten Kyoto-protocol blijven regels van internationaal gewoonterecht en andere algemene beginselen, niettegenstaande hun algemene karakter, van grote betekenis.⁸⁸ Zo bevat het Klimaatverdrag alleen algemene doelstellingen en beginselen en ontbreekt het daarnaast ook aan een specifieke definiëring van bepaalde gehanteerde termen. Een voorbeeld hiervan is de term ‘gevaarlijk’ (artikel 2 Klimaatverdrag). Een deel van de staten heeft ervoor gekozen om geen partij te worden bij dit Protocol dat zich tot doel stelt om de mondiale uitstoot van antropogene broeikasgassen te beperken. Feit is dat de grootste reducties van CO₂ en andere broeikasgassen moeten komen van de Verenigde Staten en China. Ondanks het feit dat de Verenigde Staten het Kyoto-protocol niet hebben geratificeerd en China volgens het Protocol wordt aangemerkt als een ontwikkelingsstaat die geen verplichtingen heeft, hebben beide staten de

87. Zeerechtverdrag, art. 194(1).

88. Okowa 2000, p. 60.

algemene verplichting om grensoverschrijdende schade te voorkomen. De reductieverplichtingen van het Kyoto-protocol zijn slechts minimumverplichtingen die klimaatverandering niet kunnen voorkomen en gelden alleen voor staten die daarbij partij zijn.⁸⁹ Partijen bij dit Protocol zijn dan ook gehouden aan de strengere verplichting zoals neergelegd in de ‘no-harm’-regel. Bovendien is er overwegend steun voor het standpunt dat de interpretatie van verdragen onderworpen is aan opkomende gedrags- en toetsingsnormen in de internationale rechtsorde.⁹⁰ Dit standpunt vindt zijn weerklank in artikel 31 lid 3 sub c van het Weens Verdragen Verdrag, inhoudende dat ‘iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.’⁹¹ Een voorbeeld is het voorzorgsbeginsel dat kan worden beschouwd als ‘*a new lens with which to view existing obligations*.’⁹²

4 Toerekening van handelingen aan staten

4.1 *Handelingen van staatsorganen en private personen onder feitelijke controle van de staat*

Aangezien aansprakelijkheid alleen ontstaat indien sprake is van aan de staat toerekenbaar onrechtmatig handelen (of nalaten), is het vaststellen van een schending van een volkenrechtelijke verplichting de grootste horde die moet worden genomen.⁹³ Indien bedoeld handelen of nalaten afkomstig is van staatsorganen en personen die namens de overheid optreden, kan dit, binnen de grenzen die het internationaal recht daaraan stelt, zonder meer aan de staat worden toegerekend. De activiteiten van staatsondernemingen kunnen alleen aan de staat worden toegerekend voor zover het de uitoefening van overheidstaken betreft.⁹⁴ Cruciaal in deze context is de mate van controle van de staat om te bepalen of de handelingen aan die staat toerekenbaar zijn.⁹⁵ Zo kunnen handelingen van energiebedrijven die vergund zijn tot het uitvoeren van publieke taken, en ook als zodanig hebben gehandeld, worden toegerekend aan de staat (artikel 5 ILC). Het zijn deze centrales die, vanwege de

89. Zie M. Faure & P.A. Nollkaemper, ‘International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change’, 43 *Stanford Journal of International Law* 2007, p. 152.

90. Okowa 2000, p. 60.

91. Zie de Separate Opinion van vice-president Weeramantry, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, 1997, *ICJ Reports* 88-119.

92. Freestone 1999, p. 141.

93. Brownlie 1983, p. 36.

94. Report of the ILC 53rd session, p. 107.

95. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27 juni 1986, *ICJ Reports* 1986, p. 64; *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-I-A, Judgement, ICTY Appeals Chamber, 5 juli 1999, par. 117.

relatief hoge CO₂-uitstoot, worden gezien als de voor het milieu meest schadelijke vorm van energieopwekking. Onder artikel 5 ILC vallen ook private bedrijven die ingevolge de wet bevoegd zijn om bepaalde taken van publieke aard uit te oefenen.⁹⁶

4.2 *Handelingen van particulieren*

Het zijn particulieren en vooral ondernemingen die door alledaagse activiteiten broeikasgassen uitstoten die bijdragen aan de opwarming van de aarde. Een staat is in beginsel niet aansprakelijk voor uitstoot veroorzaakt door activiteiten van particulieren. Dat geldt ook voor de uitstoot van broeikasgassen als gevolg van activiteiten van internationale ondernemingen die in bepaalde staten zijn gevestigd. Een staat heeft echter wel de verplichting om alles te doen wat redelijkerwijs kan worden verwacht teneinde te voorkomen dat een internationale rechtsplicht wordt geschonden. Zo oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Corfu Channel*-zaak dat Albanië aansprakelijk was voor de schade aan twee Britse schepen die op mijnen liepen in de territoriale wateren van Albanië. Het Hof oordeelde dat Albanië aansprakelijk kon worden gehouden omdat Albanië wist of althans had moeten weten van het bestaan van mijnen in zijn territoriale wateren, en dat, ook al had Albanië niet zelf de mijnen gelegd, Albanië de schade had kunnen voorkomen. Het Hof oordeelde dat geen staat: '[may] knowingly allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.'⁹⁷ Het is de nalatigheid van de staat om de noodzakelijke maatregelen te nemen die wordt toegerekend, niet de handelingen van particulieren die de daadwerkelijke schade veroorzaken.⁹⁸ De vraag is hoe ver deze zorgplicht reikt. Het vaststellen van een schending van de zorgplicht dient op dezelfde wijze bepaald te worden, zoals is behandeld in de context van de 'no-harm'-regel. Het is niet altijd mogelijk risicoverhogende activiteiten te verbieden indien zij cruciaal zijn voor de economische ontwikkeling en voordeel opleveren voor de samenleving als geheel,⁹⁹ maar de 'no-harm'-regel en het voorzorgsbegin-sel gelden onverminderd.

96. Horbach & Lefeber 2007, p. 317.

97. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Merits, *ICJ Reports* 1949, p. 22-23.

98. Zie P.A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 395.

99. Second Report of Special Rapporteur Rao, on the legal regime for the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, ILC Doc. A/CN.4/540 – ILC 56th session (2004), p. 14 ('It is recognized that it is not always possible to prohibit or avoid engaging in hazardous or significant risk-bearing activities because they are crucial for economic development and are beneficial to society in general. However, States are under an obligation to authorize them only under controlled conditions and strict monitoring while discharging their duty of prevention of transboundary harm.').

5 Omstandigheden die de onrechtmatigheid uitsluiten

Een belangrijke vraag is of een staat een beroep zou kunnen doen op een van de zes erkende schulduitsluitingsgronden (artikel 20-25 ILC-Artikelen). Indien een beroep slaagt, betekent dit niet dat de handeling als zodanig rechtmatig wordt, maar er ontstaat geen aansprakelijkheid en de rechtsgevolgen blijven uit.¹⁰⁰

Toestemming

Toestemming kan worden ingeroepen indien een staat met toestemming van een andere staat een daad pleegt die strijdig is met een verplichting jegens deze laatste staat. In dat geval zal, voor zover deze daad binnen de grenzen van deze toestemming blijft, geen aansprakelijkheid ontstaan van de eerste staat jegens de staat die daarvoor toestemming heeft verleend.¹⁰¹ Deze schulduitsluitingsgrond is irrelevant als het gaat om klimaatverandering. Er kan eenvoudigweg geen toestemming worden verkregen van een individuele staat, aangezien de handelingen bijdragen aan een mondiaal probleem waarvan alle kuststaten, in meer of mindere mate, nadeel ondervinden. Bovendien zijn nagenoeg alle staten partij bij het Klimaatverdrag en gelden de (inspannings)verplichtingen onder dit verdrag jegens alle verdragspartijen.

Zelfverdediging

Een staat die zijn vitale belangen beschermt in overeenstemming met artikel 51 VN-Handvest, handelt niet in strijd met artikel 2 lid 4 van het VN-Handvest. De bedreiging waartegen de staat zich verdedigt, moet veroorzaakt zijn door het gebruik van militair geweld van een andere staat.¹⁰² Het is duidelijk dat deze schulduitsluitingsgrond niet kan worden ingeroepen voor handelingen die grensoverschrijdende milieuschade veroorzaken.

Tegenmaatregelen

Tegenmaatregelen houden in dat de onrechtmatigheid van handelingen wordt weggenomen indien een staat de op zichzelf onrechtmatige handeling verricht tenein-

100. In de *Gabčíkovo-Nagymaros*-zaak oordeelde het Internationaal Gerechtshof dat: 'even if a state of necessity is found to exist it is not a ground for the termination of a treaty. It may only be invoked to exonerate from its responsibility a State which has failed to implement a treaty. Even if found justified, it does not terminate a Treaty; the Treaty may be ineffective as long as the condition of necessity continues to exist; it may in fact be dormant, but – unless the parties by mutual agreement terminate the Treaty – it continues to exist. As soon as the state of necessity ceases to exist, the duty to comply with treaty obligations revives.' Judgment of 25 September 1997, *ICJ Reports* 1997, p. 63, par. 101.

101. Horbach & Lefeber 2007, p. 322.

102. Zie Horbach & Lefeber 2007, p. 325.

de een andere staat te brengen tot beëindiging van een onrechtmatige daad. Deze schulditsluitingsgrond is niet van toepassing omdat de tegenmaatregelen alleen inbreuk mogen maken op de rechten van plegers van de internationale onrechtmatige daad en niet op die van andere staten (artikel 49 lid 1). De schadelijke gevolgen van de uitstoot van antropogene broeikasgassen raakt alle staten, dus ook die staten die geen onrechtmatige daad plegen.

Overmacht

Overmacht is de situatie waarin het plegen van een onrechtmatige daad het gevolg is van een niet voorzienbaar extern voorval, buiten de controle van de staat, waardoor het voor de staat onmogelijk wordt om aan zijn verplichtingen te voldoen. Er zijn drie voorwaarden waaraan voldaan moet zijn:¹⁰³ (1) de ‘*force majeure*’-situatie moet feitelijk onweerstaanbaar zijn en de gebeurtenis van een extern voorval objectief niet voorzienbaar; (2) de staat mag niet zelf, opzettelijk of door zijn schuld, aan het ontstaan van die situatie hebben bijgedragen; (3) er moet causaal verband bestaan tussen het onvoorziene externe voorval, enerzijds, en de materiële onmogelijkheid, anderzijds.¹⁰⁴

Het tweede criterium is voor discussie vatbaar. Sommigen zullen bepleiten dat klimaatverandering en zeespiegelstijging in elk geval ten dele een natuurlijke oorzaak hebben, derhalve een niet voorzienbaar extern voorval dat buiten de macht van de staat valt. Overmacht is echter moeilijk aan te tonen gezien de bijzonder stringente voorwaarden.

Nood

Het beginsel van nood (*‘distress’*) houdt in dat een orgaan of persoon die optreedt namens de staat blootgesteld is aan extreem ernstig gevaar voor zijn leven of dat van andere personen wier zorg hem is toevertrouwd, terwijl hij geen enkele andere mogelijkheid had om dit gevaar te ontwijken dan in strijd met een bepaalde verplichting van zijn staat te handelen. Nood is in het verleden aangevoerd in gevallen van grensoverschrijding (van zee of het luchtruim) van vreemde staten. Het is duidelijk dat ten aanzien van klimaatverandering het belang dat wordt beschermd niet een persoonlijk belang betreft, maar een essentieel of wezenlijk belang van de staat. Derhalve is deze schulditsluitingsgrond niet van toepassing.

103. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 170 (‘(a) the act in question must be brought about by an irresistible force or an unforeseen event, (b) which is beyond the control of the State concerned, and (c) which makes it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.’).

104. Horbach & Lefeber 2007, p. 323.

Noodzaak

Een staat kan een beroep doen op de schulduitsluitingsgrond noodzaak (*ius necessitatis*) als het verrichten van een handeling die strijdig is met internationale verplichtingen de enige mogelijkheid was om zijn eigen essentiële belangen te waarborgen. De term essentiële belangen is echter relatief onbepaald. Het invoeren van het beginsel van noodzaak in concrete situaties heeft tot veel discussie geleid.¹⁰⁵ In de *Gabčíkovo-Nagymaros*-zaak¹⁰⁶ gaf het Hof enige duidelijkheid over de mogelijkheden tot het invoeren van noodzaak. Het Hof leidde uit het gewoonterecht vijf vereisten af waaraan een beroep op noodzaak dient te voldoen:

1. er was sprake van een essentieel belang van de staat dat conflicteerde met een op hem rustende verplichting;
2. het essentiële belang werd bedreigd door een groot en imminent gevaar;
3. de door de staat verrichte handeling was de enige mogelijkheid om het betreffende essentiële belang te beschermen;
4. de door de staat verrichte handeling heeft niet geleid tot ernstige aantasting van een essentieel belang van de staat tegenover wie de verplichting bestond;
5. de staat heeft niet zelf bijgedragen aan de ontstane situatie.

Theoretisch gezien heeft een staat een keuze, maar de keuze om conform te handelen vraagt van de staat het onmogelijke (ook wel de ‘relatieve onmogelijkheid’ genoemd).¹⁰⁷ In dit geval is er geen dreigend en imminent gevaar. De kans dat de economie instort, lijkt erg onwaarschijnlijk. Deze schulduitsluitingsgrond is derhalve niet van toepassing.

6 Rechtsherstel

De staat die de onrechtmatige daad heeft gepleegd is verplicht de nadelige gevolgen daarvan ongedaan te maken. In de *Chorzów Factory*-zaak heeft het Permanente Hof van Internationale Justitie het bestaan van de verplichting om te voorzien in rechtsherstel bevestigd:

‘Reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.’¹⁰⁸

105. Zie Crawford 2002, p. 169.

106. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports 1997.

107. Horbach & Lefeber 2007, p. 324-325.

108. *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland)*, 1927 PCIJ, Series A, No. 9, p. 47-48; zie ook *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p. 197, par. 150.

Uit deze uitspraak blijkt dat het Hof niet alleen oog heeft voor de gevolgen van de internationale onrechtmatige daad, maar ook voor het verloop van tijd vanaf het moment dat de onrechtmatige daad werd gepleegd en de nadelige gevolgen die dat voor de gelaedeerde staat (staat waarvan subjectieve rechten worden geschonden) met zich mee heeft meegebracht.¹⁰⁹ Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat rechtsherstel van de nadelige gevolgen van de internationale onrechtmatige daad volledig moet zijn.

Rechtsherstel kan verschillende vormen aannemen. Het zal duidelijk zijn dat rechtsherstel via restitutie in veel gevallen feitelijk onmogelijk is (artikel 35). Een (gedeeltelijk) ondergelopen eilandstaat kan niet in de oude situatie worden hersteld. Als herstel in de oude situatie niet mogelijk is of als herstel van de oude situatie disproportionele belastingen met zich mee brengt, dient schadevergoeding te worden betaald (artikel 36) en/of genoegdoening te worden gegeven (artikel 37). Het is aannemelijk dat ontwikkelingslanden aan schadevergoeding de voorkeur geven. Schadevergoeding kan zowel in geld als in *natura* worden gegeven. Staten kunnen aan het internationaal recht geen recht ontnemen voor het eisen van additionele schadevergoeding.¹¹⁰ Alle vormen van schade die op geld waardeerbaar zijn, komen in aanmerking (artikel 31). Maar ook hier geldt dat de verplichting tot vergoeding van de schade uitsluitend ontstaat indien causaal verband kan worden aangetoond. Het uitgangspunt van volledig rechtsherstel lijdt uitzondering indien de gelaedeerde staat of zijn onderdanen door verwijtbaar gedrag zelf hebben bijgedragen aan de omvang van de schade door zeespiegelstijging.¹¹¹ Dit is relevant omdat nagenoeg iedere staat meer broeikasgassen uitstoot dan door zijn territorium en (mogelijk) aangrenzende maritieme zones worden opgenomen. De dreiging van materiële of immateriële schade kan voor een gelaedeerde staat een reden zijn om een gedragswijziging van een andere staat te eisen.¹¹² Vaststelling van aansprakelijkheid kan leiden tot een oordeel dat een aansprakelijke staat maatregelen moet nemen om schade te voorkomen. Dat kan betekenen dat bijvoorbeeld de bouw van een nieuwe kolencentrale ontoelaatbaar wordt verklaard.

109. Horbach & Lefeber 2007, p. 331.

110. Horbach & Lefeber 2007, p. 334.

111. Zie Horbach & Lefeber 2007, p. 331.

112. Report ILC 53rd session, p. 226 ('As a corollary there is no general requirement, over and above any requirements laid down by the relevant primary obligation, that a State should have suffered material harm or damage before it can seek reparation for a breach. The existence of actual damage will be highly relevant to the form and quantum of reparation. But there is no general requirement of material harm or damage for a State to be entitled to seek some form of reparation.').

De causaliteitstest

Het is noodzakelijk om nader in te gaan op de voorwaarden voor aansprakelijkheid wanneer een staat materiële schade heeft geleden als gevolg van zeespiegelstijging en rechtsherstel zoekt voor deze schade. In het internationaal recht worden twee causaliteitstesten toegepast, te weten: (1) de *conditio sine qua non*-test die een feitelijke relatie vereist tussen oorzaak en gevolg; en (2) de *causa proxima*-test¹¹³ volgens welke een staat alleen aansprakelijk is als schade het ‘normale’ of ‘natuurlijke’ gevolg is van zijn handelen (of nalaten).¹¹⁴ Het internationaal recht leert dat de *causa in proxima*-test leidend is.¹¹⁵ In de *Trail Smelter*-zaak had het arbitragetribunaal zijn oordeel niet gebaseerd op absolute zekerheid, maar op het feit dat de schade het natuurlijke gevolg was van de internationale onrechtmatige daad. In de *Portuguese Colonies*-zaak¹¹⁶ oordeelde het arbitragetribunaal op basis van het criterium van voorzienbaarheid (dit criterium is ook een element van de ‘no-harm’-regel) en hield het Duitsland aansprakelijk voor alle schade die het had kunnen voorzien, ‘hoewel causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de feitelijke schade niet echt als direct te kwalificeren was’.¹¹⁷ In de *Samoan Claims*-zaak¹¹⁸ hanteerde het tribunaal zowel het criterium dat de schade het normale of natuurlijke gevolg moest zijn van de internationale onrechtmatige daad als het criterium van voorzienbaarheid. In deze zaak ging het om het vergoeden van schade aan Duitse onderdanen veroorzaakt door activiteiten van Britse en Amerikaanse vertegenwoordigers. Het tribunaal oordeelde dat diegene die de onrechtmatige daad had begaan aansprakelijk was voor de schade:

‘which are both in fact, caused by his action, and could not be attributed to any other cause, and which a reasonable man in the position of the wrongdoer at the time would have foreseen as likely to ensure from his action.’¹¹⁹

113. Zie Okowa 2000, p. 181.

114. Arangio-Ruiz, Second Report on State Responsibility, *YILC* (1989) Vol. II, Part I at 13.

115. Okowa 2000, p. 180-181, constateert dat er gewoonlijk twee tests plaatsvinden voor het bepalen van de *proxima causa*, te weten: (1) een objectieve test die afhangt van het bestaan van een natuurlijke relatie tussen de schade en de onrechtmatige gedraging, en (2) een subjectieve test die ziet op de feitelijke beoordeling van de situatie, evenals de beleidskeuze waarvan door de gevolgen van de handeling van de verdedigende staat aansprakelijkheid ontstaat.

116. *Portuguese Colonies Case (Portugal v. Germany)*, Award of 1928, II *RIAA* (1949) at 1031-32.

117. Okowa 2000, p. 181.

118. *Samoan Claims Case (Germany v. United Kingdom and USA)*, Award of 1902, IX *RIAA* (1963) p. 15; Verheyen 2005, p. 299; Okowa 2000, p. 181.

119. *Germany v. Great Britain and USA*, IX *RIAA* at 15.

De huidige stand van het recht is enigszins onduidelijk nu het Internationaal Gerechtshof in de *Genocide*-zaak¹²⁰ de *conditio sine qua non*-test heeft toegepast. Het Hof stelde dat, voor een mogelijke schadeclaim, bewezen moest worden dat de genocide niet zou hebben plaatsgevonden indien Servië zich optimaal zou hebben ingespannen om de genocide te voorkomen. Voor klimaatverandering is dit criterium onwerkbaar vanwege de natuurlijke variabiliteit van het klimaatsysteem. De kans op schadevergoeding is op basis van deze test bij voorbaat uitgesloten. Het is niet aannemelijk dat deze causaliteitstest het uitgangspunt zal worden.¹²¹

Complicaties voor toepassing van de causaliteitstesten

De toepassing van deze causaliteitsbeginselen doet complexe vragen rijzen indien het cumulatieve karakter van de schade, de ondeelbaarheid van de te resulteren schade en hun relatie met diverse activiteiten afkomstig uit nagenoeg alle staten, in aanmerking worden genomen. Er zijn verschillende problemen met betrekking tot het bepalen van de relatie tussen oorzaak en gevolg.

Allereerst moet het voldoende aannemelijk zijn dat de mens bijdraagt aan klimaatverandering en zo een rol speelt bij zeespiegelstijging. Vervolgens zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat er causaal verband is tussen de onrechtmatige handeling en de door zeespiegelstijging veroorzaakte schade en de toerekenbaarheid aan die staat. Wetenschappelijke onzekerheid maakt het ingewikkeld om het specifieke moment of de periode en de plaats te bepalen van schade die toerekenbaar is aan één of meer staten. De CO₂-uitstoot van individuele staten is niet direct meetbaar, daarvoor mengt het gas te goed met de lucht.¹²² De internationale gerechtshoven die een zaak zouden kunnen behandelen, zijn daarom aangewezen op een schatting van de hoeveelheid energierijke grondstoffen die een staat verbruikt. Niet alle staten blijken het bovendien nauw te nemen met de registratie van broeikasgassen.¹²³ Complicerende factor vormen daarnaast de historische emissies. Sinds de industriële revolutie van 1750 heeft er een toename plaatsgevonden van broeikasgassen, lang voordat het Klimaatverdrag en het Kyoto-protocol van kracht werden. Een staat kan immers alleen een verplichting schenden indien die staat ten tijde van de handeling aan die verplichting was gebonden. Op dat moment was uitstoot van broeikasgassen rechtmatig. Daarnaast zijn er factoren die invloed hebben op de omvang van de schade maar geen resultaat zijn van een internationale onrechtmatige daad. De belangrijkste factor is de natuurlijke variabiliteit van het klimaatsysteem. Indien de zeespiegelstijging relatief laag is, zal het moeilijk zijn vast te stellen dat enige spe-

120. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgement of 26 February 2007, par. 462.

121. Nollkaemper 2007, p. 2879.

122. Gegevens over CO₂ liggen politiek gevoelig, *NRC* 23 mei 2007.

123. 'Broeikasgassen lozen, niemand die het merkt', *NRC* 26 augustus 2011.

cifieke schade het gevolg is van antropogene klimaatverandering en niet het gevolg is van de natuurlijke variabiliteit. Staten kunnen niet aansprakelijk gesteld worden voor broeikasgassen die het gevolg zijn van natuurlijke processen. In complexe zaken, zoals klimaatzaken, blijft het twijfelachtig of internationale gerechtshoven bereid zijn om op basis van 'indirect' bewijs schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering toe te rekenen aan een staat, gezien de externe factoren.

Het gewicht van het internationale aansprakelijkheidsrecht om een norm-naleving af te dwingen of een gedragsverandering te eisen moet niet worden overschat. Het is niet aannemelijk dat de kans op een mogelijke aansprakelijkheidsstelling enige preventieve werking heeft op staten om effectieve maatregelen te nemen.

7 Gedeelde aansprakelijkheid

Internationaal recht erkent dat staten hun onrechtmatige daad niet alleen zelfstandig kunnen begaan, maar ook in samenwerking met andere staten. Het uitgangspunt is dat in beginsel beide staten aansprakelijk zijn voor dezelfde onrechtmatige daad en elk afzonderlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. De aansprakelijk gestelde staat kan regres halen op de andere betrokken staat voor diens aandeel. In zijn *Separate Opinion* in de *Oil Platforms*-zaak, beargumenteerde rechter Simma dat dit beginsel van *joint and several liability* een algemeen rechtsbeginsel is.¹²⁴ Rechter Simma constateerde dat het beginsel van *joint and several liability* van toepassing is indien er aan drie criteria wordt voldaan.¹²⁵ Ten eerste moet iedere deelnemer betrokken zijn geweest bij de activiteiten die hebben geleid tot de schade; ten tweede moeten staten daadwerkelijk die schade hebben veroorzaakt; ten derde is het onmogelijk te bepalen welke staat individueel verantwoordelijk is voor de schade. Indien het bestaan van dit rechtsbeginsel wordt aangenomen, betekent dat niet noodzakelijkerwijs dat een staat aansprakelijk kan worden gehouden voor de totale omvang van de kosten als gevolg van zeespiegelstijging. Opgemerkt dient te worden dat Simma's opinie betrekking had op de toebedeling van de aansprakelijkheid, maar niet op het verhalen van schade.¹²⁶ Zeespiegelstijging is mede het resultaat van uitstoot van broeikasgassen die afkomstig zijn vanuit praktisch alle staten. Een staat zou ter verdediging kunnen stellen dat zijn uitstoot een deel is van het geheel en dat er alleen een kritische drempelwaarde (significante schade) is overschreden als de uitstoot van vele andere staten daarbij wordt meegenomen. Artikel 47 van de

124. *Oil Platforms*, (*Iran v. United States*), *ICJ Reports* 2003, Separate Opinion Judge Simma, par. 78.

125. M. Faure & P.A. Nollkaemper, 'International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change', 43 *Stanford Journal of International Law* (2007), p. 167.

126. Zie de vorige noot.

ILC-Artikelen biedt, althans voor schadevergoeding in klimaatzaken, geen steun voor het beginsel van *joint and several responsibility*, in die zin dat een staat aansprakelijk is voor de totale omvang van de schade die hij met andere staten heeft veroorzaakt.¹²⁷ Als uitgangspunt geldt de mate van bijdragen aan de opwarming van de aarde en de vraag of die bijdrage van de staat in kwestie op zichzelf onrechtmatig is.¹²⁸

8 Conclusie

De verschillende punten die in deze bijdrage naar voren zijn gebracht, hebben de complexiteit weergegeven van de internationaalrechtelijke problemen die een staat zal moeten overwinnen om naleving door een andere staat af te dwingen van de verplichtingen ten aanzien van het voorkomen van klimaatverandering die een rol speelt bij zeespiegelstijging.

Algemeen internationaal recht kent in beginsel geen regel die het onrechtmatig maakt om bij te dragen aan klimaatverandering. Toch zijn er verschillende grondslagen te vinden voor een schending van een internationale rechtsplicht. Als een schending aan de staat toerekenbaar is, resulteert dat in een internationale onrechtmatige daad. Een staat die door een gelaedeerde staat aansprakelijk wordt gesteld, zou zich kunnen beroepen op schulduitsluitingsgronden. Gezien de stringente voorwaarden zal een dergelijk beroep niet snel slagen. Of een gelaedeerde staat de schade kan verhalen hangt af van de vraag of er causaal verband kan worden aangetoond tussen de uitstoot van antropogene broeikasgassen en de schadelijke effecten. Dit is vrijwel onmogelijk omdat er op dit moment onvoldoende inzicht is in de natuurlijke variabiliteit van het klimaatsysteem. Vooral indien de zeespiegelstijging relatief laag is, zal het moeilijk zijn vast te stellen dat enige specifieke schade het gevolg is van antropogene klimaatverandering. Bijkomende complicerende factor is dat een deel van de uitstoot niet onrechtmatig is.

Het belang van het internationale recht voor het oplossen van dit probleem moet niet worden overschat. Klimaatverandering is een mondiaal accumulatief probleem en derhalve niet te vatten in de klassieke benadering van het aansprakelijkheidsrecht.

127. Nollkaemper 2007, p. 2878. Zie nader: Report of the ILC 53rd session, p. 314 ('It is important not to assume that internal law concepts and rules in this field can be applied directly to international law. Terms such as "joint", "joint and several" and "solidary" responsibility derive from different legal traditions and analogies must be applied with care. In international law, the general principle in the case of a plurality of responsible States is that each State is separately responsible for conduct attributable to it in the sense of article 2.').

128. Nollkaemper 2007, p. 2878.

De emissiereductie zal niet volledig afhangen van het opstellen en handhaven van internationale milieuwetgeving. Er dient in dit opzicht niet te veel te worden verwacht van het recht. Meer zal bereikt kunnen worden door het invoeren van verschillende nationale juridische mechanismen, zoals het gebruik van economische instrumenten¹²⁹ als subsidies, belastingen en heffingen. Ook is publieksvoorlichting van wezenlijk belang. Uiteindelijk is het tegengaan van zeespiegelstijging en de daaruit voortvloeiende schadelijke effecten met name afhankelijk van de politieke wil van regeringen om passende voorwaarden te stellen voor het beperken van de uitstoot van antropogene broeikasgassen.

129. IPCC Fourth Assessment Report, Working Group III, *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change* <www.ipcc.ch>.

II Op zoek naar het nut en de noodzaak van inzet van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering

Mw. mr. drs. E. (Esther) Kronemeijer*

1 Inleiding

Het uitgangspunt in het recht dat ieder zijn eigen schade draagt, en dat dit alleen uitzondering leidt als er een bijzondere reden is om de schade op een ander af te wentelen,¹ mag bekend worden verondersteld. Het aansprakelijkheidsrecht² vervult binnen het recht een functie bij het (her)verdelen van schade, doordat rechtsregels aanduiden wanneer sprake is van zodanige normoverschrijdingen dat een dergelijke bijzondere reden om van de hoofdregel af te wijken en de schade te (her-)verdelen aanwezig is. Aan het aansprakelijkheidsrecht worden méér functies toegeschreven. Vaak wordt niet alleen de herverdelingsfunctie onderscheiden, maar bijvoorbeeld ook een preventieve functie of een morele functie.

Wélk handelen of nalaten wel of niet onder het aansprakelijkheidsrecht wordt gebracht, en in welke vorm dat gebeurt, kan worden beschouwd als een neerslag van de wijze waarop een maatschappij is georganiseerd, van welke waarden worden geïdentificeerd en van welke doelen worden nagestreefd.³

In dit artikel wordt vanuit dat perspectief naar antwoorden gezocht op de vraag: waarom zou klimaatverandering onder het aansprakelijkheidsrecht moeten worden gebracht? Wat zou het nut daarvan kunnen zijn? Waar kan de noodzaak daartoe

*. Esther Kronemeijer is cultureel antropoloog en jurist omgevingsrecht, en is werkzaam als jurist bestuursrecht bij DAS Rechtsbijstand. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Rob van Dorland (klimaatonderzoeker KNMI) voor zijn reactie op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Zie bijvoorbeeld J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 3.
2. Het aansprakelijkheidsrecht wordt in dit artikel in ruime zin opgevat. Daaronder kunnen ook bestuursrechtelijk geformuleerde ‘aansprakelijkheden’ vallen, zoals bijvoorbeeld opgenomen in hoofdstuk 17 van de Wet milieubeheer. Als in dit artikel wordt gesproken over aansprakelijkheidsrecht gaat het dus niet uitsluitend over aansprakelijkheid zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek.
3. Dit voert terug op het sociologische uitgangspunt dat het recht kan worden verklaard als uitkomst van sociale verhoudingen. Zie bijvoorbeeld R.J.S. Schwitters, ‘Van schuld naar risico’, in: R.J.S. Schwitters (red.), *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer 2000, p. 253-269, maar ook bijvoorbeeld, van veel eerder datum, Montesquieu, *De l’Esprit des lois*, 1748, in Nederlandse vertaling geraadpleegd: Montesquieu, *Over de geest van de Wetten*, Amsterdam: Boom 2006.

worden gevonden? Welke functie zou dat kunnen hebben? Welk doel kan daarmee worden gediend? Deze vragen betreffen vragen naar het doel van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en de functie en het doel van het aannemen van aansprakelijkheid voor klimaatverandering in het bijzonder. In dit artikel wordt dus niet nagegaan hoe binnen het geldende recht wordt omgegaan, of zou moeten worden omgegaan, met aansprakelijkheidskwesties rond klimaatverandering. Een overzicht van regelgeving waaronder óók aansprakelijkheid voor klimaatverandering zou kunnen bestaan of behandeling van jurisprudentie bevat dit artikel dus niet.⁴ Wel wordt in dit artikel verkend of bijvoorbeeld van ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’ een preventief effect kan worden verwacht en of het zinvol zou kunnen zijn om met behulp van regels van aansprakelijkheid in te zetten op verplichte vervanging door duurzame oplossingen. Daarbij wordt steeds gekeken naar de specifieke kenmerken van het probleem van klimaatverandering, zoals de verschillende soorten schade, en de omvang van het dader- en slachtofferpotentieel. Het is mijns inziens van belang om, naast het perspectief dat uit de andere bijdragen in deze bundel blijkt, óók op deze wijze na te denken over de relatie tussen aansprakelijkheidsrecht en klimaatverandering, omdat mogelijk nog veelvuldig regelgeving voor kwesties rond klimaatverandering zal moeten worden opgesteld of zal moeten worden beoordeeld.

2 Een actueel maatschappelijk probleem en het aansprakelijkheidsrecht

Er is bij klimaatverandering sprake van twee mogelijke soorten schade. Er kunnen gevolgen optreden die zich laten omschrijven als schade aan het klimaat.⁵ Daarnaast laten zich ook mogelijke gevolgen identificeren die een gevolg zijn van klimaatverandering. Het gaat dan bijvoorbeeld om milieuschade en schadelijke gevolgen voor ‘mensen en bezittingen’. Klimaatverandering is een opvallend omvangrijk probleem, waarbij niet duidelijk is wanneer welke schade waar kan optreden.⁶ Daarbij is er een enorm potentieel aan daders en slachtoffers. Dit is goed af te leiden uit overzichten waaruit blijkt dat een breed scala van menselijk handelen een rol speelt bij klimaatverandering, bijvoorbeeld transport, landbouw en industriële pro-

4. Deze invalshoek komt overigens in de rest van deze bundel wel aan de orde.

5. Analooq aan de wijze waarop ‘milieuschade’ wordt beschouwd, wordt daarbij het klimaat als ‘slachtoffer’ geïdentificeerd.

6. Er is sprake van grote onzekerheid omtrent ‘schade door klimaatverandering’, zie voor een voorbeeld van deze onzekerheid bijvoorbeeld de casus van de schade door de zéér droge en hete zomer van 2003 in Europa, maar ook het gegeven dat een individuele gebeurtenis nooit direct kan worden toegeschreven aan het versterkte broeikaseffect (slechts de kans op dergelijke gebeurtenissen neemt toe): <www.knmi.nl/cms/content/66356/droogte_en_hitte_in_nederland_veel_gestelde_vragen>.

ductie.⁷ Bij ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’ wordt dus een actueel en omvangrijk maatschappelijk vraagstuk onder het aansprakelijkheidsrecht gebracht.

Werd van oudsher het ‘falen van een individu’ een reden geacht om af te wijken van de hoofdregel dat iedereen zijn eigen schade draagt, tegenwoordig staat de vraag wannéér tot (her)verdeling van schade over moet worden gegaan veel meer in het teken van het realiseren van maatschappelijke behoeften. Dit is goed zichtbaar in de verschuiving van schuldaansprakelijkheid naar risicoaansprakelijkheid. Er is, met andere woorden, sprake van een toenemend ‘instrumentalisme’.⁸ Een aansprakelijkheid slechts gebaseerd op het ‘falen van individuen’ is wellicht ook minder adequaat nu sprake is van globalisering en technische ontwikkelingen, en, mede daardoor, van een toenemende complexiteit van ketens.⁹

Bij de toenemende instrumentalisering van het recht wordt ervan uitgegaan dat veel valt onder de menselijke beschikkingsmacht, en, dat door inzet van het aansprakelijkheidsrecht, regulering daarvan plaats kan vinden.¹⁰ Bij het bepalen van de wijze waarop kwesties onder de menselijke beschikkingsmacht vallen, wordt over het algemeen zwaar geleund op deskundigen. Dit vereist een groot vertrouwen in hun deskundigheid.¹¹ Bij grensoverschrijdende processen die zich over lange tijd uitstrekken en waarbij de causaliteitsketens lang en onzeker zijn, is dit zwaar leunen op deskundigheid een complicerende factor. Bij klimaatverandering en de effecten daarvan is dit niet anders.^{12, 13} Deze complicaties zijn steeds zichtbaar bij het proces van toenemende instrumentalisering van het recht, en zijn dus niet uniek voor het probleem van klimaatverandering.

Bij ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’ wordt ervan uitgegaan dat het voorkómen of verminderen (mitigatie) van klimaatverandering en/of het aanpassen aan klimaatverandering (adaptatie) geheel of gedeeltelijk valt onder de menselijke beschikkingsmacht en dat regulering daarvan mogelijk is door inzet van het aan-

7. Zie bijvoorbeeld IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, figure 2.1 Global anthropogenic GHG emissions.

8. Zie bijvoorbeeld R.J.S. Schwitters, ‘Van schuld naar risico’, in: R.J.S. Schwitters (red.), *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer 2000, p. 254.

9. Schwitters 2000, p. 265.

10. Schwitters 2000, p. 257.

11. Schwitters 2000, p. 267.

12. De recente discussie over de wijze waarop klimaatwetenschappers tot rapportages komen, is van deze complicatie een goede illustratie.

13. Juist bij discussies over het (nog) ontbreken van volledige wetenschappelijke zekerheid over het precieze werkingsmechanisme tussen oorzaak en gevolg wordt wel betoogd dat voor het voorzorgsbeginsel een belangrijke rol zou zijn weggelegd.

sprakelijkheidsrecht. Er wordt dus van uitgegaan dat we er ‘iets’ aan kunnen doen met behulp van het aansprakelijkheidsrecht.

3 Wáár kunnen we iets aan doen; de ‘maat’ nemen van functie en doel van het aansprakelijkheidsrecht

Van de maatstaf die wordt gebruikt om te bepalen welke functie het aansprakelijkheidsrecht kan, of zou moeten, vervullen, hangt af hoe de analyse zal verlopen en wat de uitkomst is, zoals dat het geval is bij elke maatstaf die wordt aangelegd. Aan het definiëren van een maatstaf dient daarom aandacht te worden besteed. Hier wordt daarom, met het omvangrijke en complexe probleem van klimaatverandering voor ogen, nagegaan welke maatstaf zinvol kan zijn voor een eerste abstracte analyse van nut en noodzaak van het inzetten van het aansprakelijkheidsrecht.

Vaak wordt ‘het uitstoten van broeikasgassen’ expliciet, maar vaak ook impliciet, als maatstaf genomen. Er zijn redenen om dat hier niet te doen. Bij klimaatverandering zijn meerdere broeikasgassen betrokken,¹⁴ die uit meerdere soorten bronnen afkomstig zijn.¹⁵ De soorten bronnen kunnen daarbij onderscheiden worden naar wijze van uitstoot (puntbronnen, diffuse bronnen) en naar de handeling die tot de uitstoot leidt (transport, landbouw, industrie). Een analyse waarbij als maatstaf het effect van mogelijke aansprakelijkstelling op de hoeveelheid van een bepaald uitgestoten gas (bijvoorbeeld CO₂) of op een specifieke handeling (bijvoorbeeld ‘transport’) wordt genomen, kan heel nuttig zijn als over het uitwerken van specifieke regelgeving voor ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’ wordt nagedacht, maar is voor het beantwoorden van een overkoepelende vraag naar nut en noodzaak van het brengen van ‘klimaatverandering’ onder ‘het aansprakelijkheidsrecht’ te fragmentarisch. Bij deze meer abstracte vraag lijkt het van meer nut om te bezien of het formuleren van een meer algemene maatstaf mogelijk is. In de volgende paragraaf wordt een dergelijke meer abstracte maatstaf geformuleerd, zodat aan de hand van die maatstaf kan worden bekeken of er met behulp van het aansprakelijkheidsrecht ‘iets aan kan worden gedaan’.

De ingreep op de lange koolstofkringloop

De term ‘klimaatverandering’ is neutraal. De richting van de ‘verandering’ wordt immers niet door de term aangeduid. Meestal wordt echter bedoeld dat het kli-

14. Zie bijvoorbeeld IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, figure 2.1 Global anthropogenic GHG emissions, bijvoorbeeld de gassen N₂O, CH₄ en CO₂.

15. Zie bijvoorbeeld IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, figure 2.1 Global anthropogenic GHG emissions, voor CO₂ als gevolg van fossil fuel use, dat kan gaan over verschillende bronnen zoals kolencentrales, autogebruik en aardgasverbruik.

maat verandert door opwarming van de aarde als gevolg van menselijk handelen.¹⁶ Doordat er meer CO₂ en andere broeikasgassen in de atmosfeer komen, ontsnapt de warmtestraling minder makkelijk naar de ruimte toe. Dit betekent dat de aarde als geheel dan minder warmte verliest dan aan zonne-energie wordt opgenomen, hetgeen resulteert in een hogere temperatuur van het aardoppervlak en de weerlaag (gemiddeld 13 kilometer dik) daarboven. Deze hogere temperaturen leiden tot een verhoogde warmtestraling naar de ruimte toe, waardoor de energiebalans met de binnenkomende zonne-energie weer hersteld wordt.¹⁷

Bij dit broeikaseffect zijn verschillende gasen betrokken. Het gaat bijvoorbeeld om de gasen kooldioxide, methaan, ozon, verschillende nitraatoxiden en chloor-fluorkoolwaterstoffen.¹⁸ Deze gasen ontstaan onder andere bij transportbewegingen, het uitoefenen van landbouw, verwarming van gebouwen, en industriële activiteiten. 91% van de door menselijk handelen gegenereerde broeikasgassen bevatten het element koolstof.¹⁹ De hoeveelheid koolstof die op aarde aanwezig is, varieert niet, maar de plaats waar koolstof zich bevindt en in welke scheikundige verbinding koolstof aanwezig is, varieert wél. Bij deze variaties naar plaats en verbinding van een element, wordt onderscheid gemaakt tussen de 'reservoir pool' en de 'exchangeable pool',²⁰ bij koolstof aangeduid als de lange (geologische) kringloop en de korte (biologische) kringloop.²¹

Bij de korte koolstofkringloop gaat het om bijvoorbeeld fotosynthese en verteringsprocessen, de gasstofwisseling van mens en dier, waaronder ook begrepen de decompositie van organisch materiaal door bacteriën en schimmels. Daarbij gaat het om uitwisseling tussen organismen en hun directe omgeving van kleinere hoeveelheden koolstof die sneller verlopen.²²

16. Zie IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, figure 2.1 Global anthropogenic GHG emissions.

17. Zie bijvoorbeeld <www.knmi.nl/cms/content/90140/hoe_warmen_broeikasgassen_de_aarde_op> geraadpleegd op 1 september 2011.

18. E.P. Odum & G.W. Barrett, *Fundamentals of ecology*, Belmont USA: Thomson Brooks/Cole, p. 154.

19. 91% van de emissie, zie IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, figure 2.1 Global anthropogenic GHG emissions in 2004). Het percentage is verkregen door optelling van: CO₂ from fossil fuel use and other sources, CH₄ from agriculture, waste and energy, CO₂ from deforestation, decay and peat.

20. Het onderscheid tussen reservoir pool(s) en exchangeable pool(s) is een onderverdeling binnen de biogeochemische kringloop, dat kan worden gemaakt voor elk element, niet alleen voor koolstof (E.P. Odum & G.W. Barrett, *Fundamentals of ecology*, Belmont USA: Thomson Brooks/Cole, p. 141).

21. Zoals bijvoorbeeld beschreven in 'The carbon cycle'. Nasa, geraadpleegd op 28 september 2010 via <earthobservatory.nasa.gov/Features/CarbonCycle/printall.php>.

22. Dan bij de lange koolstofkringloop.

De lange kringloop beslaat miljoenen jaren²³ en verloopt via processen van bijvoorbeeld vulcanisme, sedimentatie en weathering.²⁴ Kooldioxide wordt bijvoorbeeld op natuurlijke wijze uitgestoten bij vulkaanuitbarstingen en wordt gegenereerd door bepaalde processen in zee.²⁵ Koolstof is daarbij aanwezig in zéér omvangrijke reservoirs (bijvoorbeeld in geologische lagen of als gas in de atmosfeer) en de uitwisselingen tussen deze reservoirs verlopen langzaam en zijn relatief klein.²⁶ Doordat de uitwisselingen tussen de reservoirs langdurig plaatsvinden (het is tenslotte een *lange* kringloop) kan sprake zijn van grote fluctuaties gedurende deze kringloop. Zo zijn er periodes geweest waarin er méér en minder koolstof in gasvorm aanwezig was in de atmosfeer. Het wereldwijde klimaat was, kort gezegd, al vaker warmer en kouder (dan het huidige klimaat).

Gedurende een aantal perioden was het zéér warm.²⁷ Dit leidde tot ‘compensatiemechanismen’ waardoor planten en dieren op grote schaal afstierven. Hierdoor werden zéér dikke lagen koolstofhoudend materiaal afgezet, die vrijwel overal op aarde nog identificeerbaar zijn.²⁸ Dit was bijvoorbeeld het geval rond 93 miljoen jaar geleden, 120 miljoen jaar geleden en 183 miljoen jaar geleden. In deze perioden was er zoveel CO₂ en methaan in de atmosfeer aanwezig, dat compensatiemechanismen in werking traden, bijvoorbeeld in de vorm van een Oceanic Anoxic Event,²⁹ waardoor op zeer grote schaal organismen afstierven. Door de opslag van koolstof in deze dikke lagen, nam de hoeveelheid CO₂ in de atmosfeer weer af, met als gevolg dat het broeikas effect verminderde, en een nieuw evenwicht ontstond met een minder warm klimaat. Uit deze sterk koolstofhoudende lagen ontstonden fossiele brandstoffen.³⁰ Welke vorm van fossiele brandstof (kolen, olie,³¹ of gas) ontstond, hing sterk af van de plaatselijke omstandigheden.³²

23. ‘The carbon cycle’. Nasa, geraadpleegd op 28 september 2010 via <earthobservatory.nasa.gov/Features/CarbonCycle/printall.php>.

24. Een proces waarbij kooldioxide chemisch wordt verbonden met jong gesteente.

25. E.P. Odum & G.W. Barrett, *Fundamentals of ecology*, Belmont USA: Thomson Brooks/Cole, p. 154.

26. L.R. Kump, J.F. Kasting & R.G. Crane, *The earth system*, New Jersey USA: Prentice Hall 2010, p. 159.

27. De beschrijving in deze alinea is gebaseerd op Jenkyns 2009.

28. Zie bijvoorbeeld de documentaire van de Australian Broadcast Corporation van 27 mei 2007, ‘Crude, the incredible journey of oil’, te zien via <www.abc.net.au/science/crude/>.

29. De oceanen werden zuurstofloos en giftig.

30. G.J. Demaison & G.T. Moore, ‘Anoxic environments and oil source bed genesis’, *AAPG Bulletin*, Volume 64, p. 1176- 1209.

31. Kolen zijn ontstaan uit sediment op land, olie uit sediment op de oceaانبodem.

32. Bijvoorbeeld voor het ontstaan van olie: een bepaalde temperatuur én een bepaalde druk én een reservoir van gesteente met een bepaalde doorlaatbaarheid én een laag erboven die juist niet doorlaatbaar is. Zie ook G.J. Demaison & G.T. Moore, ‘Anoxic environments and oil source bed genesis’, *AAPG Bulletin*, Volume 64, p. 1176- 1209.

De fossiele brandstoffen worden sinds midden achttiende eeuw in toenemende mate gebruikt voor industriële productie,³³ transport,³⁴ grootschalige veeteelt,³⁵ bosbouw en landbouw³⁶ met behulp van kunstmest.³⁷ De wereldbevolking is meegegroeid, van 1,2 miljard in 1900 tot 7 miljard in 2011.³⁸

Er vindt dus, als gevolg van menselijk handelen, een ingreep plaats op de lange koolstofkringloop, met als gevolg dat koolstof sneller, en in grotere hoeveelheden, van reservoir wisselt dan via natuurlijke processen zoals bijvoorbeeld *weathering*³⁹ en vulkanisme zou gebeuren.⁴⁰ Deze ingreep leidt ook tot veranderingen in de korte koolstofkringloop. Zo is er bijvoorbeeld een toename van CH₄ in de atmosfeer door opslag van mest in de landbouw maar ook verandert de opnamecapaciteit van CO₂ door fotosynthese door ontbossing. Omdat het bij de korte koolstofkringloop gaat over specifieke broeikasgassen uit specifieke bronnen, leent het kader van de korte koolstofkringloop zich meer voor beoordeling van nut en noodzaak van specifieke regelgeving, dan voor het beantwoorden van de meer abstracte vraag naar nut en noodzaak van het brengen van 'klimaatverandering' onder 'het aansprakelijkheidsrecht'. Als beoordelingskader voor die vraag is de ingreep op de lange koolstofkringloop meer geschikt.

Om nut en noodzaak van de inzet van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering te bespreken, dus om te kijken of we er 'iets aan kunnen doen', wordt in dit artikel als maatstaf genomen of daarvan een effect te verwachten is op het versneld (terug)brengen van koolstof in de atmosfeer, dus of een effect te verwachten is op de ingreep – door menselijk handelen – op de lange koolstofkringloop.

33. Met behulp van fabrieken en elektriciteitscentrales.

34. Vrijwel geheel gebaseerd op de explosiemotor die een olieproduct vereist.

35. Waarvoor de voeding veelal verkregen wordt uit de grootschalige landbouw.

36. Grootschalige mechanische grondbewerking en verwerking van producten.

37. Ook een olieproduct.

38. <<http://esa.un.org/unpd/wpp/Other-Information/faq.htm>>, geraadpleegd op 1 juli 2011. De vraag of de groei van de wereldbevolking óorzaak is van het toegenomen gebruik van fossiele brandstoffen of een gevolg daarvan, is niet eenvoudig te beantwoorden. De groei van de wereldbevolking is slechts mogelijk als grootschalige landbouw zorgt voor voldoende voeding, en grootschalige landbouw is sterk olie-afhankelijk maar óók geldt dat de gegroeide wereldbevolking (steeds) meer fossiele brandstoffen gebruikt....

39. Het proces waarbij kooldioxide chemisch verbonden wordt met (jong) gesteente.

40. L.R. Kump, J.F. Kasting & R.G. Crane, *The earth system*, New Jersey USA: Prentice Hall 2010, p. 161, en bijvoorbeeld 'The carbon cycle'. Nasa, geraadpleegd op 28 september 2010 via <earthobservatory.nasa.gov/Features/CarbonCycle/printall.php>.

4 Een actueel maatschappelijk vraagstuk en doelen van het aansprakelijkheidsrecht

De kennis over het tot stand komen van fossiele brandstoffen en over de mogelijk verstreckende gevolgen van het verbruiken daarvan in de vorm van klimaatverandering is van de laatste decennia, dus relatief nieuw.⁴¹ Het gebruik van fossiele brandstoffen is cruciaal voor belangrijke en omvangrijke wereldwijde systemen,⁴² zoals industriële productie, landbouw, intensieve veeteelt en transport. Het gaat dus niet om een relatief weinig voorkomend handelen of nalaten (zoals bijvoorbeeld bij het ‘falen van een individu’ het geval zou zijn) dat, met behulp van het aansprakelijkheidsrecht moet worden ‘ingekaderd’ wegens de schadelijke gevolgen. Het gaat bij het inzetten van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering om, mogelijk grootschalige, financiële herverdeling, om regulering van de effecten van klimaatverandering in praktische zin of het helpen voorkomen of verminderen van klimaatverandering. Er wordt, met andere woorden, gesproken over het onder het aansprakelijkheidsrecht brengen van een recent geformuleerd, actueel en omvangrijk maatschappelijk vraagstuk.

Het idee dat het aansprakelijkheidsrecht als instrument kan worden gebruikt om een bepaald doel te realiseren, zoals bijvoorbeeld het voorkomen of verminderen van klimaatverandering of het aanpassen daaraan, is zichtbaar in de functies die aan het aansprakelijkheidsrecht worden toegekend.⁴³ Naast de financiële herverdelingsfunctie waardoor op een bepaalde wijze de kosten kunnen worden toegedeeld, gaat het vaak over een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij ervan uit wordt gegaan dat aansprakelijkheid leidt tot gedragsverandering. Ook wordt de morele functie wel genoemd. Hierbij zou door het stellen van ‘normen’, de acceptatie van een bepaalde ‘waarde’ worden bevorderd.

41. Dat deze kennis recent is, zal mijns inziens gevolgen hebben voor het moment dat aansprakelijkheid kan worden aangenomen ‘omdat voldoende kennis voorhanden was’.

42. Zie R.U. Ayres & B. Warr, *The economic growth engine. How energy and work drive material prosperity*, Cheltenham UK: Edward Elgar 2009, over de één-op-één verhouding tussen economische groei en het gebruik van fossiele brandstoffen, p. 168, p. 297.

43. Deze functies gaan in dit geval terug op het beginsel ‘de vervuiler betaalt’. Dit laat zich echter sociologisch gezien ook formuleren als een verschuiving in substantiële rationaliteit, door het leggen van steeds méér nadruk op de gedachte dat er in toenemende mate sprake is van menselijke beschikkingsmacht, R.J.S. Schwitters, ‘Van schuld naar risico’, in: R.J.S. Schwitters (red.), *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer 2000, p. 265-266.

Preventie

Het idee dat preventie⁴⁴ kan worden bereikt door de invloed die aansprakelijkheid op het gedrag uitoefent, is afkomstig uit de rechtseconomische analyse.⁴⁵ Het aannemen van aansprakelijkheid zodanig, dat de plicht ontstaat om schade te vergoeden of te herstellen,⁴⁶ kan, zo wordt gesteld, leiden tot gedragsverandering, waardoor minder schade ontstaat of minder ernstige schade ontstaat. De vraag of preventie op deze wijze kan worden bereikt, is onderwerp van debat. Aan de ene kant wordt gesteld dat vooral bij aansprakelijkheid voor milieuschade – en dus wellicht ook bij schade aan het klimaat of door klimaatverandering⁴⁷ – een dergelijk positief effect eerder kan worden verwacht dan van aansprakelijkheid in het algemeen.⁴⁸ Aan de andere kant wordt deze opvatting fel bestreden met het argument dat de preventieve werking wellicht in theorie aanwezig is, maar in de praktijk niet is bewezen. En zelfs wordt er soms op gewezen, dat als van een preventief effect sprake zou zijn, dit niet noodzakelijkerwijs sociaal wenselijke⁴⁹ of optimale preventie is.⁵⁰

In het centraal stellen van financiële vergoeding en kostenallocatie is veel meer het juridisch perspectief te herkennen (gesteld tegenover het rechtseconomisch perspectief uit de vorige alinea). Het adagium ‘de vervuiler betaalt’ wordt hier ingezet om de schadelast te alloceren. De kosten dienen, kortom, te worden betaald door de voor de schade verantwoordelijke partij en niet door de samenleving als geheel, of door niet verantwoordelijke partijen. Bij mogelijke ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’ bevat dit perspectief een complicatie. Hoe moeten ‘daders’ en ‘slacht-

44. Op de vraag hoe preventie in dit verband precies moet worden gedefinieerd ga ik in dit artikel niet verder in. Preventie dient mijns inziens echter beschouwd te worden als het doelbewust nemen van systematische initiatieven waarbij gepoogd wordt te anticiperen op risicofactoren.

45. T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 10 e.v.; K. de Smedt, *Environmental liability in a federal system. A law and economics analysis* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2007.

46. De plicht tot herstel is bijvoorbeeld zichtbaar in de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG).

47. Het betreft hier weliswaar een ander soort schade, maar wel een met deels gelijke trekken als milieuschade, zoals lange onzekere en onduidelijke causaliteitsketens en sluipende schade, zie voor een beschrijving van deze kenmerken van milieuschade bijvoorbeeld E. Bauw & E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 227 e.v.

48. M.G. Faure, ‘De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht voor het milieu’, in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 227.

49. Effectiviteit en efficiëntie zijn niet voldoende als toetscriteria voor wenselijke preventie. Effectieve en efficiënte preventie kan bijvoorbeeld een sterk dictatoriaal karakter hebben. Wenselijke preventie is daarbij nooit waardevrij. De keuze voor wat wenselijk is, gebeurt op basis van sociaal-ethische uitgangspunten. Daarom zal steeds moeten worden geëxpliciteerd, vanuit wiens perspectief voor welke wenselijkheid wordt gekozen en op grond van welke uitgangspunten.

50. L. Bergkamp, ‘De meerwaarde van aansprakelijkheid voor het milieu is niet aangetoond’, in: Hartlief & Klosse 2003, p. 337.

offers' worden geïdentificeerd, nu de mogelijke schade daarvoor geen aanknopingspunt biedt? De schade is naar tijd en plaats niet op voorhand te localiseren,⁵¹ er is sprake van een enorm potentieel aan daders en slachtoffers. Ook het feit dat 'iedereen' profiteert van energie uit fossiele brandstoffen, biedt weinig mogelijkheden tot het maken van onderscheid. De vraag 'wie en wat moet er worden beschermd', is dus zéér moeilijk te beantwoorden. Daarmee is ook het bepalen van een logische of gewenste 'allocatie' zéér lastig, en zou hieraan, bij het aannemen van aansprakelijkheid voor klimaatverandering, zeker aandacht moeten worden besteed.

Bij de morele functie van het aansprakelijkheidsrecht gaat het om het bevorderen van morele overtuiging dat het niet 'juist' is om klimaatverandering te veroorzaken, en dat daarom het aansprakelijkheidsrecht zou moeten worden ingezet. Daarmee zou dan een signaal worden uitgezonden, dat het '*not done*' is, om klimaatverandering te veroorzaken. Daarmee wordt ingezet op het creëren van een 'waarde' door het stellen van een 'norm'.

Het is in het algemeen niet eenvoudig om te bepalen welke functie het aansprakelijkheidsrecht al of niet vervult, zo blijkt bijvoorbeeld uit de discussie of aansprakelijkheid leidt tot gedragsverandering. In het geval van klimaatverandering wordt het, met name door de omvang en de verstrekkende gevolgen ervan, zeker niet eenvoudiger om precies te bepalen, welke functie(s) het aansprakelijkheidsrecht in dit specifieke geval zou kunnen of moeten vervullen.

Dit neemt niet weg, dat er in deze abstracte analyse nog een volgende stap genomen kan worden. De vraag kan worden gesteld met behulp van welke soort normoverschrijding⁵² het herverdelen van schade, het voorkomen of verminderen van klimaatverandering of het aanpassen daaraan, zou kunnen worden uitgewerkt. In de volgende paragraaf wordt daarvoor een aanzet gegeven, waarbij de invloed op de ingreep op de lange koolstofkringloop door het gebruik van fossiele brandstoffen als maatstaf wordt gehanteerd.

51. <www.knmi.nl/cms/content/66356/droogte_en_hitte_in_nederland_veel_gestelde_vragen>.

52. Het gaat hier om normoverschrijdingen waardoor aansprakelijkheid zou ontstaan, dus om een poging tot categorisering van mogelijke rechtsregels die zouden kunnen aanduiden wanneer sprake is van zodanige normoverschrijdingen dat een bijzondere reden om van de hoofdregel (dat iedereen zijn eigen schade draagt) af te wijken en de schade te (her)verdelen aanwezig is. (Dit laat onverlet dat hieronder nog een vraagstuk ligt naar de afhankelijkheid van het aansprakelijkheidsrecht van primaire normstelling.)

5 Mogelijke normoverschrijdingen

Het gebruik van fossiele brandstoffen

Het is vanzelfsprekend mogelijk om het gebruik van fossiele brandstoffen als normoverschrijdend aan te merken. Het doel daarvan zou zijn de ingreep op de lange koolstofkringloop geheel te laten stoppen. Dit is de normstelling die maximaal preventief zou werken, zowel ten aanzien van het ontstaan van schade aan het klimaat zelf als van de schadelijke gevolgen daarvan aan mensen, bezittingen en het milieu. Omdat het bij het gebruik van fossiele brandstoffen, zoals al eerder opgemerkt, niet gaat om een relatief weinig voorkomende handeling die moet worden ingekaderd, maar om de ‘drijvende kracht’ van onze maatschappij, waar ‘iedereen’ aan meedoet,⁵³ lijkt dat op dit moment in het geheel geen reële mogelijkheid.

Het niet verminderen van het gebruik

Het ligt eerder voor de hand om als normoverschrijdend aan te merken ‘het niet, of niet voldoende’ verminderen van het gebruik van fossiele brandstoffen. Dit zou kunnen helpen om zoveel mogelijk in te zetten op vertraging van het gebruik van fossiele brandstoffen. Op dit moment is regelgeving die daarop inzet, al zichtbaar, bijvoorbeeld in systemen van emissiehandel. Vaak is dergelijke regelgeving gericht op grootverbruikers, maar dit is vanzelfsprekend niet noodzakelijk. Het lijkt goed mogelijk om regelgeving gericht op het bevorderen van besparing veel breder in te voeren, en het lijkt ook niet direct onmogelijk om bij het afzien daarvan van een vorm van aansprakelijkheid uit te gaan. In zekere zin zou gesteld kunnen worden, dat daarmee ook de morele functie van het aansprakelijkheidsrecht wordt benut; niet besparen zou ‘not done’ kunnen of moeten worden.

Overigens is bij regelgeving die inzet op ‘vertraging’ en ‘besparing’⁵⁴ veelal een complicatie aanwezig. Het gevaar bestaat, dat dergelijke regelgeving vooral, maar niet uitsluitend, bij grootverbruikers leidt tot een sterke nadruk op een kosten-batenanalyse. Kosten-batenanalyses zijn over het algemeen een voedingsbodem voor fraude en bedrog, of zijn simpelweg een forse prikkel om ‘om de regels heen te werken’.⁵⁵ Dit alles neemt niet weg, dat de mogelijkheid tot ‘vertraging’ zeker aanwezig is, en ook via het aansprakelijkheidsrecht bevorderd zou kunnen worden.

53. In directe zin bijvoorbeeld bij het gebruik van de explosiemotor in de auto en in indirecte zin op zéér veel manieren.

54. Besparing is een vorm van vertraging, minder snel groeien is een andere vorm.

55. R.J.S. Schwitters, ‘Van schuld naar risico’, in: R.J.S. Schwitters (red.), *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer 2000, p. 253-269, p. 268 en zie ook de problemen rond de emissiehandel in de EU die begin 2011 leidden tot het stopzetten van emissiehandel in de EU.

Blijft wel de vraag ‘is het op tijd’ en ‘is het voldoende’? Vertraging bij het gebruik van fossiele brandstoffen leidt er uiteindelijk niet toe, dat minder fossiele brandstoffen zullen worden verbruikt, ze worden alleen minder snel verbruikt. Uiteindelijk leidt ook vertraagd verbruik tot ‘volledig’ verbruik⁵⁶ waardoor ‘alle’ koolstof van ‘toen’ – van tijdens afzetting van koolstoflagen zoals tijdens de Oceanic Anoxic Events – die zich bevindt in het grote reservoir aan fossiele brandstoffen, weer in de atmosfeer terecht komt.

Het vervangen van fossiele brandstoffen

Vanzelfsprekend is er nog een mogelijkheid. Er zou ook kunnen worden ingezet op substitutie van fossiele brandstoffen door duurzame alternatieven. Normoverschrijdend zou dan het nalaten van (gedeeltelijke) substitutie bij verbruik van fossiele brandstoffen kunnen zijn. Substitutie zou zowel invloed kunnen hebben op de hoeveelheid op dit moment gebruikte fossiele brandstoffen als op de in de toekomst nog te verbruiken hoeveelheid fossiele brandstoffen, omdat duurzame alternatieven in de toekomstige behoefte aan energie zouden kunnen gaan voorzien. Substitutie heeft daarmee een verdergaand effect dan vertraging en besparing, zeker als het op enige aanzienlijke schaal zou plaatsvinden.

Substitutie van het gebruik van fossiele brandstoffen door inzet van duurzame alternatieven lijkt direct de ingreep op de lange koolstofkringloop te verminderen en daarom een bijzonder logische stap te zijn, en dit lijkt een reden om via aansprakelijkheidsregels bijvoorbeeld het afzien van substitutie tegen te gaan. Dit heeft echter alléén zin, als inzet van duurzame alternatieven leidt tot een verminderde ingreep in de lange koolstofkringloop. Substitutie door een duurzaam alternatief heeft een verdergaand effect dan ‘besparing’, als het alternatief een positieve netto-energieopbrengst (Energy Return on Energy Invested of EROEI⁵⁷) heeft én (een combinatie van) alternatieven een aanzienlijke hoeveelheid energie (kan) kunnen genereren, zodanig dat daardoor het ingrijpen op de lange koolstofkringloop kan worden ‘afgebouwd’.

Bij nauwkeurige bestudering van duurzame alternatieven en de beschikbare literatuur daarover, blijkt in dat opzicht een aanzienlijk aantal behoorlijke problemen te bestaan. De berekening van de hoeveelheid energie die het kost om een eenheid energie te verkrijgen (EROEI) is bijvoorbeeld, maar zeker niet uitsluitend, bij bio-

56. Volledig verbruik is niet mogelijk, er zal altijd brandstof achter blijven in reservoirs, het gaat hier dus om het ‘zo volledig mogelijk’ verbruik.

57. Het gaat hier dus *niet* om ‘Energy return on cost invested’, maar om de hoeveelheid *energie* die het kost om een eenheid energie te verkrijgen.

brandstoffen omgeven met grote onzekerheden.⁵⁸ Er worden inmiddels pogingen gedaan om toch, systematisch, in beeld te brengen hoe de absolute opbrengst per energiebron (zoals windenergie, zonne-energie en waterkracht) ligt en hoe de verhoudingen liggen tussen de verschillende energiebronnen.⁵⁹ Het beeld dat dan ontstaat, is niet zeer rooskleuring. Veel duurzame alternatieven hebben géén, of een zéér lage EROEI óf een veel lagere EROEI dan bijvoorbeeld olie, gas en kolen, en zijn daardoor géén goed substitutiealternatief. Immers, een alternatief is het pas, als er (substantieel) méér energie wordt verkregen om te gebruiken om ‘useful work’⁶⁰ te doen dan dat het produceren van die eenheid aan energie heeft gekost.⁶¹ Zo heeft ethanol op basis van maïs⁶² een lage of negatieve EROEI,⁶³ maar dit geldt bijvoorbeeld ook voor zonnecellen.⁶⁴ Overigens neemt de EROEI van fossiele brandstoffen ook af, omdat de makkelijkst winbare – en dus de minste energie kostende – delen het eerst zijn gewonnen.⁶⁵ Een complicatie is ook, dat de energiedichtheid van de alternatieven niet gelijk is, en over het algemeen de energiedichtheid van duurzame alternatieven veel lager ligt dan de energiedichtheid van fossiele brandstoffen. Zo heeft ethanol een lagere energiedichtheid dan bijvoorbeeld benzine. Alternatieven zullen dus zéér sterk moeten worden opgeschaald, wil substitutie een merkbaar effect hebben op de ingreep op de lange koolstofkringloop. Vaak wordt erop gewezen⁶⁶ dat substitutie in enige omvang slechts door waterkracht in actieve (een re-

58. Er zijn bijvoorbeeld nog geen standaarden over welke variabelen daarbij precies wél en welke niet daarbij worden betrokken.

59. De mogelijkheid van beschrijving van dit bijzondere probleem is hier beperkt, zie voor een redelijk volledige beschrijving R. Heinberg, ‘Searching for a miracle. “Net energy” limits & the fate of industrial society’, <www.postcarbon.org/report/44377-searching-for-a-miracle>, Post Carbon Institute 2009.

60. R.U. Ayres & B. Warr, *The economic growth engine. How energy and work drive material prosperity*, Cheltenham UK: Edward Elgar 2009.

61. EROEI (Energy Returned On Energy Invested) wordt ook wel de ‘netto-energieopbrengst’ genoemd.

62. Nog afgezien van het beslag dat dit legt op landbouwgrond.

63. Complicatie bij berekeningen is ook, dat de energiedichtheid van de alternatieven niet gelijk is. Zo heeft ethanol een lagere energiedichtheid dan bijvoorbeeld benzine.

64. Windenergie heeft een redelijke EROEI, maar is een ‘lastige bron’ omdat de opbrengst sterk fluctueert. Dit stelt grenzen aan de ‘opschaalbaarheid’ omdat de fluctuaties moeten kunnen worden ‘uitgemiddeld’ door traditionele energieopwekking, zoals bijvoorbeeld gasgestookte electriciteitscentrales.

65. Het probleem van de ‘low hanging fruit’.

66. R. Heinberg, ‘Searching for a miracle. “Net energy” limits & the fate of industrial society’, <www.postcarbon.org/report/44377-searching-for-a-miracle>, Post Carbon Institute 2009; C. Hall, ‘Why EROI matters’, ‘Provisional results from EROI assessments’, Unconventional Oil: Tar Sands and Shale Oil – EROI on the web’, ‘The energy return of Nuclear Power’, ‘The energy return of (industrial) Solar-passive solar, PV, wind and hydro’, Wave/geotherma – Energy return of investment (EROI), geraadpleegd via <www.theoil drum.com> nodes 3810, 3839, 3877, 3910, 3949, en H. Kunz, ‘The fake fire brigade, parts 1-5’, op 13 september 2010 geraadpleegd via <www.theoil drum.com> nodes 6641, 6704, 6758, 6910, 6957.

servoier met een dam) of passieve vorm (het stromen van rivieren) mogelijk is en dat andere wijzen van substitutie wel aantrekkelijk lijken wegens de vermindering van broeikasgassen, maar niet op enige schaal kunnen bijdragen aan de energievoorziening. Omdat de netto-energieopbrengst van veel duurzame alternatieven over het algemeen in het beste geval zeer onzeker is en in het slechtste geval zeer gering, én omdat de mogelijke opschaalbaarheid onzeker of niet goed mogelijk is, is substitutie, met als doel het verminderen van de ingreep op de lange koolstofkringloop, op enige schaal niet waarschijnlijk. Het is daarom maar de vraag, in hoeverre het bevorderen van substitutie, in dit geval via het aansprakelijkheidsrecht, zinvol is.

Het aanpassen aan de gevolgen

Er is vanzelfsprekend nog een vierde mogelijkheid. Het is ook mogelijk om te concluderen dat de ingreep op de lange koolstofkringloop 'onvermijdbaar' is, en dat er op dit moment géén remedie is. Dit zou betekenen dat bij het formuleren van de normoverschrijding afgezien wordt van het idee dat een preventieve (mitigerende) werking mogelijk is. Het is dan mogelijk om als normoverschrijdend aan te merken 'het nalaten van het nemen van voldoende maatregelen ter aanpassing aan de onvermijdelijke klimaatverandering'. Daarmee zou volledig worden ingezet op adaptatie en het op een bepaalde wijze alloceren van de kosten daarvan. Regelgeving over aanpassing aan de gevolgen van klimaatverandering is, zoals bekend, al zichtbaar in bijvoorbeeld 'Ruimte voor de rivier', maar bijvoorbeeld ook in ideeën over regelgeving met betrekking tot het plaatsen van regentonnen en het niet betegelen van tuinen.

Vanzelfsprekend zijn de genoemde mogelijkheden waarmee de ingreep op de lange koolstofkringloop door het gebruik van fossiele brandstoffen wordt aangepakt (het afzien van gebruik van fossiele brandstoffen, het vertragen of het vervangen daarvan en het aanpassen aan de gevolgen van klimaatverandering), niet wederzijds uitsluitend. Een 'combinatie' is heel goed voorstelbaar. De effectiviteit daarvan is echter niet per definitie groter dan van de afzonderlijke mogelijkheden. Een kansrijke combinatie lijkt te liggen op het gebied van het verminderen en substitueren. Substitutie door duurzame alternatieven lijkt immers niet eenvoudig vanwege de onzekere netto-energieopbrengst en de onzekerheid over de opschaalbaarheid van een dergelijke alternatieven, maar als er in absolute zin veel minder energie zou worden gebruikt door besparing, kunnen duurzame alternatieven wellicht toch een belangrijke rol spelen. Hoeveel minder energie er zou moeten worden gebruikt, zou daarmee worden bepaald door de mogelijkheden, maar ook door de onmogelijkheden, van substitutie.

6 Overwegingen over nut en noodzaak van inzet van het aansprakelijkheidsrecht bij klimaatverandering; conclusie

Bij aansprakelijkheid voor klimaatverandering is er sprake van om dit actuele en complexe probleem (deels) onder het aansprakelijkheidsrecht te brengen. Bekeken is met welk doel het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen worden ingezet. Daarbij is beschreven welke functies het aansprakelijkheidsrecht kan vervullen, zoals de preventieve functie of het alloceren en vergoeden van kosten, of het weergeven en bevorderen van een morele overtuiging. Juist door de kenmerken van klimaatverandering is niet direct duidelijk welke functie zou kunnen worden vervuld. Vervolgens is beschreven welke mogelijkheden en complicaties er zijn bij het formuleren van normoverschrijdingen, als ervan wordt uitgegaan dat er 'iets' aan klimaatverandering zou moeten worden gedaan door het verminderen van de ingreep op de lange koolstofkringloop. Een complicatie is bijvoorbeeld dat door de grote belangen preventie door gedragsverandering lastig wordt. Bij grote belangen kan een kosten-batenanalyse van de betrokkenen een voedingsbodem vormen voor het 'om de regels heenwerken'. Ook is de onzekerheid over – een veelal lage – netto-energieopbrengst van duurzame alternatieven een complicerende factor, omdat substitutie op een zodanige schaal dat de ingreep op de lange koolstofkringloop door het gebruik van fossiele brandstoffen beïnvloed wordt, daardoor niet direct mogelijk lijkt.

Waarom is het nu volgens mij zo belangrijk om in het geval van het brengen van klimaatverandering onder het aansprakelijkheidsrecht zoveel aandacht te besteden aan de functie en het doel daarvan, en aan de mogelijkheid om een wenselijk geacht doel te bereiken? Klimaatverandering ontstaat niet door enkele afwijkende handelingen, het is een verstrekend probleem dat ontstaan is aan de wortel van ons huidig maatschappelijk systeem waar een ieder de vruchten van plukt, en waarvan de oplossingsrichting niet direct duidelijk is. Inzet van het aansprakelijkheidsrecht dient mijns inziens steeds, maar zeker gezien de aard van dit probleem, met overleg te gebeuren. De wens om 'iets' aan het probleem te doen, en enkele hoop en verwachting dat aansprakelijkheid daarbij behulpzaam zal zijn, zijn mijns inziens niet voldoende om de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht op te zoeken.

Wellicht dat de conclusie uit deze verkenning zou kunnen zijn dat bescheidenheid past. De invloed die via het aansprakelijkheidsrecht kan worden uitgeoefend is hoogstwaarschijnlijk niet groot. Het meest functioneel lijkt het, om besparing in combinatie met substitutie als uitgangspunt te nemen, met de belangrijke beperking, dat de (on)mogelijkheid van substitutie dan bepaalt, hoeveel besparing nodig zou zijn.

De constatering in dit artikel leiden natuurlijk direct tot vragen die thuishoren binnen het geldende recht, het domein dat in dit artikel niet aan de orde kwam. Zoals vragen over hoe het geldende aansprakelijkheidsrecht omgaat met kwesties rond klimaatverandering. Dan zou bijvoorbeeld een bespreking van jurisprudentie – op basis van een grondige analyse⁶⁷ – in bijvoorbeeld milieuaansprakelijkheids-/asbestzaken, en de mogelijke relevantie daarvan voor zaken over klimaatverandering, passend kunnen zijn. Ook zouden daarbij vragen aan de orde kunnen komen als: welke factoren zijn van belang om te oordelen dat van normoverschrijding sprake is? Is de ‘schaamteloosheid’ van een emissie zo te beschrijven, dat dit een maat wordt om te oordelen dat het op deze wijze ‘niet verminderen van het gebruik’ leidt tot aansprakelijkheid?

Het zou interessant zijn om bij onderzoek van dergelijke vragen binnen het geldende recht ook een beoordelingskader te betrekken dat, zoals in dit artikel is gepoogd, de specifieke kenmerken van het probleem van klimaatverandering en de functie(s) van het aansprakelijkheidsrecht in ogenschouw neemt en ook de praktische (on)mogelijkheden bepaalde doelen te bereiken. Anders is het risico aanwezig, dat wel gesproken wordt over ‘aansprakelijkheid voor klimaatverandering’, maar dat daarbij niet duidelijk wordt gemaakt, waarom dit nuttig en noodzakelijk zou zijn.

67. Zoals bijvoorbeeld voor de Amerikaanse situatie wordt uitgevoerd in: D. Markell & J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence of Business as Usual?*

III Aansprakelijkheid van de overheid voor klimaatverandering. Kan het EVRM een uitweg bieden? Een analyse voor Nederland en België

*Mw. mr. K. (Kathleen) Mertens**

1 Inleiding

Klimaatverandering is een omvangrijk probleem dat een omvangrijke oplossing vraagt. Iedereen draagt een stukje verantwoordelijkheid, maar de overheid mischien nog het meest. De overheid beschikt enerzijds over de mogelijkheid om de burger en bedrijven te activeren en anderzijds over het meest geijkte instrument om een verandering te weeg te brengen, namelijk wetgeving. Van dit instrument kan ook gezegd worden dat het aan de bron ligt van de verandering. Omdat op de overheid zulk een belangrijke taak rust, is het moeilijk te aanvaarden dat zij niet de juiste maatregelen neemt om bij te dragen aan, bijvoorbeeld, de reductie van broeikasgassen. De vraag die in deze bijdrage dan ook centraal staat, is of de overheid een fout of een onrechtmatige gedraging kan begaan, door wetgeving te maken die hetzij bijdraagt aan klimaatverandering hetzij die klimaatverandering niet voldoende mitigeert.¹

In het aansprakelijkheidsrecht geldt dat wie schade heeft geleden door de fout of onrechtmatige gedraging van een ander, hiervoor schadevergoeding kan vragen. Wanneer de wetgever onrechtmatige wetgeving maakt, is het krijgen van schadevergoeding wellicht niet datgene wat de eiser wil. In zo'n geval zou de vordering van een wetgevingsbevel de voorkeur kunnen verdienen.² Voor de Nederlandse rechter is al enkele malen geprobeerd om, in het geval van een aansprakelijkheidsactie, een wetgevingsbevel te eisen. De Hoge Raad heeft dit tot nu toe nog steeds geweigerd, mede omwille van de trias politica-leer. In België wijst het Hof van Cassatie een dergelijke vordering ook af.³

* Kathleen Mertens is werkzaam als promovendus bij de Universiteit Hasselt (België).

1. In het Belgische privaatrecht wordt er niet gesproken van een 'onrechtmatige gedraging', maar van een 'fout'.
2. Zie ook wel R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 248.
3. Waar het gaat om aansprakelijkheid van de overheid voor een fout van de wetgevende macht, kan in België het Grondwettelijk Hof nog een belangrijke rol spelen (namelijk wanneer de overheid een grondrecht heeft geschonden waaraan het Hof mag toetsen). Daarop wordt in deze bijdrage echter niet ingegaan.

In de volgende paragrafen wordt eerst ingegaan op de rechtsleer en jurisprudentie die verband houden met de mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige wetgeving. In de derde paragraaf wordt het ontstaan van de onrechtmatigheid van wetgeving, als gevolg van een inbreuk op een subjectief recht dat door artikel 2 en/of artikel 8 EVRM wordt beschermd, behandeld. Bij de analyse wordt uitgegaan van wetgeving die tekortschiet, hetzij omdat de vereiste reducties van broeikasgassen niet hoog genoeg zijn, hetzij omdat deze helemaal niet in reducties van broeikasgassen voorziet (een zogenaamde lacune). Daarna wordt in paragraaf 4 ingegaan op het wetgevingsbevel in Nederland en België; in de laatste paragraaf volgt een conclusie.

2 Aansprakelijkheidsactie tegen de overheid voor het falende optreden van de formele wetgever

2.1 Aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de wetgevende macht in de rechtsleer en jurisprudentie

Zowel in België als in Nederland bestaat de mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor onrechtmatig handelen of nalaten van de wetgever. Lange tijd werd die mogelijkheid in beide landen echter steeds verworpen.⁴ Het meest pertinente argument daarvoor was het nog steeds bestaande verbod voor de rechterlijke macht om wetten aan de Grondwet te toetsen.⁵ Ook werd het beginsel van de scheiding der machten als belangrijk argument gebruikt, maar tevens weerlegd door de rechtsleer en rechtspraak in België.⁶

Door een aantal ontwikkelingen in het recht kunnen wetten niet meer onaantastbaar genoemd worden. Zo moet zowel in België als in Nederland de rechter in de voor hem gebrachte zaak voorrang verlenen aan het internationaal recht met directe

4. Zie voor België een eerste arrest van het Hof van Cassatie: Cass. 27 juni 1845.

5. Voor Nederland: HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 m.nt. MS (*Harmonisatiewet*-arrest). Voor België: A. Wirtgen, 'Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid', in: P.D.G. Caboor, J. Debievre e.a., *Rechtbescherming*, Brugge: Die Keure 2008, p. 124.

6. Zie onder andere A. Van Oevelen & P. Popelier, 'De aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving', in: A. Alen, *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent: Mys en Breesch 1997, p. 75-127. Zie ook H. Vuye, 'Aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor het doen en laten van de wetgever', *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht* 2002, afl. 8, p. 526-540. Zie ook A. Wirtgen, 'Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid', in: P.D.G. Caboor, J. Debievre e.a., *Rechtbescherming*, Brugge: Die Keure 2008, p. 123-144.

werking. In beide landen moet de rechter de daarmee strijdige interne norm buiten toepassing laten.^{7,8}

In 1991 legde het Belgische Hof van Cassatie voor het eerst uitdrukkelijk de algemene principes vast met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid.⁹ In 2006 besliste het Hof van Cassatie in België dat de overheid ook aansprakelijk kan worden gesteld voor een eigen fout of voor een fout van zijn organen in de uitoefening van de wetgevende functie, wanneer daardoor schade is veroorzaakt aan een derde.¹⁰ Het Hof van Cassatie overwoog in zijn beslissing dat alle burgerlijke rechten onder de bescherming staan van de rechterlijke macht, doordat de kennisneming van geschillen over burgerlijke rechten uitsluitend aan de hoven en rechtbanken toekomt (artikel 144 van de Belgische Grondwet). Bovendien heeft de grondwetgever, aldus het Hof, in deze geen rekening gehouden met de hoedanigheid van de procesvoerende partijen, maar wel met de aard van het recht waarover het geschil loopt. De Staat is net zoals zijn burgers onderworpen aan rechtsregels, *inzonderheid* aan die regels die betrekking hebben op het herstel van schade die ontstaat door de foutieve aantasting van subjectieve rechten.¹¹ Het beginsel van de scheiding der machten staat er niet aan in de weg dat de rechtbank een dergelijke fout vaststelt en de Staat veroordeelt tot herstel van de schadelijke gevolgen. Bovendien mengt de rechter, door het beoordelen van het foutieve karakter van een schadeveroorzakende handeling van de wetgevende macht, zich niet in de wetgevende functie en in het politiek proces van de totstandkoming van wetten, maar conformeert hij zich aan de opdracht van de rechterlijke macht om de burgerlijke rechten te beschermen.¹²

7. In Nederland geldt de regel dat de rechter een wettelijk voorschrift dat in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepalingen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties buiten toepassing moet laten, art. 94 Gw. Indien de strijdigheid niet kan worden opgeheven door het buiten toepassing laten van de wettelijke regeling, dan moet de rechter nagaan of hij op een andere manier in het rechtstekort kan voorzien.

8. De Belgische rechter is hiertoe verplicht op basis van het *Smeerkaas*-arrest, Cass. 27 mei 1971 (*Franco-Suisse Le Ski*).

9. Cass. 19 december 1991, <www.cass.be>. Dezelfde overwegingen kunnen we tevens terugvinden in het cassatie-arrest van 28 september 2006.

10. Cass. 28 september 2006, *RW* 2006-07, nr. 27, 3 maart 2007, m.nt. A. Van Oevelen, p. 1123-1127. Het Hof van Cassatie verwierp het beroep van de eisers in cassatie (de staat) en oordeelde dat de staat aansprakelijk gehouden kon worden. Het Hof van Beroep gaat in deze zaak dieper in op de schending van de rechtsregel, namelijk art. 6 (1) EVRM, en concludeert dat de staat een fout begaat, wanneer hij nalaat de wetgevende maatregelen te nemen om de naleving te kunnen verzekeren van het bepaalde in art. 6 (1) EVRM.

11. Cass. 28 september 2006, *RW* 2006-07, nr. 27 m.nt. A. Van Oevelen, p. 1123-1127.

12. Supra noot 10.

2.2 *Formele wetgeving als oorzaak van klimaatverandering*

Aansprakelijkheidsacties liggen voor de hand indien duidelijk schade wordt of is geleden. Meestal is degene die schade berokkent een burger of een overheid die wetgeving uitvoert. Mijn inziens is het niet onlogisch om de overheid ook aan te spreken op onrechtmatige ‘gedraging’ of fout van de wetgever. De wetgever draagt de verantwoordelijkheid als behartiger van het algemeen belang en beschermer van de mensenrechten en dient bij de uitvoering van deze taak tevens de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen.

De wetgever maakt de normen op basis waarvan meer of minder broeikasgassen worden uitgestoten. Ook wetgeving kan dus de oorzaak van klimaatschade zijn, en daarom is een aansprakelijkheidsactie gericht tegen de overheid die formele wetgeving maakt, als bron van de schade, mijn inziens geen irreële gedachte. Bij het starten van een aansprakelijkheidsactie tegen de overheid voor het optreden van de wetgevende macht in de strijd tegen klimaatverandering, kan de actie gericht zijn tegen klimaatmitigerende wetgeving of klimaatadapterende wetgeving. In het laatste geval gaat het om wetgeving die beschermt tegen de gevolgen van klimaatverandering. In het eerste geval gaat het om wetgeving die klimaatverandering wil voorkomen. Deze bijdrage focust zich op de eerste soort wetgeving.

2.3 *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige klimaatwetgeving: niet vanzelfsprekend*

Een aansprakelijkheidsactie tegen de overheid voor onrechtmatig handelen van de wetgevende macht is zeker geen evidentie. Zo is het bij een aansprakelijkheidsactie tegen de overheid voor het niet nemen van (afdoende) klimaatmitigerende wetgeving zeer lastig om te bepalen welke wetgeving afdoende is om klimaatverandering tegen te gaan.¹³ De vraag die zich dus opdringt is ‘waar ligt de ondergrens en kunnen we daar in het recht enkele aanknopingspunten voor vinden’? Er moet dus een bepaalde referentienorm zijn, aan de hand waarvan de rechter kan bepalen of de wetgever zijn verplichting op basis van een basisnorm is nagekomen. Daarnaast moet ook duidelijk zijn dat er bepaalde schade is en dat die schade niet zou zijn ontstaan, indien de wetgever betere klimaatwetgeving tot stand had gebracht. Hier zouden de internationaal gemaakte afspraken en de laatste rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) als richtsnoer kunnen dienen.¹⁴

13. Tevens beschikt de wetgever ook over de nodige beleidsvrijheid, wat het ook lastiger maakt om de overheid aansprakelijk te stellen voor onrechtmatig handelen van de wetgever.

14. In feite gaat het hier om de ‘kennis’ van de wetgever over het probleem en de gevolgen van klimaatverandering.

2.4 Op zoek naar een ondergrens en de betekenis van het standstillbeginsel

Om minimaal het bestaande beschermingsniveau in het milieurecht te handhaven, kan er in het milieurecht verwezen worden naar het standstillbeginsel. In het Nederlandse bestuursrecht geldt het standstillbeginsel voor milieukwaliteitseisen. Wanneer de feitelijke milieukwaliteit beter is dan de eisen gesteld in de wetgeving, moet het beginsel een toename van verontreiniging tot het in de wet gestelde niveau voorkomen. In het geval dat de feitelijke milieukwaliteit beter is dan volgens de wetgeving wordt vereist, geldt de feitelijke milieukwaliteit als referentiepunt. Met andere woorden, de milieukwaliteit mag niet achteruitgaan.¹⁵

Zowel in het Nederlandse als in het Belgische recht wordt het standstillbeginsel ook gehanteerd bij de handhaving van mensenrechten, meer bepaald de sociale grondrechten, die bescherming bieden tegen een afbreuk van een bestaand beschermingsniveau. In het kader van dit artikel komt dit neer op de handhaving van een bepaald milieukwaliteitsniveau. In België definieert het Grondwettelijk Hof het beginsel als het verbod om

‘maatregelen aan te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen (...) maar zij ontzegt hun (de wetgever) niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meest adequate wijze zou worden gewaarborgd’.¹⁶

Het gaat hier om de verplichting, die op basis van grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen op de overheid rust, om zich te onthouden van maatregelen die indruisen tegen de doelstelling van de betrokken bepaling en die reeds bestaande realisaties afbouwen.¹⁷

Indien het standstillbeginsel als uitgangspunt kan worden genomen, dan is de volgende vraag wat het referentieogeblik is. Aangezien klimaatverandering een globaal probleem is, zouden de internationaal gemaakte afspraken als referentieogeblik kunnen dienen. In 1997 werd door middel van het Kyoto Protocol afgesproken dat de Annex I-partijen van het Klimaatverdrag in de periode 2008-2012 gemiddeld vijf procent minder broeikasgassen zouden uitstoten dan in het referentiejaar 1990.¹⁸ Men zou kunnen zeggen dat er op dat moment een soort keerpunt was, waarop internationale ‘eensgezindheid’ bereikt werd over het feit dat klimaatveran-

15. Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis & N.S.J. Koeman, *Milieurecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 38.

16. Grondwettelijk Hof 27 november 2002, nr. 169/2002, B.6.6., *RW* 2003-04, 93.

17. J. Vande Lanotte & G. Goedertier, *Overzicht publiekrecht*, Brugge: Die Keure 2003, nr. 857 en 866.

18. Art. 2 (1) Kyoto Protocol.

dering een urgent probleem is. Vanuit die optiek zou men dat jaar als referentieogeblik kunnen gebruiken. Dat zou met zich mee brengen dat alle nationale wetgeving die vanaf dat moment is uitgevaardigd om de broeikasgasemissies te beteugelen, geen verhoging van de toentertijd bestaande nationale antropogene emissies met zich mee heeft mogen brengen.

3 Onrechtmatigheid door ‘inbreuk op een subjectief recht’

3.1 De rechtsinbreuk als onrechtmatige gedraging of fout

Volgens artikel 6:162 lid 2 Nederlands BW is een gedraging onrechtmatig indien er sprake is van een inbreuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht of strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

In het Belgische recht vinden we de basis voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in artikel 1382 BW. Volgens de Belgische rechtsleer en rechtspraak kan de fout of de onrechtmatigheid gelegen zijn in de schending van een hogere interne norm, een hogere internationale norm met directe werking, die verplicht om maatregelen te nemen of zich er juist van te onthouden of een schending van de algemene zorgvuldigheid.

In de onderstaande paragraaf wordt de mogelijkheid besproken om formele klimaatwetgeving onrechtmatig te verklaren op basis van een inbreuk op een subjectief recht dat door het EVRM wordt beschermd. Omdat het EVRM nog geen bepaling bevat die rechtstreeks bescherming biedt tegen milieuvervuiling in het algemeen en dus ook niet tegen klimaatverandering, zullen de bepalingen aan bod komen die in de loop der jaren reeds uitkomst hebben geboden in zaken die betrekking hadden op een bepaalde vorm van milieuverontreiniging.¹⁹

3.2 Onrechtmatigheid door strijdigheid met een bepaling van het EVRM

Alvorens in deze paragraaf over te gaan tot de bespreking van het EVRM, is het goed om even stil te staan bij de ontwikkelingen die zich binnen de internationale gemeenschap, en met name de Verenigde Naties (VN), afspelen op het gebied van mensenrechten en klimaatverandering. Zulk een ontwikkeling is binnen het EVRM niet ondenkbaar, zij het dat de effecten van klimaatverandering op wereld-

19. De bepalingen van het EVRM worden door de Nederlandse en Belgische rechter rechtstreeks toegepast in de nationale rechtsorde. Tevens is het vaste jurisprudentie dat de rechter voor de interpretatie van de bepalingen van het EVRM de interpretatie van het EHRM gebruikt. Zie ook wel HR 10 mei 1996, *NJCM-bulletin* 1996, p. 683 e.v.

schaal niet altijd overeen zullen komen met de effecten die zich binnen de lidstaten van het EVRM voordoen.²⁰

Tijdens de tiende sessie van de VN Mensenrechtencommissie werd een resolutie aangenomen waarin werd onderschreven dat klimaatverandering een reeks van gevolgen kan hebben die rechtstreeks of onrechtstreeks van invloed kunnen zijn op de uitoefening van de mensenrechten. Zo werd er in de resolutie verwezen naar het recht op leven, het recht op adequaat voedsel, het recht op de hoogst haalbare gezondheidsstandaard, het recht op gepaste huisvesting, het recht op zelfbeschikking en mensenrechtelijke verplichtingen die betrekking hebben op de toegang tot schoon drinkwater en waterzuivering.²¹ Tijdens de laatste sessie van de VN Mensenrechtencommissie werd een resolutie aangenomen waarin werd besloten dat het recht op water en waterzuivering deel uitmaakt van het recht op een gepaste levensstandaard.²² Voor de Verenigde Naties staat nu dus als een paal boven water dat het recht op water (en waterzuivering) deel uitmaakt van bestaande mensenrechtenverdragen en daarom juridisch bindend is.^{23 24}

20. Te denken valt aan de aanhoudende droogte die toe te schrijven is aan klimaatverandering, die bijvoorbeeld wel voor ernstige problemen in Spanje kan zorgen, maar misschien minder effect zal hebben op het welzijn van de bevolking in België en Nederland. Vanuit juridisch perspectief dringen zich allerlei vragen op, waaronder op mensenrechtelijk gebied: het 'recht op water'. Zie voor een overzicht van de geschatte impact van klimaatverandering op 184 landen tegen 2030 ook wel de Climate Vulnerability Monitor (<<http://daraint.org/climate-vulnerability-monitor/climate-vulnerability-monitor-2010/>>).

21. A/HRC/10/29.

22. Dit gebeurde nadat de Algemene Vergadering van de VN op 28 juli 2010 een resolutie had aangenomen waarin het recht op water werd erkend. Er waren 122 stemmen voor de resolutie en 41 onthoudingen, waaronder ook Nederland. Zie ook wel UN Doc. A/64/L.63/Rev.1* en het persbericht: GA/10967.

23. Zie <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/RightToWaterAndSanitation.aspx>. Zie ook het rapport van de onafhankelijke expert voor de 15de sessie van de VN Mensenrechtencommissie, A/HRC/15/31. Terzijde wil ik ook nog wijzen op een vonnis dat door de rechtbank te Maastricht werd gewezen, waarin de rechter een 'recht op water' erkende. Het vonnis werd gewezen in het kader van het afsluiten van een wanbetaler van de levering van water door de Watermaatschappij Limburg. De afsluiting werd door de rechtbank in strijd geacht met het mensenrecht 'recht op water'. Zie Rb. Maastricht, sector kanton – locatie Heerlen 25 juni 2008, LJN BD5759, *NJCM-Bulletin*, jrg. 34 (2009), nr. 3, p. 249. In het vonnis verwijst de rechter naar 'het recht op water' en dat dit recht op water door de Nederlandse regering in 2008 werd erkend. In de noot (F. Coomans) bij het arrest wordt hier verder op ingegaan. Zie voor de toespraak: <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2010/02/10/statement-by-maxime-verhagen-at-the-7th-session-of-the-human-rights-council-geneva-3-march-2008.html>.

24. Zie over de internationaalrechtelijke interpretatie van het EVRM: F. Vlemminx, 'Het inlezen van economische, sociale en culturele rechten in het EVRM door het EHRM', *NJCM-bulletin*, jrg. 35 (2010), nr. 7- 60 jaar EVRM. Wellicht dat hierin aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de relevantie van de erkenning door de VN-Mensenrechtenraad van het recht op water, dat gelezen moet worden in het recht op een gepaste levensstandaard (art. 11 (1) IVESCR), en hoe dit een rol kan spelen bij de interpretatie van het EVRM door de Nederlandse rechter.

Wat betreft de bepalingen van het EVRM is de rechtzoekende tot nu toe steeds aangewezen geweest op de artikelen 2 en 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol.²⁵ Tot nog toe heeft het EHRM zich nog niet hoeven uitspreken over de klimaatwetgeving van een lidstaat, maar rechtszaken die verband houden met het recht op een schoon milieu zijn wel reeds de revue gepasseerd en zijn menig jurist dan ook niet onbekend. In milieuzaken kan de gelaedeerde onder andere een beroep doen op artikel 2 en op artikel 8 EVRM.²⁶ Van belang is hier dat de rechten, waar de gelaedeerde een beroep op doet, directe werking hebben. Hierin telt de graad van helderheid en precisie van de bepaling mee, op grond waarvan de rechter de subjectieve rechten kan toekennen. Aangezien de meeste rechten vaag en algemeen omschreven zijn, moet de jurisprudentie van het EHRM nageslagen worden om te weten welke concrete subjectieve rechten onder de bescherming van de artikelen 2 en 8 EVRM vallen.

3.2.1 Artikel 2 EVRM

Volgens het EHRM in de *Budayeva*-zaak is een lidstaat op basis van artikel 2 EVRM niet alleen verplicht het leven van zijn onderdanen te beschermen tegen optreden van de staat, maar rust op de lidstaten ook de algemene verplichting om gepaste maatregelen te nemen om het leven van alle personen binnen hun jurisdictie te beschermen.²⁷ Deze positieve verplichting brengt in eerste instantie de plicht voor de staat mee om wetgeving tot stand te brengen die een effectieve bescherming biedt tegen inbreuken op het recht op leven. De verplichting geldt volgens het EHRM in de context van eender welke activiteit, publiek of privaat, door dewelke

25. Zie onder andere: EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz v. Turkije* (hierna: *Öneryildiz*), of van vroegere datum: EHRM 9 december 1994, *Lopez Ostra v. Spanje* en EHRM 9 februari 1998, *Guerra e.a. v. Italië*. De tekst van art. 2 (1) EVRM luidt als volgt: 'Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet'. De tekst van art. 8 (1) EVRM luidt als volgt: 'Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie'. Art. 1 Eerste Protocol luidt ten slotte als volgt: 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

26. Wanneer het recht op eigendom wordt aangetast, wat in milieuzaken ook voorkomt, kan een beroep op art. 1 Eerste Protocol EVRM worden gedaan. Deze bijdrage laat dit artikel echter bewust buiten beschouwing. Deze bijdrage staat tevens slechts stil bij het EVRM. Desalniettemin dient er wel op gewezen te worden dat in het kader van het Europees Sociaal Handvest (ESH) het Europees Comité voor Sociale Rechten reeds een 'recht op een gezond milieu' erkend heeft. Zie ook wel: *Marangopoulos Foundation for Human Rights (M.F.H.R.) v. Greece*, complaint No. 30/2005, European Committee of Social Rights (E.C.S.R.) (2006).

27. EHRM 29 september 2008, *Budayeva e.a. v. Rusland* (hierna: *Budayeva*).

het recht op leven in het gedrang komt.²⁸ In het bijzonder geldt de verplichting ten aanzien van industriële of ‘gevaarlijke activiteiten’, zoals de exploitatie van een afvalverzamelingsite in de *Öneryildiz*-zaak.²⁹

Volgens het Hof moet de overheid zowel procedurele maatregelen, zoals de toegang tot informatie, als substantiële maatregelen treffen die de vervuulende activiteiten reguleren. Bovendien overlapt de reikwijdte van de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM grotendeels met die onder artikel 8 EVRM in de context van gevaarlijke activiteiten. Voor de bescherming van het recht op leven kan men aldus tevens een beroep doen op de beginselen van de jurisprudentie van artikel 8 EVRM.³⁰

3.2.2 Artikel 8 EVRM

Reeds uit het arrest *López Ostra* bleek dat ernstige milieuvervuiling het welzijn van de burger negatief kan beïnvloeden, ook zonder diens gezondheid ernstig in gevaar te brengen, en daarmee een inbreuk kan vormen op het recht tot eerbieding van zijn privéleven, gezinsleven en woning.³¹ Dat een inbreuk zich ook kan manifesteren in de vorm van emissies, geluid, geuren en andere vormen van hinder bleek nogmaals uit een in 2010 gewezen zaak.³² Uit de verschillende EHRM-zaken valt op dat het steeds gaat om ernstige hinder. De gelaedeerden ondervinden ernstige hinder van extreme geluidsoverlast of van nabijgelegen fabrieken.³³ In de zaak *Guerra en anderen* bestreden de gelaedeerden het bestaan van een fabriek voor de productie van meststoffen die op ongeveer 1 km afstand van hun woonplaats was gelegen. Vol-

28. Het gaat hier in feite om de horizontale werking van de mensenrechtenbescherming. Zie in die zin ook: T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004. Volgens Barkhuysen kan uit het EVRM de positieve verplichting voor de verdragsstaat voortvloeien om bepaalde rechten te beschermen, zo bijvoorbeeld om wetgeving tot stand te brengen om het desbetreffende recht ook in de horizontale verhoudingen te waarborgen. Dit betekent dat de overheid op basis van de positieve verplichting uit art. 8 EVRM verplicht kan worden om wetgeving tot stand te brengen die verhindert dat particulieren (bijvoorbeeld bedrijven die een grote hoeveelheid broeikasgassen uitstoten) milieuschade berokkenen aan andere particulieren (de burger). In die zin zou men kunnen stellen dat er op basis van art. 8 EVRM op de overheid de positieve verplichting berust om mitigatiemaatregelen te nemen.

29. *Budayeva*, par. 130. Als voorbeeld verwijst het EHRM naar de feiten uit de *Öneryildiz*-zaak.

30. *Budayeva*, par. 133.

31. EHRM 9 december 1994, *Lopez Ostra v. Spanje*, par. 51. Recenter zie ook: EHRM 30 maart 2010, *Bacila v. Roemenië*, par. 59.

32. Dit werd nog eens benadrukt in een 2010 gewezen arrest, waarin de hinder bestond uit overmatig geluid, zie EHRM 20 mei 2010, *Oluic v. Kroatië*.

33. Wat tevens opvalt, is dat telkens wanneer het algemeen belang wordt afgewogen tegenover de individuele rechten van de burger, het algemeen belang gelijk lijkt te staan met het ‘economisch welzijn’. In de zaak *Lopez Ostra* was het economisch welzijn het hebben van een afvalverwerkingsbedrijf. In *Hatton* was het algemeen belang het economisch belang van de luchthaven.

gens het Hof was artikel 8 in deze zaak van toepassing omdat er een ‘direct effect’ was van de toxische emissies op het recht tot respect voor het privéleven en familieleven van de eisers.³⁴ De desbetreffende fabriek was in 1988 geïdentificeerd als een ‘hoog risico’ op basis van de Seveso-richtlijn.³⁵ Volgens een ‘concurring opinion’ van rechter Jambek in deze zaak was zelfs artikel 2 EVRM van toepassing omdat een 150-tal personen opgenomen moest worden in een ziekenhuis als gevolg van vergiftiging. Door de emissie van schadelijke bestanddelen in de atmosfeer konden de activiteiten in de fabriek volgens dezelfde rechter aldus als een ‘major-accident hazard dangerous to the environment’ worden beschouwd.

3.2.3 *Kunnen artikel 2 en 8 EVRM in een klimaatcasus gebruikt worden?*

Afgaande op de hierboven beschreven overwegingen van het Hof zal klimaatverandering eerst als een ‘gevaarlijke activiteit’ gekwalificeerd moeten kunnen worden, alvorens de staat een verplichting heeft op basis van artikel 2 EVRM om zijn burgers daartegen te beschermen. Als maatstaf voor wat als een ‘gevaarlijke activiteit’ moet worden beschouwd, verwijst het Hof voor de Rechten van Mensen in de *Öneryıldiz*-zaak – die betrekking had op afvalverzameling – naar verschillende resoluties van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, die onder andere betrekking hebben op gemeentelijk en industrieel afval en de verwerking, behandeling en recycling ervan.³⁶ Ook rond klimaatverandering heeft de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa enkele bedenkingen op papier gezet die wellicht als aanknopingspunt kunnen dienen voor de kwalificatie van klimaatverandering als een levensbedreigende activiteit. Klimaatverandering wordt door de Parlementaire Vergadering beschouwd als een van de grootste bedreigingen voor het menselijk welzijn en de gezondheid van de mensheid.³⁷ De Raad van Europa beschouwt het als een taak van de nationale regering om het welzijn en de veiligheid van de bevolking te verzekeren. In haar resolutie ‘Global Warming: beyond Kyoto’ spoort de Parlementaire Vergadering de lidstaten aan om wetgevende maatregelen te nemen en onder andere belastinghervorming door te voeren zodat het consumeren van fossiele brandstoffen als het ware gestraft wordt.³⁸ Tevens heeft de Parlementaire Vergadering reeds met een aanbeveling erop aangedrongen om een

34. *Guerra*, par. 57.

35. *Guerra*, par. 13.

36. Zie ook wel *Öneryıldiz*, par. 71. In dat geval moest het Hof bepalen wat als een ‘gevaarlijke activiteit’ moet worden beschouwd.

37. Zie ook wel Resoluties 1552 (2007) en 1406 (2004). De resoluties zijn beschikbaar op: <www.assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListing_E.asp>.

38. Resolutie 1406 (2006).

recht op een gezond leefmilieu in het EVRM op te nemen.³⁹ Aan de andere kant beschouwt de Parlementaire Vergadering het als een gemeenschappelijke taak van de maatschappij en ieder individu om een gezond en leefbaar milieu aan de komende generaties over te dragen.⁴⁰ Anders gezegd, de volledige verantwoordelijkheid kan niet alleen bij de overheid gelegd worden.

De vraag of klimaatverandering levensbedreigend is en het niet beschermen ertegen dus een inbreuk op artikel 2 EVRM kan vormen, kan op velerlei wijzen beantwoord worden. Klimaatverandering kan levensbedreigend zijn wanneer de gevolgen ervan zich direct dreigen te manifesteren. Volgens het laatste gepubliceerde IPCC-rapport kan klimaatverandering in de Europese landen vooral voor problemen zorgen op economisch vlak.⁴¹ Door klimaatverandering dreigen de regionale verschillen tussen de natuurlijke hulpbronnen namelijk te vergroten. Daarnaast bestaat er ook een vergroot risico op overstromingen en kusterosie en bovendien zal een groot aantal ecosystemen en organismen zich maar met moeite kunnen aanpassen.⁴²

De inbreuk op artikel 8 EVRM kan zich, zoals hierboven reeds werd beschreven, manifesteren in verschillende vormen van 'milieuhinder'. Het is met andere woorden zaak om aan te tonen dat klimaatverandering een vorm van milieuhinder is die het gevolg is van het ontbreken van adequate klimaatwetgeving.⁴³ Milieuhinder kan verschillende vormen aannemen, meestal gaat het om emissies, stankoverlast, het wegnemen van licht of lucht.⁴⁴ Het probleem met klimaatverandering is dat het

39. Zie ook wel Resolutie 1885 (2009). De assemblee verwijst in haar aanbeveling naar de verschillende conventies die onder auspiciën van de Raad van Europa zijn aangenomen.

40. Aanbeveling 1885 (2009) Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment.

41. Niet alleen het IPCC-rapport komt met dergelijke conclusies. Ook de Climate Vulnerability Monitor (<www.daraint.org/wp-content/uploads/2010/12/CVM_Complete-1-August-2011.pdf>) laat zien dat reeds nu al 300.000 doden op te tekenen zijn, die het gevolg zijn van klimaatverandering.

42. Fourth IPCC report: Climate Change 2007. Zie tevens de Climate Vulnerability Monitor: (<www.daraint.org/wp-content/uploads/2010/12/CVM_Complete-1-August-2011.pdf>). Wat verder niet in deze bijdrage ter bespreking voorligt, maar wat niet uitgesloten is, is dat een burger of een niet-gouvernementele organisatie uit een ontwikkelingsland dat concrete schade ondervindt van klimaatverandering veroorzaakt door een economisch ontwikkeld land, dat betreffende land voor het EHRM ter verantwoording kan roepen voor de klimaatmitigerende wetgeving die het niet aangenomen heeft.

43. Met inadequate klimaatwetgeving wordt aan de twee categorieën gerefereerd die in de inleiding worden geschetst.

44. Zie ook Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis & N.S.J. Koeman, *Milieurecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 540.

zich niet als zodanig manifesteert.⁴⁵ De gevolgen kunnen wel zeer ernstig zijn en zelfs levensbedreigend, maar het ‘directe effect’ van de hinder, waarvan sprake was in de zaak *Guerra v. Italië*, dat voorkomen kan worden door het nemen van klimaatmitigerende maatregelen, valt mijn inziens moeilijk aan te tonen. We komen hier dan eerder op het terrein van de klimaatadaptatiemaatregelen. Zulke maatregelen kunnen vergeleken worden met de maatregelen die de overheid moest nemen om de burgers in de zaken *Guerra* en *Lopez Ostra* te beschermen. De staat had artikel 8 EVRM geschonden omdat de overheid niet voldoende maatregelen genomen had om de stankoverlast en vervuulende emissies tegen te gaan, die een direct effect hadden op de direct omwonenden. Zulks zou eventueel ook het geval kunnen zijn wanneer de overheid niet voldoende maatregelen neemt om de kustbewoners te beschermen tegen de stijgende zeespiegel.

Vergelijkbaar is ook de zaak *Budayeva* waarnaar in de voorgaande subparagraaf reeds werd verwezen.⁴⁶ Hier kwam het Hof tot het oordeel dat er een schending was van artikel 2 EVRM, omdat de overheid haar positieve verplichting om het recht op leven te beschermen niet had nageleefd. Deze zaak en de feiten die tot de schending hebben geleid, bieden mogelijkwijze enkele aanknopingspunten voor een klimaatcasus. De feiten van deze casus waren als volgt. Door het dorp Tyrnauz, gelegen in de Centrale Kaukasus, stromen twee bijrivieren van de Baksanrivier, die in het verleden reeds meerdere malen modderstromen veroorzaakt hebben. Zowel de inwoners als de bevoegde autoriteiten waren hiervan op de hoogte en uiteindelijk heeft een en ander geleid tot de constructie van een moddercollector. De collector werkte 35 jaar lang goed. Toen bleek dat de moddercollector alleen niet afdoende was, werd ook nog een dam gebouwd. In het jaar voorafgaand aan de hevige modderstroom die plaatsvond in juli 2000 werd de dam ernstig beschadigd door een stroom van modder en puin. Onderhoud aan de dam bleef vervolgens uit, met als gevolg dat in juli 2000 een hevige stroom van modder en puin het dorp bereikte en enkele residentiële wijken onder zette. De familie van de slachtoffers klaagde de staat aan omdat de staat niet de noodzakelijke maatregelen had genomen die de inwoners van het dorp tegen deze natuurramp kon beschermen.

45. Zie voor een overzicht van de gevolgen van klimaatverandering in 184 landen de Climate Vulnerability Monitor: <http://daraint.org/wp-content/uploads/2010/12/CVM_Monitor-2010.pdf>. De West-Europese landen staan er in vergelijking tot de Oost-Europese en Zuid-Europese landen betrekkelijk goed voor. Zo valt te zien dat men verwacht dat Spanje tegen 2030 zal lijden onder het acuut verlies van habitat. Wanneer men bedenkt dat natuur bijdraagt aan het menselijk welzijn, bijvoorbeeld in de vorm van bescherming tegen extreme droogte, of bescherming tegen overstromingen, kunnen de gevolgen van klimaatverandering zichtbaarder en daarmee ook urgenter worden, zodat juristen wellicht uiteindelijk tot de conclusie komen dat klimaatverandering een vorm van constante milieuhinder is.

46. EHRM 29 september 2008, *Budayeva e.a. v. Rusland*.

Natuurwetenschappers zijn het er nog niet helemaal over eens, maar er wordt wel reeds gezegd dat klimaatverandering de oorzaak zou kunnen vormen van de natuurrampen die zich hevig en plots manifesteren. Volgens het IPCC-rapport nam de neerslag in Noord-Europa tussen 1990 en 2005 toe en is het zeer waarschijnlijk dat er een toename zal zijn van extreme hitte, hittegolven en hevige neerslag. Van de mediterrane gebieden wordt verwacht dat die te maken zullen hebben met watertekort als gevolg van klimaatverandering.⁴⁷ Het direct effect dat hiervan door burgers wordt ondervonden, zou wel eens een aanleiding kunnen zijn om de staat aansprakelijk te stellen voor een inbreuk – door de wetgever – op een door artikel 2 en 8 EVRM beschermd recht. Bovendien zou de recente erkenning van het Hof in de zaak *Bacila v. Roemenië* van ‘een recht op een evenwichtig milieu met respect voor de gezondheid’ nog wat extra gewicht in de schaal kunnen leggen en de slaggingskansen in zekere zin kunnen verhogen.⁴⁸

3.2.4 Hindernis: de beleidsmarge

Het EHRM blijft altijd benadrukken dat de keuze van de maatregel in principe binnen de beleidsmarge van de staat valt.⁴⁹ Er kan dan ook geen onmogelijke of disproportionele last op de autoriteiten worden gelegd, zonder aandacht te hebben voor de keuzes die zij moeten maken in het licht van de door hen gestelde prioriteiten en de beschikbare middelen.⁵⁰

Het is een zeer moeilijke kwestie om daar waar de overheid over een bepaalde beleidsmarge beschikt, te oordelen of de overheid de verplichting nakomt die volgens de gelaedeerde bestaat, en volgens diezelfde persoon niet afdoende of helemaal niet wordt uitgevoerd, zodat het recht op leven niet gewaarborgd blijft. Gevallen zoals in de zaak *Öneryildiz*, waar de overheid niet voorkomen had dat haar onderdanen zich (illegaal) op een explosieve vuilnisbelt huisvestten, zijn duidelijk en in zo een geval is het eenvoudiger om tot de conclusie te komen dat de overheid tekortgeschoten is in haar verplichting om het leven van haar onderdanen te beschermen. Daar waar klimaatverandering schade met zich brengt, die (misschien) voorkomen had kunnen worden door middel van toereikende en passende wetgeving zijn er mijn inziens twee mogelijkheden. Daar waar de overheid reeds maatregelen genomen heeft maar deze niet afdoende zijn, kan de overheid een beroep doen op de beleids-

47. Climate change 2007: synthesis Report, Summary for policymakers (IPCC).

48. EHRM 30 maart 2010, *Bacila v. Roemenië*, par. 70 en 71. Het Hof verwoordde de erkenning als volgt: ‘Certes, la Cour ne méconnaît pas l’intérêt que peuvent avoir les autorités internes à maintenir l’activité économique du plus grand employeur d’une ville déjà fragilisée par la fermeture d’autres industries. Cependant la Cour estime que cet intérêt ne saurait l’emporter sur le droit des personnes concernées à jouir d’un environnement équilibré et respectueux de la santé.’

49. *Budayeva*, par. 134.

50. *Budayeva*, par. 135. Zie ook EHRM 2 oktober 2011, *Hatton e.a. v. het Verenigd Koninkrijk*, par. 100-101 en EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz v. Turkije*, par. 107.

marge. Daar waar de overheid geen maatregelen heeft genomen om klimaatverandering te voorkomen, zal een beroep op haar beleidsmarge niet slagen, want zij heeft helemaal niet aan haar verplichting onder artikel 2 of 8 EVRM voldaan, om het leven van haar burgers (tegen de gevaren of gevolgen van klimaatverandering) te beschermen.⁵¹

In het geval van Nederland en België kunnen we niet stellen dat de overheid geen maatregelen neemt.⁵² Op basis van Europese wetgeving werden reeds verschillende mitigerende maatregelen genomen om de uitstoot van broeikasgassen te doen dalen. Wel geldt dat het de lidstaten vrijstaat om verdergaande maatregelen te nemen indien de Europese milieuwetgeving haar basis vindt in artikel 192 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De uitspraken van zowel de enkelvoudige Kamer als de Grote Kamer in de *Hatton*-zaak kunnen hier een goed inzicht bieden in de wijze waarop er met de beleidsmarge wordt omgegaan. De uitspraak van de enkelvoudige Kamer bood betere perspectieven voor de bescherming tegen hinder dan de uitspraak van de Grote Kamer. Volgens de eerste moet de staat bij het vinden van een goed evenwicht in milieuzaken, niet alleen maar kijken naar het economisch welzijn van een land om de rechten van het individu in te dammen, maar ook rekening houden met een reeks andere overwegingen, en zeker op het gebied van milieubescherming.⁵³ De Grote Kamer ging hier niet in mee, mede omwille van het feit dat zij geen heil zag in het toekennen van een speciale status aan de bescherming van het milieu. Het Hof besteedde in zijn overwegingen dan ook veel aandacht aan de beleidsmarge van de staat.

Ter afronding van deze subparagraaf zet ik een en ander nog even op een rijtje: bij het bepalen of een staat zijn verplichtingen onder artikel 8 lid 1 of lid 2 EVRM is nagekomen, moet er nagegaan worden of de staat een goed evenwicht heeft gevonden tussen enerzijds de belangen van het individu en anderzijds de belangen van de gemeenschap. De staat beschikt dan over een beleidsmarge om zelf te bepalen hoe hij zijn verplichtingen onder het EVRM nakomt. Wanneer de staat het juiste evenwicht moet zien te vinden tussen de verschillende belangen speelt lid 2 een zekere rol.

Het Hof maakt een onderscheid tussen enerzijds de inhoudelijke kant van de zaak en anderzijds de beslissingsprocedure. Beide moeten door het Hof beoordeeld worden voor het al dan niet toekennen van een ruime beleidsmarge. Bij de beoordeling

51. Een en ander zou ook kunnen gelden voor de gevallen waarin de overheid geen expliciete afweging maakt om geen klimaatmaatregelen te nemen.

52. Wat betreft België is het de gewestelijke overheid die bevoegd is inzake milieu- en energieaangelegenheden.

53. *Hatton e.a. v. het Verenigd Koninkrijk*, par. 97.

van de inhoudelijke kant van de zaak heeft de staat een ruime beleidsmarge. Het is namelijk aan de staat om de ‘noodzaak’ van een inbreuk te bepalen. De ruimte die de staat krijgt om zijn beleid zelf te bepalen, is volgens het Hof afhankelijk van de context van de zaak. Zo speelt bijvoorbeeld de aard van het betrokken recht een rol, het belang van dat bepaalde recht voor het individu en de aard van de betrokken activiteiten.⁵⁴ Daar waar het om een intiem aspect van het privéleven van een individu gaat, beschikt de overheid volgens het Hof over een beperkte beleidsmarge. Wanneer het echter gaat om zaken van algemeen beleid, zoals wetgeving of zoals een nachtvluchtenschema of ruimtelijke planning, dan beschikt de staat volgens het Hof over een ruime beleidsmarge. Het Hof kan dan vervolgens alleen maar bepalen of de staat een evenwichtig besluit heeft genomen. Daarnaast speelt ook de beslissingsprocedure een rol. Die procedure moet evenwichtig zijn en moet de rechten die het EVRM beschermt eerbiedigen. Wanneer uit de beslissingsprocedure en de overwegingen van de staat om tot een inbreuk op een recht te besluiten blijkt dat de staat een evenwichtige belangenafweging heeft gemaakt, kan de schending gerechtvaardigd worden.

4 Welke mogelijkheden heeft de civiele rechter?

Wanneer de rechter heeft vastgesteld dat de wetgever onrechtmatig heeft gehandeld dan wel nagelaten, kan hij de schadelijgende partij schadevergoeding toekennen, mits is komen vast te staan dat er een causaal verband is en dat er daadwerkelijk schade is. Maar zoals reeds in de inleiding werd gesteld, beoogt een potentieel geïdendeerde geen schadevergoeding maar een aanpassing van de wet of het opvullen van een lacune door het maken van wetgeving.

4.1 Nederland

4.1.1 Het EVRM en de civielrechtelijke aansprakelijkheid

In het arrest gewezen tegen de Stichting Westfriese Flora Bovenkarspel, moest het Hof Amsterdam oordelen over de vraag of het ontbreken van een preventieve regeling in het toen voorliggende geval in strijd zou kunnen zijn met artikel 22 Grondwet en, onder andere, de artikelen 2 en 8 EVRM.⁵⁵ Nadat het hof geoordeeld had dat het niet mogelijk was om zowel de inhoud van wetten in de formele zin als de vraag of de wet tot stand had moeten komen aan de Grondwet te toetsen, overwoog het hof dat die mogelijkheid wel degelijk bestaat ten aanzien van verdragsbepalingen met directe werking. Het hof overwoog als volgt:

54. EHRM 25 september 1996, *Buckley v. Het Verenigd Koninkrijk*.

55. Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6504.

‘De burgerlijke rechter dient daarom te beoordelen of door het ontbreken van wetgeving in formele zin een inbreuk wordt gemaakt op artikel 2 of artikel 8 EVRM. Indien dat het geval is, zal de rechter kunnen oordelen dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld.’

Het hof vervolgde:

‘Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat artikel 2 EVRM met zich brengt dat de staat actief dient op te treden om het leven van zijn burgers te beschermen. Dit betekent dat de staat gehouden is wetgeving tot stand te brengen en te handhaven op terreinen als volksgezondheid en de bescherming tegen gevaarlijke activiteiten.’

Het hof nuanceerde echter de verplichting door eraan toe te voegen dat deze verplichting niet zover gaat dat de staat excessieve lasten worden opgelegd. Volgens het hof wordt deze verplichting namelijk ‘gemitigeerd door de onvoorspelbaarheid van het menselijk gedrag en door operationele keuzen op grond van economische motieven’.

4.1.2 De beperking van risico's

In het kader van klimaatverandering kan ook de vraag worden gesteld of de wetgever ook de verplichting heeft om maatregelen te nemen die het risico ervan beperken indien hij hiervan op de hoogte was. Over het feit of de staat zich – in het geval van de Westfriese Flora – voldoende had geïnformeerd en of hij met die informatie iets behoorde te doen, overwoog het Hof Amsterdam:

‘Het feit dat de staat, ... , op regelmatige en systematische wijze aan de hand van internationale wetenschappelijke publicaties beziet of er aanleiding bestaat voor nadere maatregelen ter voorkoming of bestrijding van infectieziekten duidt erop dat de staat haar verplichtingen uit hoofde van artikel 2 en 8 EVRM serieus neemt.’

Volgens het hof kon echter niet worden geconcludeerd dat wanneer de staat geen aanleiding ziet om de reeds bestaande wetgeving te wijzigen, dit een schending inhoudt van de artikelen 2 en 8 EVRM. Volgens het hof verplichten deze bepalingen de staat niet om ter preventie van ieder aan hem bekend gezondheidsrisico wetgeving tot stand te brengen. Volgens het hof was er geen sprake van een zo groot en concreet gevaar dat het nalaten van formele wetgeving een schending inhield van de in de artikelen 2 en 8 EVRM vervatte mensenrechten.⁵⁶

56. R.o. 4.8.12.

In het kader van de kennis die de staat had of behoorde te hebben ten aanzien van een bestaand risico en hoe de staat daarnaar moet handelen/verwacht wordt te handelen, moet ook nog even stil worden gestaan bij de uitspraak van de Hoge Raad in de *Vuurwerkramp Enschede-zaak*.⁵⁷ Zowel het hof als de Hoge Raad oordeelde dat de staat niet verplicht is ieder risico uit te sluiten.⁵⁸ Volgens de verzekeraars had de staat zijn verplichting om preventieve maatregelen te nemen geschonden, omdat hij na de Culemborg-ramp en de rapporten die na die ramp zijn uitgebracht, over ruim voldoende informatie beschikte om met zekerheid te weten dat het praktisch onmogelijk was een massa-explosie in een vuurwerkbedrijf uit te sluiten. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de staat had het hof in hoger beroep bepalend geacht of het risico dat hij kende of behoorde te kennen, gelet op zowel de ernst van de effecten als de kans dat de effecten zouden optreden, zodanig was dat daaruit de rechtsplicht voor de staat voortvloeide om maatregelen te nemen.⁵⁹ Ook de Hoge Raad heeft deze maatstaf gehanteerd.⁶⁰ Zowel het hof als de Hoge Raad kwam op basis van dit uitgangspunt enerzijds tot het oordeel dat de staat de gevaarsfactoren niet kende en ook niet hoefde te kennen, en anderzijds dat de staat op basis van de kennis die hij wel had niet anders had hoeven te handelen dan hij in feite had gedaan.

Indien gelet op zowel de grote ernst van de effecten van klimaatverandering, die wel degelijk van zeer ernstige aard kunnen zijn (overstromingen, hittegolven, enzo-voort), als de grote kans dat ze zullen optreden (toenemend aantal natuurrampen en een stijgende zeespiegel), en het feit dat de staat over vergaande kennis ten aanzien van de risico's beschikt, zou men kunnen concluderen dat er voor de overheid een rechtsplicht bestaat of ten minste stilaan ontstaat om maatregelen te nemen die de effecten van klimaatverandering kunnen doen mitigeren of burgers kunnen helpen zich eraan aan te passen.⁶¹ Stilzitten is dus zeker niet geboden, indien de staat de steeds groter wordende kans van slagen op een aansprakelijkheidsactie wil ontlopen.

57. HR 9 juli 2010, LJN BL3262 (*Vuurwerkramp Enschede*).

58. HR 9 juli 2010, r.o. 4.4.2.

59. Gerechtshof 's-Gravenhage 30 september 2008, LJN BF1789, r.o. 4.1.

60. HR 9 juli 2010, r.o. 4.10.

61. In de inleiding van zijn conclusie bij het arrest gaat A-G Spier uitvoerig in op de risico's waarmee de huidige samenleving te kampen heeft en hoe die samenleving daarmee dient om te gaan. Een van die risico's die door Spier uitdrukkelijk worden benoemd zijn de gevaren die klimaatverandering met zich mee kan brengen. Terecht betoogt Spier dat de risico's die gepaard gaan met klimaatverandering 'van een wezenlijk andere dimensie dan de vuurwerkramp in Enschede' zijn. Daarnaast overweegt Spier ook dat ook de kennisfactor in beide gevallen verschillend is: 'bij de duinen en dijken problematiek is het probleem alom bekend. De gekozen strategie berust op kabinetsbesluiten', de situatie bij S.E. Fireworks was hooguit door één medewerker van de staat bekend.

4.1.3 *Het wetgevingsbevel*

In het *Waterpakt*-arrest werd gepoogd om de staat aansprakelijk te stellen voor het verzuim wetgeving tot stand te brengen en van de rechter een wetgevingsbevel te verkrijgen, dat hier verandering in moest brengen.⁶² Het wetgevingsbevel werd echter door de Hoge Raad afgewezen op grond van het feit dat de rechter in zo een geval moet beoordelen óf wetgeving tot stand moet komen, en zo ja welke inhoud deze wetgeving moet hebben. Volgens de Hoge Raad noopt een wetgevingsbevel tot de afweging van vele belangen en vergt het bovendien een politieke beoordeling, waarin de rechter niet kan treden. Wel oordeelde de Hoge Raad dat een en ander er niet aan in de weg staat dat degene die verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen, daartoe op grond van artikel 3:296 BW door de rechter kan worden veroordeeld. Deze bepaling bestrijkt ook het geval wanneer de staat verplicht is een onrechtmatige toestand op te heffen. In casu oordeelde de Hoge Raad echter dat de uitzondering op de regel van toepassing was, namelijk dat uit de aard van de verplichting en de wet anders kan voortvloeien.⁶³ Wellicht doelde de Hoge Raad hier op de politieke beoordeling, dus op de aard van de verplichting en was er aldus geen plaats voor het wetgevingsbevel.

In feite gaat het ook hier weer om de beleidsmarge die in de vorige paragraaf reeds uitvoerig – in het kader van het EVRM – werd besproken. Indien er ruimte voor beleidsvrijheid voor de wetgever bij de implementatie van Europese regelgeving aanwezig is, dan moet de rechter terughoudend optreden. Wanneer echter voor de wetgever geen beleidsmarge meer overblijft, dan is er wel ruimte voor de rechter om te bepalen welke richting de wetgever op moet gaan. Volgens Backes en A-G Langemeijer wordt de Trias-leer niet geschonden door een rechterlijk bevel tot wetgeven, wanneer op de nationale wetgever een dusdanig concrete verplichting tot het uitvaardigen van wetgeving rust dat hem op grond van Europees recht geen andere keuze rest.⁶⁴ Ook Van Gestel en Groenhuijsen stellen dat het democratisch deficit dat optreedt wanneer de nationale rechter de wetgever een wetgevingsbevel geeft, niet moet worden overdreven. Het wetgevingsbevel heeft volgens hen zelfs toegevoegde waarde, omdat het een grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid kan bieden.⁶⁵ Het is echter wel zo dat de conclusie van beide auteurs wordt gegeven in het kader van de verplichting van de wetgever tot omzetting van Europese regelgeving, meer bepaald bij de omzetting van Europese kaderbesluiten onder de derde pijler. Dit doet, mijn inziens, niet af aan de vraag of een wetgevingsbevel onder

62. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt*).

63. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt*).

64. Zie de conclusie van A-G Langemeijer bij het *Waterpakt*-arrest en *AB* 2004, 39 m.nt. Ch.B.

65. R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuijsen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?', *NJB* 13 oktober 2006, nr. 36, p. 2056.

de door mij eerder geschetste omstandigheden mogelijk moet zijn. Het komt er in principe op neer dat volgens de auteurs een wetgevingsbevel mogelijk moet zijn daar waar een verplichting bestaat tot wetgeven (namelijk de verplichting om een Europees kaderbesluit om te zetten). Koppelen we daar dan nog de bevindingen van Schutgens aan vast, namelijk dat er sprake moet zijn van een heldere rechtsplicht, dan blijkt dat er in de rechtswetenschappelijke literatuur steun is voor een wetgevingsbevel.⁶⁶ De burgerlijke rechter is weliswaar niet bereid om een wetgevingsbevel te geven, maar wel om het handelen of nalaten van de wetgever te toetsen aan hoger recht en daarover een verklaring voor recht uit te spreken. De verklaring voor recht dat de bepalingen onverbindend zijn, omdat ze strijdig zijn met hoger recht, zijn daarmee ook onrechtmatig tegenover degene die door de bepaling wordt beschermd.⁶⁷ Volgens Schutgens kan een declaratoir wel degelijk rechtsbescherming bieden, aangezien de wetgever het toch wel zal naleven. Volgens Schutgens is een wetgevingsbevel echter wel effectiever dan een declaratoir omdat de wetgever de keuze heeft om de verklaring voor recht na te leven. Bij het wetgevingsbevel is dit volgens de auteur niet zo.

4.2 België

4.2.1 *Het EVRM en de civielrechtelijke aansprakelijkheid*

Vooropgesteld zij dat de vaststelling van de onverenigbaarheid met de internationale norm, onmiddellijk de onrechtmatigheid met zich meebrengt. De civiele rechter is reeds bereid gevonden om het wetgevend handelen als een fout in de zin van artikel 1382 BW te beschouwen, maar dan op basis van de schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, en te sanctioneren via de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.⁶⁸

In het in de tweede paragraaf reeds kort besproken cassatie-arrest van 26 september 2006 waarin het Hof zich moest uitspreken over de aansprakelijkheid van de overheid voor een fout van de wetgevende macht, blijkt dat het Hof van Cassatie niet echt moeite heeft met het nemen van de hindernis 'de beleidsmarge'. Het Hof overwoog als volgt:

66. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 249-250.

67. Schutgens 2009, p. 250.

68. Rb. Brussel 17 maart 1997, *R.W.* 1997-1998, 259 m.nt. P. Popelier.

‘Een rechtbank van de rechterlijke orde die heeft kennisgenomen van een vordering tot herstel van schade veroorzaakt door een foutieve aantasting van een recht dat is vastgelegd door een hogere norm die de Staat een verplichting oplegt, is bevoegd om na te gaan of de wetgevende macht op passende of toereikende wijze zijn wetgevende opdracht heeft uitgevoerd zodat de Staat die verplichting kan nakomen, ook al verleent de norm die ze oplegt de wetgever de macht om te beoordelen welke middelen moeten worden aangewend om de naleving ervan te verzekeren.’

In casu werd de wetgever door de rechtbank aansprakelijk gehouden wegens het nalaten wetten uit te vaardigen teneinde de rechterlijke macht in staat te stellen de openbare dienst van de Justitie op doeltreffende wijze te verzekeren, met inachtneming van artikel 6 lid 1 EVRM.

4.2.2 Het wetgevingsbevel

In de Belgische rechtsleer vindt er tot nu toe nog geen discussie plaats over de mogelijkheid tot het geven van een wetgevingsbevel als zodanig.⁶⁹ Wel zou men een vordering tot rechtsherstel onder deze noemer kunnen brengen. De vordering tot rechtsherstel voor de justitiële rechter heeft – in het geval van de aansprakelijkheidsactie – de vorm van een vordering tot de betaling van schadevergoeding. Zoals reeds gesteld in de inleiding van deze paragraaf, lijkt het in een klimaatcasus echter veel interessanter en beter om te komen tot effectief rechtsherstel wanneer men een vordering instelt tot wetgevingsbevel. Aangezien de discussie over het wetgevingsbevel nog niet gevoerd wordt, maar wel interessant zou kunnen zijn voor de uitkomst van een klimaatzaak, wordt in deze paragraaf een eerste aanzet gedaan om aan te tonen dat een wetgevingsbevel misschien onder de noemer van het rechtsherstel zou kunnen vallen.

In 2004 mocht het Hof van Cassatie zich buigen over de vraag of de rechtbank het beginsel van de scheiding der machten had overschreden, door een oordeel te vormen over het spreidingsplan van de luchthaven Brussel-Nationaal dat door de federale regering was vastgesteld.⁷⁰ In deze zaken werd de burgerlijke rechter gevraagd om het spreidingsplan te herleiden tot een evenwichtige spreiding van de vluchten over alle gemeenten die de luchthaven omgeven. De eisers in eerste instantie verzochten de rechtbank om de uitwerking van het spreidingsplan te matigen tot op een niveau waarop er geen sprake meer was van een inbreuk op hun subjectieve rechten. Het Hof concludeerde dat de rechterlijke macht weliswaar bevoegd is om een door

69. In tegenstelling tot in Nederland, waar deze discussie wel als zodanig wordt gevoerd.

70. Voor het cassatie-arrest zie Cass. 4 maart 2004, <www.cass.be>.

het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van subjectieve rechten zowel te voorkomen als te vergoeden, maar daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid niet vermag te ontnemen en niet vermag zich in de plaats van het bestuur te stellen.⁷¹

In een later cassatie-arrest oordeelde het Hof dat een rechtbank van de rechterlijke orde die kennis heeft genomen van een vordering tot herstel van schade veroorzaakt door een onrechtmatige aantasting van een recht dat beschermd wordt door een hogere norm, zoals het EVRM, bevoegd is om na te gaan of de wetgevende macht op passende en toereikende wijze zijn verplichting is nagekomen, zodat de staat die verplichting kan nakomen, ook al beschikt de wetgever op basis van die norm over de beleidsvrijheid om te bepalen welke middelen geschikt zijn om de naleving ervan te verzekeren. Zulke verplichting kan gebaseerd zijn op zowel internrechtelijke regels, als het Unierecht en de rechtstreeks werkende normen van internationaal recht.⁷²

Zulk een oordeel is mijn inziens een stap in de richting van het wetgevingsbevel, met dien verstande dat de rechter hier nog geen uitdrukkelijke opdracht geeft om wetgeving aan te passen, maar wel een oordeel vormt over de toereikendheid van wetgeving. Om optimaal rechtsherstel te kunnen bieden zou de rechter, die bevoegd is om de onrechtmatigheid vast te stellen, hieraan een wetgevingsbevel kunnen koppelen. Immers, indien de staat zijn verplichting op basis van de internationale norm wil nakomen zal hij uiteindelijk zijn wetgeving moeten aanpassen. In het kader van deze bijdrage zou dit met zich mee kunnen brengen dat de wetgever de wetgeving in die mate zal dienen aan te passen zodat het aandeel van de staat in de huidige klimaatverandering gereduceerd wordt tot minimaal of nihil. Zo zou de staat zijn schadeveroorzakende handeling tot een einde kunnen brengen.

In het geval de wetgever heeft verzuimd om te legifereren – dus wanneer er sprake is van een lacune – kan dit dus een fout met zich brengen indien de hogere rechtswetgever verplicht tot wetgeven. Wanneer echter geen enkele juridische norm verplicht tot wetgeven, zou de rechter – aldus A-G Leclercq in het cassatie-arrest van 26 september 2006 – het wetgevend verzuim zelfs in strijd met de algemene zorgvuldigheid kunnen verklaren, meer bepaald wanneer de staat bedreigd wordt door risico's

71. Eisers in cassatie kwamen op tegen een uitspraak van het Hof van Beroep dat het door de overheid gebruikte spreidingscriterium voor vluchten van en naar de nationale luchthaven (graad van concentratie van de bevolking) afwees, en waarin het Hof een ander door hem meer opportuun geacht criterium aan de wetgever oplegde. Volgens de cassatierechter schond het Hof van Beroep hierdoor het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten.

72. Daarnaast kan deze verplichting ook gebaseerd worden op de zorgvuldigheidsnorm.

op het vlak van bijvoorbeeld veiligheid en volksgezondheid.⁷³ Mijn inziens biedt deze overweging een opening voor de aansprakelijkheidsactie in het kader van klimaatverandering. In dat kader wordt ook wel gesteld dat de wetgever niet als een ‘goede huisvader’ handelt, indien hij nalaat om maatregelen te nemen die de door het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden waarborgen.⁷⁴ Volgens Maes zal de rechter hier echter slechts een marginale toetsing kunnen doorvoeren, zodat hij zich niet mengt in de constitutionele taak van de wetgever. De rechter kan slechts nagaan of de genomen wettelijke norm de toets van de redelijkheid kan doorstaan. Met andere woorden, hij kan alleen maar nagaan of een ‘normaal zorgvuldig en omstandig handelend wetgever, geplaatst in dezelfde omstandigheden en voorzien van dezelfde beleidsvrijheid een dergelijke norm wel of niet zou uitvaardigen’.⁷⁵

5 Conclusie

In deze bijdrage werd de mogelijkheid onderzocht om de staat aansprakelijk te stellen voor een onrechtmatige daad van de wetgevende macht. De onrechtmatige daad werd gezocht in de vraag of de overheid door het niet voldoende of het niet nemen van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan (mitigatiemaatregelen) een subjectief recht schendt, dat door artikel 2 en 8 EVRM wordt beschermd.

Deze bijdrage toont aan dat het niet onmogelijk moet zijn om de staat aansprakelijk te stellen. Wel zullen enkele lastige hordes genomen moeten worden, alvorens men zover komt. Zo zal aangetoond moeten worden dat klimaatverandering een ‘gevaarlijke activiteit’ is dan wel een gevaarlijke situatie doet ontstaan, opdat de staat de verplichting heeft om burgers hiertegen te beschermen op basis van artikel 2 EVRM. In die richting wijst alvast de overweging van de Parlementaire Raad van de Raad van Europa, namelijk dat klimaatverandering een van de grootste bedreigingen voor het menselijk welzijn en de gezondheid van de mensheid is.

In het kader van artikel 8 EVRM werd in het verleden schending aangenomen wanneer de staat de burger niet voldoende bescherming bood tegen ‘milieuhinder’ die zich voordeed in de vorm van emissies en stankoverlast. Het is nog maar zeer de vraag of klimaatverandering als ‘milieuhinder’ kan worden beschouwd, aangezien

73. Zie ook de conclusie van de eerste advocaat-generaal J.F. Leclercq bij het cassatiearrest van 28 september 2006, <www.cass.be>. De algemene zorgvuldigheid is in deze bijdrage niet ter sprake gekomen, maar kan zeker onderwerp zijn voor verdere discussie over de aansprakelijkheid van de wetgever voor onrechtmatige klimaatwetgeving.

74. Supra noot 73.

75. G. Maes, ‘Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht’, *NjW* 2004, p. 398-404.

de effecten zich niet steeds als milieuhinder manifesteren. Aannemelijker is om te betogen dat de staat zijn verplichting op basis van artikel 8 EVRM heeft geschonden door geen adaptatiemaatregelen te nemen die burgers beschermen tegen de gevolgen van klimaatverandering.

Daarnaast is de beleidsmarge die de overheid heeft om zelf te bepalen hoe de verplichtingen op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM worden ingevuld een hinderenis die genomen moet worden. Betoogd zou kunnen worden dat een beroep op de beleidsmarge geen kans van slagen heeft in het geval de overheid nog geen enkele maatregel heeft genomen om haar burgers tegen (de gevolgen van) klimaatverandering te beschermen of om klimaatverandering te voorkomen.

In deze bijdrage werd ook onderzocht hoe de Nederlandse en Belgische civiele rechter hiermee zouden kunnen omgaan, en of zij een zogenoemd wetgevingsbevel kunnen uitvaardigen, wanneer zij tot de conclusie komen dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. Het wetgevingsbevel zou in een klimaatzaak meer uitkomst kunnen bieden voor de eiser wiens doel is het beleid van de overheid – door middel van een klimaatzaak – te veranderen. Zulk een bevel is in de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer omstreden. In de Belgische rechtsleer en rechtspraak wordt van een wetgevingsbevel nog geen gewag gemaakt, en het is dan ook niet geheel duidelijk of de civiele rechter in België een wetgevingsbevel zou kunnen opleggen. Desalniettemin dient de justitiële rechter rechtsherstel te bieden en kan het wetgevingsbevel onder deze noemer geplaatst worden.

Uit deze bijdrage blijkt dat het de wetgever niet aan te raden is stil te blijven zitten of achter te blijven met het nemen van maatregelen die klimaatverandering voorkomen. Wanneer de gevolgen van klimaatverandering in de toekomst veel zichtbaarder worden en een veel directer effect hebben dan nu het geval is, is het niet ondenkbaar dat de overheid aansprakelijk kan worden gehouden voor het nalaten wetgevende klimaatmitigerende maatregelen te treffen. Tenslotte zijn de slagingskansen van een aansprakelijkheidsactie gericht tegen het wetgevend handelen van de overheid voor het niet nemen van klimaatadaptatiemaatregelen op dit moment zeker niet nihil wanneer de burger daarvan schade ondervindt.

IV Regulering van kolencentrales: ruimte voor aansprakelijkheid?

*Prof. mr. M. (Marjan) G.W.M. Peeters**

1 Inleiding

Het verstoken van kolen voor de productie van elektriciteit vormt nog steeds een essentieel onderdeel van onze energievoorziening. In Nederland staan ten minste zes kolencentrales, waarbij de Amercentrale en de Maascentrale ieder uit twee delen bestaan.¹ In 2010 waren voorts enkele kolencentrales in aanbouw met in totaal een vermogen van 3500 MW, die in totaal op jaarbasis 19 megaton CO₂ zouden uitstoten.² Ter vergelijking: de internationaalrechtelijk verplichte emissiereductie voor Nederland in de periode 2008-2012 betreft ongeveer 20 megaton kooldioxide-equivalenten op jaarbasis.³

De vergunningverlening voor nieuwe kolencentrales illustreert dat de overheid en een deel van het energiebedrijfsleven de koers van fossiele energie vooralsnog willen vasthouden. De vergunningverlening voor kolencentrales stuitte echter op verschillende juridische vragen met betrekking tot milieuproblemen anders dan klimaatverandering. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de gestelde prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State aan het Hof van Justitie van de EU inzake de uitstoot van zwaveldioxide en stikstofoxide, en de vernietiging van de Natuurbeschermingsvergunningen voor de kolencentrales in de Eemshaven en

* Marjan Peeters is werkzaam als bijzonder hoogleraar milieubeleid en recht. Dit artikel is inhoudelijk afgesloten op 7 september 2011. De auteur dankt dr. A.R. (Richard) Neerhof (universitair hoofddocent aan de VU) voor zijn waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van par. 4.

1. Zie aldus de beraadslaging in de Tweede Kamer op 20 mei 2010 (Beperking emissies kolencentrales): *Kamerstukken II* Handelingen 2009/10, nr. 86, p. 86-7294.
2. Zie aldus de beraadslaging in de Tweede Kamer op 20 mei 2010 (Beperking emissies kolencentrales): *Kamerstukken II* Handelingen 2009/10, nr. 86, p. 86-7295.
3. Dit vloeit voort uit de 6% broeikasgasemissiereductiedoelstelling in de periode 2008-2012 in vergelijking met het basisjaar 1990 zoals vastgelegd in de zogenoemde 'burden sharing' overeenkomst, neergelegd in een besluit van de Raad ter uitvoering van het Kyoto Protocol (zie besluit 2002/358/EG). Zie daarover de eerste bundel van de werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling (VMR-publicatie 2006-4), p. 60 en verder.

de Maasvlakte.⁴ Zoals we hierna zullen zien, liggen er echter niet veel juridische beperkingen voor kolencentrales op het terrein van de broeikasgasemissies. Het in de EU vormgegeven systeem voor broeikasgasemissiehandel geeft juist vooralsnog veel ruimte voor het exploiteren van kolencentrales. Dit leidt tot de vraag of er in aanvulling op deze regulering ruimte is voor aansprakelijkheid voor de schade die zou kunnen ontstaan c.q. ontstaat vanwege de door de kolencentrales uitgestoten kooldioxide.

Deze bijdrage bespreekt de intensiteit van de regelgeving voor broeikasgasemissies, in het bijzonder door kolencentrales, en welke belangen in dat verband worden beschermd. In dit licht wordt ingegaan op het Europese broeikasgasemissiehandels-systeem en op de richtlijn Industriële emissies. Tevens komt de mogelijke betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid aan bod die ernstige milieuschade voor natuur, water en bodem beoogt te voorkomen en, indien milieuschade toch optreedt, te herstellen. Schade door klimaatverandering kan echter ook andere belangen treffen, zoals volksgezondheid (denk aan een hittegolf), veiligheid (overstroming) of economische schade (droogte en landbouw). Uit de beschrijving van de regulering zal blijken dat het publiekrechtelijke kader in aanzienlijke mate ruimte blijft bieden voor kooldioxide-emissies door kolencentrales, en dat er dus reden is om na te denken over de aanvullende functie van het aansprakelijkheidsrecht.

De opzet is als volgt: in paragraaf 2 wordt aangegeven hoe de huidige regulering van kolencentrales luidt, waarbij wordt ingegaan op zowel Europese als nationale regelgeving. In paragraaf 3 wordt ingegaan op nationale initiatieven om de regulering van kolencentrales aan te scherpen. In paragraaf 4 komt de vraag naar de aanvullende werking van het nationale aansprakelijkheidsrecht aan bod, waarbij enkele verkennende observaties worden gemaakt over de mogelijke vrijwarende werking van de publiekrechtelijke regulering voor kolencentrales. In paragraaf 5 volgt een conclusie.

4. Zie voor de beantwoording van de prejudiciële zaken de gevoegde zaken C-165/09 tot en met C-167/09, en voor de vernietiging van de NB-wet vergunning voor de kolencentrale aan de Eemshaven ABRvS 25 augustus 2011, nummers 200900425/1/R2 en 200902744/1/R2. Blijkens een persbericht van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 30 november 2011 mag de bouw van de kolencentrale in de Eemshaven doorgaan ook ondanks de vernietiging van de NB-wet vergunning, en zijn de milieuvergunningen voor deze kolencentrale en de twee kolencentrales in de Maasvlakte in stand gelaten. Inzake de benodigde natuurvergunningen voor de kolencentrales in de Eemshaven en de Maasvlakte moet door het bevoegd gezag (Gedeputeerde Staten) opnieuw vergunning worden verleend.

2 Huidig reguleringskader

2.1 Inleiding

De regulering van kooldioxide-emissies door kolencentrales is geen puur nationale aangelegenheid. In deze paragraaf worden drie Europese reguleringskaders besproken:

- het Europese systeem voor broeikasgasemissiehandel dat het primaire instrument is voor de regulering van kooldioxide-emissies door kolencentrales. Tevens wordt in dit verband ingegaan op het juridisch kader voor de mogelijkheid van ondergrondse opslag van kooldioxide, ook wel CCS genoemd ('carbon capture and storage');
- de regulering van industriële emissies door de IPPC-richtlijn en haar opvolger, de Richtlijn industriële emissies (IE-richtlijn);
- de Richtlijn milieuaansprakelijkheid.

Deze richtlijnen zijn aangenomen op grond van artikel 175 EG-Verdrag, nu artikel 192 VWEU. Dat betekent dat op grond van artikel 193 VWEU er in beginsel een mogelijkheid bestaat voor lidstaten om verdergaande maatregelen te nemen. Onder welke omstandigheden deze mogelijkheid benut kan worden is niet geheel duidelijk: in de literatuur worden daaromtrent enkele randvoorwaarden geformuleerd.⁵ Afgezien van wat de randvoorwaarden zijn voor het toepassen van verdergaande maatregelen, is het überhaupt de vraag of lidstaten van de mogelijkheid om verdergaande maatregelen te nemen gebruik willen maken. Aangezien de Nederlandse regering geen verdergaande emissiereductiedoelstelling aanhoudt dan Europees-rechtelijk is vereist, doet zich momenteel de vraag naar de juridische mogelijkheid van verdergaande maatregelen praktisch gezien niet voor. Dat komt uiteraard anders te liggen zodra wel tot verdergaande broeikasgasemissiereducties besloten zou worden.⁶

5. Zie voor een discussie van de beperkingen – een beperking zou met name zijn indien de richtlijn totale harmonisatie beoogt – Jan H. Jans en Hans H.B. Vedder, *European Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2008, p. 103 e.v. Zie ook recent de annotatie van L. Squintani bij HvJ EU 15 april 2010, *Men R* 2011/ 127.

6. In het Energierapport 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 510, nr. 45) wordt overigens de mogelijkheid van het verplichten tot bijstook van biomassa vermeld. De primaire beweegreden voor die maatregel is om de voor Nederland geldende bindende doelstelling hernieuwbare energie die verplicht is op grond van Richtlijn 2009/28/EG te bereiken. Zie hierna par. 2.5 en par. 3.

De Europeesrechtelijk gestelde mitigatiedoelstelling betreft momenteel 20% emissiereductie in het jaar 2020 in vergelijking met basisjaar 1990. Deze doelstelling wordt via verschillende maatregelen geïmplementeerd. De EU vervult met deze unilaterale doelstelling wereldwijd gezien een voortrekkersfunctie, maar tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat de 20% doelstelling lager is dan de door het IPCC geprojecteerde lastenverdeling voor de emissiereductie waarbij de ontwikkelde landen in 2020 25 tot 40% zouden moeten reduceren.⁷ Derhalve kan op voorhand worden geconstateerd dat de EU geen maximale inspanning verricht ter reductie van de broeikasgasemissies ter afwending van potentiële schade.

2.2 Broeikasgasemissiehandel en CCS

Het instrument van broeikasgasemissiehandel is reeds uitvoerig besproken in de Nederlandse maar vooral ook de Engelstalige literatuur.⁸ Beknopt gesteld wordt met dit instrument een EU-wijd maximum gesteld aan de uitstoot van met name kooldioxide afkomstig van bronnen die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Kolencentrales vallen daaronder.⁹ Vanaf 2013 zullen kolencentrales geen gratis rechten meer verkrijgen.¹⁰ De energie-industrie zal de emissierechten voortaan via een veiling moeten aanschaffen en indien nodig ook via de secundaire markt, dus met name aankoop bij andere emittenten of bij emissierechtenhandelaren.

Het instrument van emissiehandel betekent in essentie dat kolencentrales kunnen kiezen hoeveel kooldioxide zij zullen uitstoten, waarbij – naast andere factoren, zoals de prijs van de kolen zelf en de vraag naar via fossiele energie opgewekte elektriciteit – de prijs van de emissierechten invloed kan hebben op deze besluitvorming. Het is een belangrijke vraag in hoeverre de prijs van de emissierechten nu werkelijk

7. IPCC, Fourth Assessment Report, Working Group III, chapter 13, Box 13.7, p. 776. De doelstelling richt zich op het garanderen van een maximum van 450 ppm CO₂ equivalent. Een minder vergaand doel, te weten 550 ppm CO₂ equivalent, zou een emissiereductie van 10 tot 30% vergen van ontwikkelde landen. Tevens worden de noodzakelijke inspanningen van ontwikkelingslanden aangegeven; deze zijn gerelateerd aan een vermindering van de emissies in vergelijking tot wat zou gebeuren zonder dat enige maatregel getroffen zou worden (het in mijn ogen lastig definieerbare criterium 'business as usual').

8. Vele artikelen verschenen bijvoorbeeld in het specialistisch tijdschrift *Carbon & Climate Law Review*, maar zie ook artikelen bijvoorbeeld in het *Journal of Environmental Law* en het *European and Energy Law Review*. Voorts zijn tal van boeken verschenen zoals B. Hansjürgens, *Emissions Trading for Climate Policy*, Cambridge 2005, en M.G. Faure & M. Peeters, *Climate Change and European Emissions Trading: Lessons for Theory and Practice*, Edward Elgar 2008.

9. Zie art. 3h en Annex I van Richtlijn 2003/87/EG (de gepubliceerde geconsolideerde versie van 25 juni 2009).

10. Maar zie de voor Oost-Europese landen gemaakte uitzondering in art. 10c van Richtlijn 2003/87/EG (de gepubliceerde geconsolideerde versie van 25 juni 2009).

sturend werkt: op dat punt is nader onderzoek nodig. Duidelijk is dat de kolencentrales in principe de prijs voor de emissierechten zullen doorberekenen naar de afnemers van de energie. Vanwege dit effect is in de richtlijn broeikasgasemissiehandel dan ook de mogelijkheid opgenomen dat lidstaten financiële steunmaatregelen kunnen toepassen voor de industrie die afhankelijk is van de elektriciteit van de kolencentrales. Het staatssteunregime is van toepassing op deze nationale maatregelen.¹¹ Indien deze steunmaatregelen worden gegeven aan belangrijke afnemers van de kolenenergie, lijkt het effect van de prijs van de emissierechten op de besluitvorming door kolencentrales te verminderen. De duurdere elektriciteit wordt dan immers toch wel afgenomen. Bovendien lijkt aannemelijk dat de besluitvorming en vestiging en continuering van een kolencentrale – een installatie waarvoor een hoge investering moet worden gedaan en die een doorlooptijd kent van tientallen jaren – in hoge mate door andere factoren wordt beïnvloed dan de prijs van de emissierechten. Met andere woorden, hoe de invloed van de prijs van de emissierechten op de besluitvorming van de kolencentrales nu werkelijk is, en of dit tot een vermindering van kooldioxide-emissies leidt, zou voorwerp van onderzoek moeten zijn.

Het systeem van broeikasgasemissiehandel brengt met zich mee dat de individuele bedrijven – waaronder kolencentrales – aanzienlijke emittenten kunnen zijn. Er is niettemin een technologische oplossing in ontwikkeling om kooldioxide-emissies naar de atmosfeer te vermijden: dit betreft het opvangen van de bij productie vrijkomende kooldioxide en het onder de grond opslaan daarvan. Er is een EU-richtlijn aangenomen (de CCS-richtlijn) die een kader geeft voor vergunningverlening en aansprakelijkheid, en tevens enkele aanpassingen doorvoert van de richtlijn broeikasgasemissiehandel.¹² De toepassing van CCS zal vermoedelijk met name plaatsvinden indien sprake is van financiële steun van overheidswege: de techniek voor het afvangen en opslaan van kooldioxide is duur.¹³ De prijs van de broeikasgasemissierechten is vooralsnog niet hoog genoeg om individuele bedrijven te verleiden CCS toe te passen. Bovendien wordt de toepassing van CCS door verschillende bezwaren omgeven, zoals de vraag naar de milieueffecten van de opslag van het zure gas in de bodem, en de vraag naar veiligheid indien het gas in bewoonde gebieden wordt opgeslagen. Indien een kolencentrale niettemin, bijvoorbeeld vanwege subsidieverlening, overweegt te kiezen voor CCS zal de vraag opdoemen hoe het nu staat met de eventuele aansprakelijkheid in verband met het transport en de opslag

11. Art. 10a onder 6 Richtlijn 2003/87/EG (de gepubliceerde geconsolideerde versie van 25 juni 2009).

12. Dit betreft Richtlijn 2009/31/EG; zie daarover M.M. Roggenkamp, K.J. de Graaf & J.M. Holwerda, 'Afvang, transport en opslag van CO₂', *M en R* 2010/9.

13. Voortschrijdende technologische inzichten kunnen wellicht tot goedkopere en/of energievriendelijkere afvangtechnieken leiden, zie over de techniek 'chemical looping' *Kamerstukken II* 2010/11, Aanhangsel van de Handelingen nr. 3045.

van het gas. We zien hier een verschuiving van de aansprakelijkheidsvraag: indien geen kooldioxide wordt uitgestoten is er immers geen aanleiding meer om na te denken of een kolencentrale aansprakelijk zou zijn voor klimaatschade, aangezien er niet geëmitteerd is. Wel kan de vraag ontstaan wie aansprakelijk is voor eventuele schade door transport en/of opslag (en het eventuele weglekken of plotseling wegvloeien) van CO₂. In plaats van een discussie over eventuele aansprakelijkheid in verband met de uitstoot van het gas zal de discussie dus gaan over eventuele aansprakelijkheid voor schade ontstaan in verband met transport en/of opslag van het gas. Voor dat laatste biedt de EU-regelgeving (de CCS-richtlijn) een regime, voor het eerste niet.¹⁴ Met andere woorden: in het geval van CCS heeft de Europese wetgever het zich aangetrokken om een aansprakelijkheidsregeling in het leven te roepen, terwijl dit niet het geval is bij de regeling van de emissies van broeikasgassen.

Indien een kolencentrale niet kiest voor CCS, dan blijft niettemin de vraag aan de orde of een individueel bedrijf verantwoordelijk kan worden gehouden voor eventuele klimaatschade als gevolg van de emissies. Op deze vraag wordt in paragraaf 4 teruggekomen: duidelijk mogen zijn dat voor het vestigen van aansprakelijkheid voor klimaatschade aanzienlijke barrières bestaan, zoals met name de vraag hoe je nu de klimaatschade kunt toerekenen naar gedragingen van één individuele emitter.¹⁵ Voor dit moment wordt vastgesteld dat het Europese regime, de Richtlijn broeikasgasemissiehandel, geen uitspraak doet over een eventuele vrijwaring voor aansprakelijkheid ten gevolge van de broeikasgasemissies.

2.3 *De regeling van industriële emissies*

De IPPC-richtlijn kent als zodanig geen expliciete bepaling dat kooldioxide via de vergunningverlening zou moeten worden gereguleerd. Opvallend is dat in bijlage III bij de IPPC-richtlijn (waarin de stoffen worden vermeld ten aanzien waarvan emissiegrenswaarden in de vergunning moeten worden opgenomen) CO₂ niet expliciet is vermeld. Dit is ook niet het geval in bijlage II bij de IE-richtlijn.¹⁶ Dit doet de vraag rijzen hoe de vergunningverlening eruit moet zien met betrekking tot dit broeikasgas.¹⁷ Gelet op de integrale doelstelling van de IPPC-richtlijn en de IE-

14. Overigens is hiermee niet gesteld dat de aansprakelijkheidsregeling uit het CCS-regime een optimale voorziening betreft.

15. Zie daarover in deze bundel de bijdrage van Marga Robesin.

16. Richtlijn 2010/75/EU van het Europees parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) (herschikking): zie art. 9.

17. Gegevens over de wijze waarop kooldioxide geregeld werd in de IPPC-vergunning voordat in 2003 de broeikasgasemissiehandelrichtlijn werd aangenomen of nadien voor bedrijven die niet onder het broeikasgasemissiehandelssysteem vallen zijn deze auteur niet bekend.

richtlijn lijkt het niettemin aannemelijk dat ook broeikasgassen onder de vergunningplicht vallen. Echter, de in 2003 aangenomen broeikasgasemissiehandelsrichtlijn heeft tot een wijziging geleid van de IPPC-richtlijn, voortgezet in artikel 9 van de IE-richtlijn, waardoor de emissie van kooldioxide (en andere broeikasgassen) is uitgeoekt van het vergunningensysteem.¹⁸ Hierdoor mag de 'IPPC-vergunning' voor bedrijven die onder het Europese emissiehandelssysteem vallen geen emissiegrenswaarde voor directe emissies van dat gas meer bevatten, tenzij dat noodzakelijk is om te verzekeren dat er geen significante plaatselijke verontreiniging wordt veroorzaakt.¹⁹ Dit betekent dat voor zover bedrijven onder het broeikasgasemissiehandelssysteem vallen, er geen emissiegrenswaarden zouden mogen worden opgelegd in de Wabo-vergunning.²⁰ Evenmin mogen voorschriften ter bevordering van een zuinig gebruik van energie in de inrichting worden opgelegd: dit is een keuze van Nederland aangezien het Europese kader aan de lidstaten laat om te beslissen of energiezuinigheid onderdeel is van de milieuvergunningverlening.²¹ Het is overigens niet uitgesloten dat bij de integrale afweging in het kader van de vergunningverlening aandacht wordt besteed aan de invloed van een bepaalde techniek op de omvang van de uitstoot van de broeikasgassen.²² Op die wijze kan de vergunningverlening mogelijk toch enigszins van invloed zijn op de hoeveelheid uit te stoten broeikasgassen door een inrichting.

Voorts schrijft artikel 36 van de IE-richtlijn voor dat de exploitant van een grote stookinstallatie waarvoor een bouw- of exploitatievergunning is verleend na de inwerkingtreding van de CCS-richtlijn alsnog moet beoordelen of deze geschikt is voor CCS. Indien dat het geval is, moet ruimte worden vrijgemaakt om de kooldioxide af te vangen en te comprimeren. De richtlijn schrijft niet expliciet voor dat CCS moet worden toegepast, alhoewel de tekst op dat punt niet geheel duidelijk is.²³

18. Dientengevolge regelde art. 8.13a (3) Wm deze uithoeking, nu is dat art. 5.12 Besluit omgevingsrecht. Zie over het feit dat gelet op de uithoeking van broeikasgassen uit de IPPC-richtlijn de hoeveelheid kooldioxide die een inrichting emitteert geen weigeringsgrond kan opleveren voor de Wm-vergunning ABRvS 3 december 2008, *Men R* 2009/36 m.nt. Bogaart.

19. Art. 26 van Richtlijn 2003/87/EG. Interessant is de vraag wat niettemin toch de reguleringsruimte zou zijn voor een lidstaat in het licht van art. 176 EG-Verdrag, nu art. 193 VWEU.

20. Hier rijst niettemin de vraag wat de betekenis is van art. 193 VWEU dat immers toelaat dat er verdergaande maatregelen kunnen worden opgelegd door lidstaten. Op dit moment ontbreekt heldere jurisprudentie op dat punt. Zie hierna overigens de overweging dat lidstaten verdergaande eisen aan de uitstoot van broeikasgassen mogen opleggen.

21. Zie art. 5.12 Besluit omgevingsrecht.

22. Frans Oosterhuis & Marjan Peeters, *Integrale afweging bij vergunningverlening*, STEM-rapport 2010, beschikbaar via <www.evaluatiemilieuwetgeving.nl> (p. 27).

23. Zie verder precies art. 36 IE-richtlijn.

Concluderend kan worden gesteld dat de IPPC-richtlijn noch de nieuwe Richtlijn industriële emissies van grote betekenis is voor de reductie van broeikasgassen door kolencentrales. Door de uithoeking van onder meer kooldioxide uit de 'IPPC-vergunning' respectievelijk de 'IE-vergunning' en de keuze van Nederland om de mogelijkheid tot het stellen van energiezuinigheidseisen via vergunningsvoorschriften niet te benutten bestaat er geen mogelijkheid om via de Wabo-vergunning emissies te beteugelen, behalve misschien via een indirecte weg namelijk via de uitkomst van een integrale afweging.

Niettemin kan toch de vraag naar de mogelijkheid tot het stellen van maatregelen ter beperking van broeikasgasemissies anders dan emissiegrenswaarden opleven, met name ook door een bijzondere overweging in de preambule van de IE-richtlijn.²⁴ Uitdrukkelijk staat daarin een opmerking over de mogelijkheid om op nationaal niveau verdergaande beschermingsmaatregelen te stellen, waaronder eisen ten aanzien van broeikasgasemissies:

'Overeenkomstig artikel 193 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is het lidstaten door de onderhavige richtlijn niet verboden verdergaande beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen, bijvoorbeeld eisen ten aanzien van de uitstoot van broeikasgassen, op voorwaarde dat deze maatregelen verenigbaar zijn met de Verdragen en dat de Commissie op de hoogte is gesteld.'

Hier staat dus iets anders dan 'emissiegrenswaarden', en de vraag rijst welke verdergaande maatregelen op lidstatelijk niveau inderdaad mogelijk zouden zijn. In het Verenigd Koninkrijk – waar een verdergaande klimaatambitie wordt nagestreefd, neergelegd in de Climate Change Act 2008 – wordt overwogen om nieuwe kolencentrales (en eventueel kolencentrales die een belangrijke wijziging ondergaan) een 'emissions performance standard' op te leggen waarmee een jaarlijkse maximale hoeveelheid emissies wordt vastgelegd.²⁵ Hier zal zich de vraag voordoen of een dergelijke 'emissions performance standard' gelijk is aan de term 'emissiegrens

24. Het betreft overweging 10 van de preambule.

25. Department of Energy & Climate Change, Electricity Market Reform. Consultation Document, december 2010. In het consultatiedocument wordt op p. 6 over de emission performance standard het volgende gesteld: 'A back-stop to limit how much carbon the most carbon intensive power stations – coal – can emit.' En: 'An Emissions Performance Standard (EPS) is a regulatory limit on the amount of carbon dioxide released into the atmosphere from a source (or sources) of electricity generation.' (p. 69). Zie over het jaarlijkse individuele plafond p. 70.

waarde' uit de IPPC/IE-richtlijn, en of er geen overige juridische beperkingen zijn voor het treffen van zo een verdergaande maatregel.²⁶

2.4 *De richtlijn milieuaansprakelijkheid*

Op het eerste oog zou men denken dat de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (Richtlijn 2004/35/EG) van geen betekenis is voor het opleggen van maatregelen aan bedrijven die broeikasgasemissies uitstoten of wensen uit te stoten. Artikel 4 lid 5 van de richtlijn bepaalt immers:

‘Deze richtlijn is alleen van toepassing op milieuschade of op een onmiddellijke dreiging van dergelijke schade als gevolg van diffuse verontreiniging waarbij een oorzakelijk verband kan worden gelegd tussen de schade en de activiteiten van individuele exploitanten.’

Het leggen van het hierboven genoemde oorzakelijk verband tussen schade en activiteiten van individuele exploitanten is een potentiële belemmering voor het opleggen van preventieve maatregelen of van herstelmaatregelen in de zin van de Richtlijn milieuaansprakelijkheid.²⁷ Echter, het hangt af van de interpretatie van deze bepaling of de toepassing van de richtlijn al dan niet mogelijk is. Bepalend kan zijn hoe de richtlijn wordt uitgelegd in het licht van het in artikel 191 VWEU neergelegde voorzorgsbeginsel. Wellicht kan tot een interpretatie worden overgegaan inhoudende dat er voldoende aanwijzingen zijn dat activiteiten van individuele emittenten zullen (kunnen) leiden tot schade aan bijvoorbeeld (onder de reikwijdte van het regime vallende) natuur, en dat daarmee aan de eis van artikel 4 lid 5 is voldaan. Dit lijkt een uiterst vergaande gedachte, maar als mede onder invloed van het voorzorgsbeginsel zou worden beredeneerd dat nu eenmaal aangenomen moet worden dat emittenten van broeikasgasemissies ieder naar gelang hun hoeveelheid emissies

26. De definitie van een emissiegrenswaarde is volgens art. 2 IE- richtlijn: ‘De massa, gerelateerd aan bepaalde specifieke parameters, de concentratie en/of het niveau van een emissie die gedurende een of meer vastgestelde perioden niet mogen worden overschreden’. Dit lijkt op de genoemde emissions performance standard, maar de uiteindelijk in het VK te ontwikkelen wettelijke regeling zal dat hopelijk duidelijk maken.

27. Een andere potentiële belemmering is het feit dat het onduidelijk is of broeikasgasinstallaties onder de reikwijdte vallen van Annex III van de richtlijn: de Richtlijn broeikasgasemissiehandel wordt daarin niet genoemd. Wel wordt de IPPC-richtlijn genoemd: langs die weg zou annex III mogelijk van betekenis kunnen zijn, maar dan rijst de vraag hoe het feit dat het stellen van emissiegrenswaarden is uitgehoekt voor IPPC-installaties die tevens EU ETS-installatie zijn in dit geval moet worden gewaardeerd. Wel is het zo dat Annex III niet relevant is voor de toepassing van schuldaansprakelijkheid voor schade aan natuur (art. 3(1)(a)). Broeikasgasinstallaties vallen ten minste onder deze mogelijkheid (maar dan is dus het regime van schuldaansprakelijkheid van toepassing).

bijdragen aan de opwarming van de aarde en resulterende schade, dan zou wellicht toch van een mogelijkheid kunnen worden uitgegaan dat het regime van de richtlijn ook op hen van toepassing is, in het bijzonder voor wat betreft preventieve acties in de zin van artikel 5 van de richtlijn. Bij een preventieve actie is het misschien minder noodzakelijk om een precieze mogelijkheid te ontstane schade aan te wijzen, maar zou het voldoende kunnen zijn om aan te geven dat significante schade zou kunnen ontstaan aan bovendien wel méér dan één door de richtlijn beschermd natuurgebied.²⁸ Wel geldt hier de eis dat sprake moet zijn van een ‘onmiddellijke dreiging’, een term die nadere interpretatie behoeft. Het is hier de vraag of een uitstoot in het heden – die met hoge mate van waarschijnlijkheid kan bijdragen aan een milieuschade op langere termijn – kan worden gekwalificeerd als een activiteit met een onmiddellijke dreiging. Indien het naar inzicht van de natuurwetenschap duidelijk zou zijn dat indien een uitstoot wordt opgestart of voortgezet, er een onmiddellijke dreiging bestaat dat op langere termijn milieuschade ontstaat, dan is de invulling van deze conditie niet onmogelijk (maar wel een rekkelijke interpretatie).

Het is dus zeer de vraag of de condities van de Richtlijn milieuaansprakelijkheid zo worden uitgelegd dat broeikasgasuitstoot die bijdraagt aan natuurschade hieronder kan vallen. Niettemin heeft het Hof van Justitie in een bodemsaneringzaak reeds blijk gegeven van een soepele benadering van de interpretatie van het oorzakelijke verband in geval van herstel van diffuse verontreiniging – hetgeen natuurlijk niet wil zeggen dat dit ook zou gebeuren voor de broeikasgasemissies.²⁹ Echter, als onder het nationale civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht tot creatieve constructies zou worden gekomen om aansprakelijkheid te creëren voor broeikasgasemittenten, waarom zouden dan niet onder het publiekrechtelijke regime – te weten de Richtlijn milieuaansprakelijkheid – dergelijke benaderingen verkend worden? De

28. Het European Environment Agency heeft reeds aangegeven dat de toename van temperatuur reeds ernstige gevolgen heeft gehad op het klimaatsysteem, en ze wijst op enkele gevolgen voor de natuur zoals de afname van de omvang van gletsjers en Arctisch ijs. Het European Environment Agency heeft in haar rapport ‘The European Environment State and Outlook 2010. Understanding Climate Change’ aangegeven dat de verhoging van temperatuur in Europa forser is dan op wereldwijde schaal het geval is: 1.3 C in Europa en tussen de 0.7 en 0.8 C wereldwijd. Uiteraard blijft het van belang goed te kijken naar de kwaliteit van dergelijke rapporten en of er andere natuurwetenschappelijke inzichten zijn, maar dit gaat buiten het bestek van deze bijdrage.

29. C-378/08, *M en R* 2010/8, jur. nr. 71 m.nt. Edward Brans en Lorenzo Squintani. Annotatoren geven aan dat het Nederlandse recht zich niet lijkt te verzetten tegen de soepele benadering zoals aangehouden in deze zaak. In de Nederlandse wetgeving is geen specifieke bepaling opgenomen over het aannemen van causaal verband en aan de rechter is een ruime rol gelaten inzake het bepalen daarvan. Interessant zou zijn indien een verzoek om preventieve maatregelen zou worden ingediend door een derde: in dat geval zou het bestuursorgaan en mogelijk, bij beroep, de rechter duidelijkheid moeten geven over de vraag hoe het lastige vraagstuk van het causale verband wordt gezien bij preventieve actie.

grondgedachte van de Richtlijn milieuaansprakelijkheid, het beginsel de vervuiler betaalt, zou immers hiermee benadrukt worden. Bovendien zou het kunnen zijn dat de richtlijn – en daarmee ook de uitvoering van de richtlijn – wordt geïnterpreteerd in het licht van het in het Europese recht gecodificeerde voorzorgsbeginsel, hetgeen juist bij de beoordeling van de noodzaak tot preventieve actie relevant kan zijn. Het voorzorgsbeginsel is echter niet onomstreden en de mogelijke functie van dit beginsel bij toepassing van de Richtlijn milieuaansprakelijkheid is daarom dan ook moeilijk voorspelbaar.

In ieder geval is duidelijk, dat indien de Richtlijn milieuaansprakelijkheid niet een kader biedt voor preventieve of herstelacties door broeikasgasemittenten – hetgeen nu de communis opinio lijkt –, teruggevallen zal moeten worden op creatieve mogelijkheden via het nationale (civiele) recht.³⁰

2.5 Afsluiting

Het bovenstaande overzicht laat zien dat met het huidige publiekrechtelijke kader – dat sterk ingevuld is door EU-richtlijnen op het terrein van klimaatbescherming – nog steeds forse broeikasgasemissies kunnen worden gepleegd door kolencentrales. Het broeikasgasemissiehandelssysteem is weliswaar een regime ter beheersing van een maximale omvang van de emissies in de gehele EU, maar het zal vermoedelijk tot gevolg hebben dat kolencentrales nog steeds aanzienlijke emissies kunnen blijven doen en niet geconfronteerd zullen worden met specifieke broeikasgasemissielimieten in bijvoorbeeld hun Wabo-vergunning. De prijs van de emissierechten zou zelfs te laag kunnen blijken om de beslissingen van de exploitanten van kolencentrales bij te sturen richting hernieuwbare energie.³¹ Hoe de prijs van emissierechten

30. In haar proefschrift 'An inconvenient deliberation' betoogt Miriam Haritz enerzijds dat tot een proactieve en creatieve benadering van de rol van het aansprakelijkheidsrecht moet worden overgegaan, maar tegelijkertijd lijkt zij de heersende uitleg te volgen inhoudende dat de Richtlijn milieuaansprakelijkheid geen handvat biedt voor preventieve actie en herstelacties door broeikasgasemittenten. Miriam Haritz, *An inconvenient deliberation* (diss. Maastricht), 2010. Zie voorts ook Gerd Winter e.a., 'Weighing up the EC Environmental Liability Directive', *Journal of Environmental Law* 20:163-191, 2008, p. 172, waar zij schade door klimaatverandering vergelijken met schade door natuurrampen, welke schade is uitgesloten van het toepassingsbereik van de richtlijn. Zij stellen dat het onwaarschijnlijk is dat een individueel bedrijf aangewezen kan worden als veroorzaker. Ze behandelen in dit verband echter niet de vraag of een preventieve actie wel denkbaar zou zijn. Voorts heeft de Europese Commissie opgemerkt dat kooldioxide-emissies gelden als voorbeeld van een diffuse verontreiniging waarvoor aansprakelijkheid niet geschikt zou zijn: White paper on Environmental liability, COM/2000/0066 final dat.

31. Interessant is dat in het Verenigd Koninkrijk wordt overwogen om een minimumprijs voor de emissierechten in te voeren, zie Department of Energy & Climate Change, Electricity Market Reform. Consultation Document, december 2010, p. 38. De richtlijn broeikasgasemissiehandel geeft daarvoor geen expliciete voorziening.

(en de rol van steunverlening aan energieafnemers maar ook steun aan CCS) werkelijk effect heeft op broeikasgasreducerende maatregelen is een nog belangrijke nader te beantwoorden vraag.

Eén belangrijke optie ter reductie van broeikasgasemissies van kolencentrales is inmiddels in ontwikkeling: dat betreft de CCS-techniek. Indien die techniek veilig en milieuacceptabel wordt bevonden, dan zou het een optie zijn voor kolencentrales. Wellicht zou CCS dan worden gezien als een preventieve maatregel die door deze kolencentrales genomen zou moeten worden ter afwending van klimaatschade. Of deze route de meest verstandige is, is onduidelijk: beleidsmatig gezien kan bovendien een zware nadruk op (overheidsfinanciering van) CCS voor kolengestookte centrales een belemmering vormen voor het met veel intensiteit inzetten op en subsidiëren van duurzame energiebronnen zoals wind, zon en waterkracht.

Naast het bovenstaande overzicht zijn enkele aanpalende maatregelen die eventueel invloed kunnen hebben op kolengestookte elektriciteitsopwekking onbesproken gebleven. Dit betreft met name de Richtlijn hernieuwbare energie (richtlijn ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen, Richtlijn 2009/28/EG). Deze richtlijn verlangt van lidstaten dat in 2020 20% van de energieconsumptie uit hernieuwbare energie bestaat. Voor elke lidstaat geldt een individuele doelstelling: voor Nederland geldt een percentage van 14% hernieuwbare energie in 2020. Indien het systeem van broeikasgasemissiehandel stringent genoeg zou zijn, dan zou een aparte Europese maatregel om 20% hernieuwbare energie verplicht te stellen niet nodig zijn.³² Deze hernieuwbare-energiemaatregel illustreert dat de doelstelling van de Richtlijn broeikasgasemissiehandel slechts een beperkte is: van de prijs van de emissierechten wordt klaarblijkelijk geen dusdanig grote stimulans voor hernieuwbare energie verwacht dat deze de 20% hernieuwbare-energiedoelstelling mogelijk maakt.

In hoeverre de richtlijn hernieuwbare energie invloed heeft op keuzes inzake het investeren in bestaande en nieuwe kolencentrales is niet bekend, althans niet bij de auteur dezes. Wel is er mogelijk een neveneffect, namelijk juist een stimulans voor het in stand houden van kolengestookte centrales vanwege de gewenste bijstook van biomassa omdat de richtlijn hernieuwbare energie de lidstaten verplicht tot meer hernieuwbare energie, waaronder biomassa. Deze biomassa kan in kolengestookte centrales worden bijgestookt. Er zou minder stookmogelijkheid voor biomassa zijn als er minder kolengestookte centrales zijn. Bovendien wordt bijstook van biomassa

32. Althans niet om redenen van klimaatbescherming.

door de regering gezien als een goedkope vorm van hernieuwbare energie.³³ De Richtlijn hernieuwbare energie lijkt in zekere mate dus een prikkel te geven aan lidstaten om juist een bepaalde hoeveelheid kolengestookte centrales aan te houden om daarmee het aandeel biomassa op peil te houden teneinde de 20% hernieuwbare-energie doelstelling te behalen. In 2011 is dan ook het beleidsvoornemen bekend gemaakt om kolencentrales te gaan verplichten tot bijstook van biomassa, dit in het licht van het naleven van de voor Nederland geldende verplichting tot 14% hernieuwbare energie in 2020.³⁴ Deze maatregel zou echter vooralsnog niet op korte termijn verplicht worden gesteld, aangezien het wordt gekoppeld aan de evaluatie van de subsidieregeling voor hernieuwbare energie in 2014.³⁵

3 Aanscherping van regulering: nationale initiatieven

3.1 *Introductie: het waterbedeffect*

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat het publiekrechtelijke kader accepteert dat er kolengestookte centrales zullen zijn die nog een aanzienlijke hoeveelheid kool-dioxide kunnen emitteren. De precieze invloed van de prijs van de emissierechten op de beslissingen van kolencentrales om de kooldioxide-emissies te reduceren is onbekend.³⁶ Er zijn voorts geen maatregelen uitgevaardigd zoals specifieke broeikasgasemissierestricties (inclusief energiebesparingsmaatregelen) voor kolencentrales dan wel een verplichting tot CCS zodra die techniek acceptabel zou worden bevonden.

Het in de EU gekozen systeem van broeikasgasemissiehandel brengt voorts met zich mee dat het lidstaten niet stimuleert te overwegen om verdergaande eisen op te leggen aan kolengestookte elektriciteitscentrales. Vanwege de sterke centralisatie van het systeem door Richtlijn 2009/29/EG zal een emissiereductie bij kolengestookte centrales in Nederland er toe leiden dat elders, bij andere bedrijven waar dan ook in de EU, ruimte ontstaat om meer te emitteren. Immers, de totale toegestane hoeveelheid broeikasgasemissies in de EU blijft hetzelfde: deze verandert niet indien één lidstaat een individueel bedrijf of een sector zou verplichten tot verdergaande maatregelen. De niet gebruikte emissierechten kunnen dan door andere bedrijven benut

33. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 510 nr. 45, p. 22 (Energierapport 2011).

34. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 510 nr. 45, p. 22-23 (Energierapport 2011). Daarbij wordt tevens de invoering van een leveranciersverplichting voor hernieuwbare energie (in de overwegingen) meegenomen.

35. *Kamerstukken II* 2010/11, 29 023, nr. 109, p. 26. De subsidieregeling betreft de zogenoemde SDE-plus regeling.

36. Delarue e.a. waarschuwen voor een te simplistische verwachting dat de prijs de bedrijfsbeslissingen zal sturen, zie Erik D. Delarue e.a., 'Short-term CO₂ abatement in the European Power Sector: 2005-2006', *Climate Change Economics*, vol. 1, no. 2 (2010), p. 131-133.

worden.³⁷ Dit effect wordt ook wel het waterbedeffect genoemd.³⁸ Bezuinigingen op emissies bij de ene bron betekent dat de niet benutte emissierechten kunnen worden aangewend door een andere bron. Indien bijvoorbeeld via een wijziging van de Wabo – als dat Europeesrechtelijk mogelijk zou zijn – kooldioxide-emissielimieten worden opgelegd aan kolencentrales (en andere emittenten) dan betekent die maatregel niet dat in Nederland of in de EU minder geëmitteerd zou worden. Ook een individuele vrijwillige reductie van kooldioxide (bijvoorbeeld door een afspraak met een milieuorganisatie) leidt niet tot een algehele vermindering van kooldioxide in de EU. Dat zou alleen anders zijn indien ook andere broeikasgasemittenten vrijwillig tot reductie overgaan, dan wel door unilaterale maatregelen of via civielrechtelijke procedures gedwongen worden hun broeikasgasemissies te beperken.

Dit waterbedeffect treedt niet op indien de bespaarde broeikasgasemissierechten daadwerkelijk uit de markt zouden worden gehaald. Een nader te onderzoeken maatregel zou dan ook kunnen zijn dat de overheid de rechten die niet meer nodig zijn vanwege aangescherpte nationale regelgeving voor de broeikasgasinstallaties niet veilt en dus niet op de markt zet.³⁹ De Staat der Nederlanden loopt dan inkomsten mis maar bereikt wel echte broeikasgasreductie: voorkomen wordt dat de emissiebesparing vanwege de nationale regelgeving alsnog wordt gebruikt. Het is wrang te constateren dat een nationale verdergaande maatregel voor kolengestookte industrie dus kosten met zich meebrengt vanwege het in 2009 gewijzigde EU ETS (immers, de kosten – in feite gemiste inkomsten – ontstaan vanwege het uit de markt halen van de rechten door de overheid). Het valt niet te verwachten dat een lidstaat een dergelijke maatregel zal treffen. In dit verband is interessant te bezien hoe het Verenigd Koninkrijk, waar unilateraal een verdergaande doelstelling is aangenomen in vergelijking met de EU, met deze materie wordt omgegaan.⁴⁰

Ondanks de hierboven geconstateerde belemmering voor nationale maatregelen voor kolengestookte elektriciteitscentrales is er in Nederland een initiatief geweest tot verdergaande regulering via een kolenbelastingmaatregel. Dit initiatief – ingediend vlak na het verschijnen in januari 2008 van het Commissievoorstel tot aanpassing van de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn – zal hieronder worden be-

37. In theorie zou er ook een overschot aan rechten kunnen ontstaan.

38. PBL, *Consequences of the European Policy Package on Climate and Energy*, Bilthoven, 2008, p. 38 (<www.mnp.nl>).

39. Hier rijst de vraag of er in feite een verplichting is voor de lidstaten om alle mogelijke EU ETS-rechten te alloceren. Een te onderzoeken alternatief is misschien dat de overheid een hoeveelheid rechten opkoopt uit de markt en deze vervolgens niet benut.

40. Op dit punt is – voor zover bekend – nog geen literatuur beschikbaar.

sproken.⁴¹ Vanwege het praktische maar zeer belangrijke waterbedeffect zal de bespreking beknopt zijn.

3.2 Kolenbelastingmaatregel

Interessant is dat in Nederland is gepoogd om specifiek voor kolengestookte elektriciteitscentrales een regime voor verdere reducties tot stand te brengen. Op 28 februari 2008 is hiertoe een initiatiefwetsvoorstel ingediend door Tweede Kamerlid Duyvendak. De behandeling is later voortgezet door Kamerlid Vendrik en daarna door Van Tongeren.⁴²

Het voorstel beoogt om de in de ‘Wet belastingen op milieugrondslag’ opgenomen belasting op kolen te verhogen en tegelijkertijd een fiscale vrijstelling voor kolen die gebruikt worden voor het opwekken van elektriciteit te verlagen. Dat laatste geldt indien de centrale meer uitstoot dan 555g/kWh.⁴³ Door de hiermee te bereiken tweeledige verzwaring van de belasting op kolen wordt een financiële prikkel beoogd teneinde over te gaan tot het afvangen van kooldioxide om deze ondergronds op te slaan. Indien echter het EU ETS in 2011 tot een voldoende hoge marktprijs zou leiden (meer dan 50 euro) voor de emissierechten, zou afgezien worden van de inwerkingtreding van de wet en daarmee van de fiscale vernieuwingen.⁴⁴ Immers, de financiële prikkel om tot vermindering van CO₂-emissies te komen met name door de toepassing van CCS zou dan hoog genoeg zijn.⁴⁵

41. Het commissievoorstel dateert van 23 januari 2008; het initiatiefvoorstel dateert van 28 februari 2008.

42. *Kamerstuknummer* 31 362. Bij afsluiting van deze bijdrage bleek dat in de agenda voor de Tweede Kamer het wetsvoorstel wordt genoemd als aangemeld voor bespreking (re- en dupliek) maar niet geagendeerd. Het initiatiefwetsvoorstel is overigens ingediend voordat de tekst bekend werd van het in december 2008 overeengekomen nieuwe EU ETS-systeem met het EU-wijde plafond. Het moge duidelijk zijn dat de vormgeving van nationale verdergaande regulering afhankelijk is van hetgeen op EU-niveau is geregeld. In de loop van het proces van behandeling van het wetsvoorstel kan het effect van het nieuwe systeem in aanmerking worden genomen.

43. De technische discussie onder Kamerleden leert dat kolenvergassingsinstallaties – waar een grotere hoeveelheid bijstook van onder meer biomassa kan plaatsvinden – de norm beter kan halen dan traditionele kolencentrales. Kolenvergassingsinstallaties zonder bijstook zouden echter hogere kooldioxide-emissies hebben dan traditionele centrales, zie de beraadslaging in de Tweede Kamer op 20 mei 2010 (Beperking emissies kolencentrales): *Kamerstukken II* Handelingen 2009/10, nr. 86, p. 86-7302.

44. De Raad van State was op dit punt kritisch en stelde een andere benadering voor; dit advies is niet overgenomen, zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 362, nr. 4 (advies en nader rapport).

45. Zie over de ontwikkeling van de prijs de Europese Commissie, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage Brussels, 26.5.2010 COM(2010) 265 final. Bij een doelstelling van 30% reductie zou de prijs in plaats van 16 euro 30 euro zijn. De vraag is natuurlijk met welke zekerheid van dergelijke voorspellingen uitgegaan kan worden.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel is door de indiener aangegeven dat ook andere mogelijkheden dan opvangen van CO₂ tot de beoogde gevolgen behoren: te denken valt aan het bijstoken van biomassa (waarmee de CO₂-emissies van de centrale verminderd zouden worden) of het aanbrengen van technische veranderingen aan de centrale. Het voorstel wordt in wezen als technologie-neutraal gekwalificeerd: kolengestookte centrales worden duurder en het is aan de beheerders van die centrales om gelet op de kolenbelasting over klimaatvriendelijke opties na te denken.⁴⁶ Het bewegen tot alternatieve energie (anders dan biomassa) wordt daarbij overigens niet expliciet genoemd.⁴⁷ Bij de bespreking door de Kamer is wel in inventariserende zin gesproken over de eventuele mogelijkheid tot een bijstookverplichting inzake biomassa.⁴⁸ Ook is stilgestaan bij het feit dat ten gevolge van de kolenbelasting het waterbedeffect kan optreden.⁴⁹

3.3 Emissiegrenswaarden

Voorts is op het hiervoor besproken initiatiefwetsvoorstel een amenderingsvoorstel ingediend met de bedoeling een emissiegrenswaarde te regelen voor de directe emissie van broeikasgassen door elektriciteitscentrales.⁵⁰ Die emissiegrenswaarde zou direct van toepassing zijn op nieuwe elektriciteitscentrales. Inrichtingen die vóór 1 januari 2013 een vergunning hebben verkregen zouden deze emissiegrenswaarde moeten opvolgen met ingang van 1 januari 2025. Vanaf die datum zou de in het initiatiefvoorstel aangekondigde drempel voor vrijstelling van de belasting vervallen. De hoogte van de emissiegrenswaarde zou bij AMvB worden vastgesteld. Daarbij zou, althans volgens de toelichting, gestreefd worden naar een zo scherp mogelijke norm, die aansluit bij de beste beschikbare techniek. De indiener van dit

46. Handelingen *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 86, p. 86-7302.

47. Handelingen *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 86, p. 86-7296.

48. Zie de Handelingen *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 85 en nr. 86, respectievelijk p. 7155-7167 en p. 7294-7310.

49. Hierop wordt gewezen in het kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 362, nr. 12, p. 3.

50. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 362, nr. 11 (amendement van het lid Van Gent c.s.). Zie kort Handelingen *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 86, p. 86-7300 inzake bestaande rechten (vergunningen). De volgende regeling voor een emissielimiet (in de vorm van een nieuw artikel voor de Wabo) werd voorgesteld: Artikel 2.22a

1. Aan een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder e, wordt, indien het een inrichting voor het opwekken van elektriciteit betreft waarop tevens de in artikel 16.5, eerste lid, van de Wet milieubeheer vervatte verboden betrekking hebben, een voorschrift verbonden, inhoudende een emissiegrenswaarde voor de directe emissie in de lucht van broeikasgassen als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer waarop ingevolge artikel 16.1, tweede lid, van die wet titel 16.2 van die wet van toepassing is. De hoogte van de emissiegrenswaarde wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld.
2. Op inrichtingen waarvoor voor 1 januari 2013 vergunning is verleend, is het eerste lid van toepassing met ingang van 1 januari 2025.

amenderingvoorstel gaat er klaarblijkelijk vanuit dat de aanvaarding van de regeling voor een emissiegrenswaarde mogelijk is in het licht van de IPPC-richtlijn en diens opvolger, de Richtlijn industriële emissies. Van regeringszijde is gewezen op de noodzaak van een advies van de Raad van State. Op 20 mei 2010 wordt dan ook door de Tweede Kamer besloten een aanvraag te doen voor een spoedadvies bij de Raad van State. Op 16 juni 2011 was dat advies echter nog niet verschenen.⁵¹ In de tussentijd is tevens gebleken dat op EU-niveau geen draagvlak is gevonden voor emissiegrenswaarden voor grote emittenten: de Richtlijn industriële emissies bevat daarover geen voorziening. Wel is opvallend de overweging van de richtlijn, zoals hiervoor vermeld in paragraaf 2.3, dat op nationaal niveau verdergaande eisen zouden mogen worden gesteld bijvoorbeeld voor broeikasgasemissies. De nader te beantwoorden vraag is in welke vorm dat dan zou kunnen, mede gelet op de uitdrukkelijk geregelde uithoeking van emissiegrenswaarden uit de milieuvergunning. In het amendement wordt precies een emissiegrenswaarde beoogd, hetgeen direct de vraag doet ontstaan hoe zich dit verhoudt met de in de Europese richtlijn aangegeven eis dat dit nu net niet zou moeten gebeuren vanwege de werking van het emissiehandelssysteem. In het amendement wordt voorts geen visie gegeven op het optredende waterbedeffect.⁵²

3.4 *Biomassa*

De regering heeft eerder aangegeven dat voor Nederland circa 4.900 MW aan nieuwe kolen-biomassacentrales is gepland, deels ter vervanging van oude kolen-centrales.⁵³ In de toelichting op het amendement waarmee emissiegrenswaarden voor kolengestookte energiecentrales worden voorgesteld, wordt aangegeven dat de noodzakelijke broeikasgasemissiereductie onder meer kan worden gerealiseerd door het bijstoken van biomassa.⁵⁴ Wel wordt aangegeven dat er bezwaren kleven aan biomassa. Gewezen wordt op bijeffecten op bijvoorbeeld biodiversiteit, voedselprijzen of de beschikbaarheid van water. Verder moet zijn verzekerd dat per saldo een broeikasgasreductie optreedt (rekening houdend met de productie van biomassa). Dit is dan ook reden waarom het kabinet wordt verzocht regels te stellen inzake de duurzaamheid van biomassa die wordt ingezet als brandstof in elektriciteitscentrales: artikel 9.2.2.1 Wm zou daarvoor een basis bieden. Tot op heden heeft het

51. Aldus de voorlichting van de commissie financiën van de Tweede Kamer. Bij afronding van de tekst van deze bijdrage was het advies nog niet beschikbaar.

52. Overigens is in het consultatiedocument van het Verenigd Koninkrijk daar ook geen aandacht aan besteed.

53. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 362, nr. 12, p. 4.

54. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 362, nr. 11, p. 3.

kabinet het formuleren van criteria voor het toepassen van biomassa in beraad.⁵⁵ In het Energierapport 2011 is voorts, zoals hiervoor reeds is vermeld, door het kabinet aangekondigd dat in 2014 tot een verplichte bijstook van biomassa zou kunnen worden overgegaan. Die verplichte bijstook wordt dan niet zozeer gezien als een middel tot broeikasgasreductie maar primair als een middel om de hernieuwbare energiedoelstelling voor Nederland (14% in 2020) te bereiken. Voorts is op 28 juni 2011 door de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu een 23 leden tellende Commissie duurzaamheidsvraagstukken biomassa ingesteld, met onder meer als taak om te adviseren over de verschillende aspecten van duurzaamheid van de productie en het gebruik van biomassa (en biobrandstoffen), met als uitgangspunt het vergroten van het volume duurzame biomassa in de Nederlandse economie.⁵⁶ De commissie is ingesteld tot 1 juli 2013, dus eindigend voordat in 2014 de overweging tot het verplichten tot bijstook van biomassa wordt afgerond.

3.5 Afsluiting

Bovenstaande bespreking laat zien dat er op nationaal niveau aan verschillende mogelijkheden tot regulering van de kolencentrales is gedacht. In de Tweede Kamer zijn onder meer een verzwaring van de belasting, het stellen van emisiegrenswaarden, en een bijstookverplichting met biomassa aan de orde geweest. Afgezien van het feit dat voor een dergelijke unilaterale nationale benadering (nog) geen politieke meerderheid is, wordt duidelijk dat het stellen van nationale regels stuit op het Europeesrechtelijk kader vanwege het waterbedeffect.⁵⁷ De in 2008 op EU-niveau ingezette reguleringsstrategie waarbij het emissiehandelssysteem sterk is gecentraliseerd impliceert een ontmoediging voor lidstaten om verdergaande eisen te stellen aan broeikasgasinstallaties zoals kolencentrales. Voor verplichte bijstook van biomassa lijkt dat anders te liggen, vanwege het feit dat dit als een middel wordt gezien ter naleving van de hernieuwbare energie-verplichting voor Nederland. Tegelijkertijd hebben de energieproducenten die de kolencentrales beheren een grote vrijheid om te beslissen hoeveel emissies zij zullen veroorzaken: die vrijheid ligt besloten in het emissiehandelssysteem. Het is wellicht juist die vrijheid die een aanknopingspunt biedt voor hun civielrechtelijke aansprakelijkheid voor klimaatschade. In de volgende paragraaf worden daarover enkele verkennende opmerkingen gemaakt.

55. Het gaat hier om de vaste biomassa die kan dienen voor bijstook in kolencentrales: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 357, nr. 29.

56. *Stcrt.* 2011, 11940. De commissie wordt geleid door mw. dr. D.J.M. Corbey.

57. Tevens is sprake van een enorme complexiteit van de te regelen materie: het vereist kennis van de wijze waarop kolencentrales beslissingen nemen (hoe kunnen die worden beïnvloed met een prijsmechanisme?), maar ook kennis van neveneffecten (zoals de mogelijke negatieve effecten van meer biomassa op onder meer biodiversiteit en voedselvoorziening).

4 Naar aansprakelijkheid

4.1 Inleiding

Deze bijdrage stelt de vraag centraal of er gelet op de geldende publiekrechtelijke normering van de broeikasgasuitstoot door kolencentrales nog aanleiding is om over aansprakelijkheid na te denken. Het is zeer de vraag of een aansprakelijkheidsclaim succesvol zal zijn, omdat er specifiek voor aansprakelijkheid voor klimaat-schade nog grote barrières zijn. Toch ziet men een groeiende aandacht voor het verkennen van de mogelijkheid voor een succesvolle claim, en naarmate tijd en kennis vorderen, kan een aansprakelijkheidsclaim toch realistisch blijken te zijn.⁵⁸

Het feit dat in de EU regelgeving van kracht is, betekent dan ook niet dat niet meer over aansprakelijkheid hoeft te worden nagedacht. Het door de EU in regelgeving neergelegde ambitieniveau is immers niet maximaal van aard: alleen al vanwege het feit dat de EU op het internationale onderhandelingsstoneel aangeeft bereid te zijn om van een 20% reductiedoelstelling over te gaan naar een 30% reductiedoelstelling, illustreert dat de EU-regelgeving momenteel niet het hoogste beschermingsniveau nastreeft.⁵⁹ Hier liggen overigens lastige vragen: hoe moet of kan hetgeen andere landen doen ter beperking van hun emissies worden meegewogen bij het stellen van het juiste nationale of Europese niveau aan emissiereducties? En in hoeverre speelt de historische verantwoordelijkheid dan wel de economische situatie van een land een rol bij het vaststellen van de na te streven landelijke emissiereducties? Voor deze bijdrage die specifiek ingaat op de mogelijke aansprakelijkheid van broeikasgasemittenten is het echter voldoende om vast te stellen dat het huidige reguleringskader in de EU en in Nederland niet uitgaat van het maximale beschermingsniveau. Potentiële slachtoffers zullen vermoedelijk wel een verdergaande bescherming wensen: zij zullen dan een energiebedrijf dat meerdere kolencentrales bezit, of een groep energiebedrijven, willen vragen om ofwel emissiereducerende maatregelen te nemen die verder gaan dan zij zouden doen onder het van toepassing zijnde reguleringskader, ofwel om schadevergoeding in het geval onverhoopt al klimaat-schade optreedt. Ook is denkbaar dat deze potentiële slachtoffers een vergoeding wensen van de te nemen adaptatiemaatregelen.

58. Zie bijvoorbeeld, naar Engels recht, Giedre Kaminskaitė-Salters, *Climate Change Litigation under English law, Constructing a private law suit based on liability for climate change in the English Law of torts*, Maastricht University 11 februari, en het reeds vermelde proefschrift van Miriam Haritz. Zie verder ook M. Faure & M. Peeters, *Climate Change Liability*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2011.

59. Zie daarover meer uitgebreid door deze auteur: 'The regulatory approach of the EU in view of liability for climate change damage', in: M. Faure & M. Peeters (eds.), *Climate Change Liability*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2011, p. 90-133.

Uit de hiervoorgaande paragrafen blijkt dat lidstaten door het waterbedeffect ontmoedigd worden om verdergaande beschermingsmaatregelen te verlangen van de kolencentrales. Voorts: ook al leven broeikasgasemittenten de huidige publiekrechtelijke regels na, dan betekent dat niet dat zij helemaal niet bijdragen aan het ontstaan van schade door opwarming van de aarde. Natuurlijk zijn er wereldwijd vele andere bronnen die eveneens bijdragen aan de opwarming van de aarde, maar dit neemt niet weg dat de gereguleerde bedrijven ook nog een aandeel daarin blijven verzorgen, evenredig aan de door hen verrichte emissies. Of zich dat werkelijk kan vertalen in civielrechtelijke aansprakelijkheid is een spannende en op dit moment niet sluitend te beantwoorden vraag. We staan slechts aan het begin van het verken- nen van de mogelijke rol van het privaatrecht op dit punt. Met name de causali- teitsvraag (de causale relatie tussen de handeling van een emittent en de ontstane schade bij een slachtoffer) is een forse barrière voor het aannemen van civielrech- telijke aansprakelijkheid voor klimaatschade door broeikasgasemissies, alhoewel er pogingen worden gedaan om oplossingen te vinden voor het aannemen van een causale relatie.⁶⁰ In deze paragraaf wordt op één specifiek element bij het construe- ren van een aansprakelijkheidsclaim ingegaan, en dat is de mogelijk vrijwarende werking van het publiekrechtelijke regime. Daarbij zal voor de constructie van een aansprakelijkheidsactie niet zozeer worden gedacht aan een schadeclaim, maar aan een actie waarbij een grote emittent wordt gelast preventieve maatregelen te nemen teneinde mogelijke klimaatschade te voorkomen.

4.2 *Verhouding tussen de Europese publiekrechtelijke regelingen en nationale civielrechtelijke aansprakelijkheid*

Interessant is dat aansprakelijkheidsacties jegens kolencentrales via het nationale privaatrecht lopen, terwijl de publiekrechtelijke normering hoofdzakelijk Europees van aard is. Terwijl het Europese recht in verregaande mate is geharmoniseerd waar het gaat om de publiekrechtelijke verplichtingen van broeikasgasemittenten, zal de vraag naar civielrechtelijke aansprakelijkheid vanwege broeikasgasemissies door deze emittenten naar nationaal recht worden beantwoord. Dit is ook meer in zijn algemeenheid een interessante ontwikkeling: voor zover mij bekend is er tot dus- ver nog geen jurisprudentie over de invloed van een vergunning, die grotendeels door Europees recht wordt bepaald (zoals een IPPC-vergunning), op de civielrech- telijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht. Vooralsnog lijkt aannemelijk dat de huidige Nederlandse jurisprudentiële lijn inhoudende dat een vergunning niet

60. Miriam Haritz doet dit met name in het licht van het voorzorgsbeginsel, zie M. Haritz, *An inconvenient deliberation: The precautionary principle's contribution to the uncertainties surrounding climate change liability* (diss. Maastricht).

betekent dat het bedrijf nooit onrechtmatig zou handelen, een lijn die reeds in 1972 is neergelegd in het *Vermeulen-Lekkerkerker*-arrest, door deze Europese invloed niet in wezen zal veranderen. Het zou niettemin interessant zijn om aan dit nieuwe fenomeen aandacht te besteden: in hoeverre is een op Europees niveau genomen harmoniserende maatregel van invloed op civielrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht?⁶¹ In het vervolg van deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat het feit dat een milieuvergunning het resultaat is van correcte implementatie van een Europese richtlijn niet betekent dat een bedrijf nooit aansprakelijk zal zijn uit hoofde van onrechtmatige daad, en dat dus de jurisprudentiële lijn die zich in Nederland ontwikkeld heeft van toepassing blijft.⁶² Neerhof formuleert deze lijn als volgt:

‘De vergunning vrijwaart niet en heeft hoogstens een reflexwerking als een derde in belangen wordt aangetast die congrueren met die welke het vergunningstelsel beoogt te dienen. De vergunninghouder kan worden geconfronteerd met een toewijzing van vorderingen tot beëindiging van de activiteit en soms ook tot schadevergoeding’.⁶³

Het feit dat op EU-niveau de noodzaak tot het sluiten van compromissen tussen verschillende belangen waarschijnlijk nog groter is dan op nationaal niveau zou er eerder voor pleiten om aan de mogelijke vrijwarende werking van een vergunning zelfs een minder grote betekenis toe te kennen. Een van de argumenten om het privaatrecht een aanvullende rol te laten vervullen op het publiekrechtelijk kader is immers dat via het publiekrechtelijk kader niet het juiste beschermingsniveau (zoals dat vanuit de wetenschap wordt aanbevolen) wordt gegeven. Bovendien kan, onder meer door de voortgang van het wetenschappelijk onderzoek (denk hier aan nieuwe, meer dramatische inzichten over de invloed van emissies op de opwarming van de aarde) maar ook door maatschappelijke ontwikkelingen (meer emissies dan

61. *Vermeulen-Lekkerkerker*: HR 10 mei 1972, *NJ* 1972, 278, enkele jaren geleden bevestigd in het arrest-*Ludlage v. Paradijs*, HR 21 oktober 2005, *BR* 2006, 287 m.nt. M.A.B. Chao-Duivis; *JB* 2005/318 m.nt. GEvM, *Gst.* (2005) 7242.198 m.nt. J.A.E. van der Does, *NJ* 2006, 418 m.nt. C.J.H. Brunner. Zie uitvoerig over de rol van de vergunning bij een aansprakelijkheidsactie A.R. Neerhof, ‘Aansprakelijkheden en draagplichten als een vergunninghouder conform de vergunning handelt: wie is de pineut?’, *NTBR* 2007/4, p. 138-148.

62. Naast het *Vermeulen-Lekkerkerker*-arrest is ook het eerder verschenen *EZH I*-arrest (HR 14 juni 1963, *NJ* 1965, 82 m.nt. Beekhuis) relevant, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de vergunninghouder onrechtmatig handelt als hij had moeten beseffen dat het bestuursorgaan de vergunning niet had mogen verlenen, zie daarover Neerhof 2007, p. 140. Neerhof merkt op dat deze uitspraak is gedaan voordat de rechtsbescherming bij de bestuursrechter tot ontwikkeling was gekomen: interessant is dat bij emissiehandel er geen publiekrechtelijke rechtsbeschermingmogelijkheid bestaat tegen de hoeveelheid emissies die een bedrijf zou mogen uitstoten. Dat mag een bedrijf in principe vrijelijk besluiten.

63. Neerhof 2007, p. 144.

eerder aangenomen, bijvoorbeeld door meer vlieg- en wegverkeer) het publiekrechtelijk kader achterhaald zijn, terwijl een snelle en adequate aanpassing niet altijd mogelijk is.⁶⁴

Echter, bij een civielrechtelijke claim richting een broeikasgasemittent zoals een kolencentrale of een energiebedrijf met diverse kolencentrales in verschillende landen zal het aangeklaagde bedrijf als verweer aanvoeren dat het handelt conform het publiekrechtelijk kader en daarom van aansprakelijkheid gevrijwaard zou moeten worden: het bedrijf zal betogen dat het belang van klimaatbescherming reeds is verdisconteerd in de publiekrechtelijke regeling en dat het door naleving van de publiekrechtelijke regelgeving ook zijn civielrechtelijke zorgvuldigheidsverplichting heeft nageleefd. In het bijzonder zal het energiebedrijf erop wijzen dat het heeft voldaan aan de basisregel uit het EU ETS, namelijk het inleveren van emissierechten ter dekking van de gedane emissies.

De Broeikasgasemissiehandelsrichtlijn rept niet over de mogelijk vrijwarende werking van het systeem. Ook de implementerende wetgeving doet dat – althans in Nederland – niet. Bij de beoordeling of het bedrijf een onrechtmatige daad heeft gepleegd in de zin van artikel 6:162 BW zal de aard van de publiekrechtelijke regelgeving en het belang dat daarmee werd beoogd in aanmerking worden genomen. Qua doelstelling geeft de oorspronkelijke in 2003 aangenomen versie van de richtlijn echter niet expliciet aan dat het schade beoogt te voorkomen. Via de wijziging door Richtlijn 2009/29/EG is wel een beschermingsdoelstelling opgenomen, te weten:

‘Deze richtlijn voorziet tevens in een sterkere verlaging van de emissies van broeikasgassen teneinde bij te dragen tot het reductieniveau dat op wetenschappelijke gronden nodig wordt geacht om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.’⁶⁵

De doelstelling richt zich dus slechts op het (bijdragen aan het) voorkomen van een gevaarlijke klimaatverandering, en niet op afwending van alle mogelijke schade zoals wellicht overstromingen die bijvoorbeeld (forse) economische schade kunnen veroorzaken doch niet gevaarlijk zijn. Reeds hieruit blijkt dat het beoogde beschermingsniveau van de Richtlijn broeikasgasemissiehandel slechts beperkt is. Boven-

64. Miriam Haritz gaat in navolging van door Michael Faure geformuleerde redenen in op een aantal argumenten waarom het privaatrecht een aanvullende rol zou moeten spelen specifiek in de context van aansprakelijkheid voor klimaatschade, zie p. 269-272. Zie ook Neerhof 2007, p. 139 waar hij stelt dat de rechter niet aansluit bij normering in de publiekrechtelijke vergunning als deze duidelijk niet meer adequaat is.

65. Art. 1 van de Richtlijn 2003/87/EG zoals gewijzigd.

dien is, zoals hierboven is opgemerkt, de invulling van de genoemde doelstelling (het voorkomen van een gevaarlijke klimaatverandering) niet maximaal ingevuld. We kunnen dus constateren dat de Europese publiekrechtelijke normering via het instrument broeikasgasemissiehandel geen kader biedt voor de afwending van alle schade ten gevolge van klimaatverandering.

4.3 *Verhouding tussen emissiehandel en aansprakelijkheid*

Een tweede bijzonder punt is dat de Europese milieuwetgeving geen traditionele vergunning introduceert maar emissiehandel. Tot nu toe is de lijn *Vermeulen-Lekkerkerker* met name uitgewerkt aan de hand van de vraag of een traditionele vergunning of toestemming vrijwaart voor aansprakelijkheid. Bij emissiehandel is het zo dat van overheidswege geen individuele benadering plaatsvindt maar een macro-afweging wordt gemaakt in de vorm van een EU-wijd plafond dat voor de emissies wordt ingesteld (tezamen met de uitgifte van verhandelbare emissierechten). Dit betekent dat sommige bedrijven hun emissies zullen verminderen, maar andere juist hoge emissies kunnen aanhouden: de totale hoeveelheid emissies in de EU blijft dezelfde. Dat is de ratio van het instrument. Moet derhalve de vraag of het publiekrechtelijk kader vrijwaart voor aansprakelijkheid bij emissiehandel anders worden beantwoord dan bij een individuele vergunning? Vrijwaren emissierechten geheel of gedeeltelijk voor aansprakelijkheid vanwege gedane emissies?

Op dit punt bestaat nog nauwelijks literatuur, behalve een overtuigende opvatting geponeerd door Susan Rose-Ackerman.⁶⁶ Zij stelt dat indien in een emissiehandelssysteem alle sociale kosten zijn verwerkt, het instrument zou moeten vrijwaren voor aansprakelijkheid. Ik begrijp haar opvatting zodanig dat dit zou betekenen dat het emissiehandelssysteem schade beoogt te voorkomen, dan wel, als dat niet zo is, een voorziening biedt voor compensatie van eventuele schade die toch zou kunnen ontstaan. Dat laatste is momenteel niet het geval. Wel is het zo dat kolenbedrijven rechten dienen te gaan kopen met ingang van 2013, maar de prijs zou zeer laag kunnen zijn: er is geen maatregel gegeven door de richtlijn om de prijs voldoende hoog te houden en bovendien is er (nog) geen bestemming van de inkomsten uit de veiling: zij vloeien in de Rijkskas.⁶⁷ Er is dus geen voorziening inhoudende dat de inkomsten uit de veiling aangewend worden voor compensatie van schade die zou

66. S. Rose-Ackerman, *Re-thinking the Progressive Agenda, the Reform of the American Regulatory State*, New York, NY: The Free Press 1992, p. 128-129.

67. Indien een dergelijke maatregel op EU-niveau wordt ingevoerd dan rijst de vraag of dit als een heffing zou moeten worden gekwalificeerd, waardoor tevens de bevoegdheidsbasis voor de maatregel bezien moet worden. Overigens bevat de richtlijn een zwak geformuleerd artikel over de besteding van de opbrengst van de veiling, zie art. 10(3) van de geconsolideerde versie van de Broeikasgasemissiehandelsrichtlijn.

ontstaan of voor compensatie van adaptieve maatregelen die nodig worden bevonden.

Het feit dat de EU-wetgever voor broeikasgasemissiehandel heeft gekozen leidt er voorts toe dat het leerstuk van de formele rechtskracht zoals dit bij aansprakelijkheid voor handelen conform een vergunning kan optreden niet van belang lijkt. Het antwoord op de vraag of er bij een onrechtmatigedaadsactie relevantie moet toekomen aan het feit dat een vergunning formele rechtskracht heeft verkregen is naar huidige recht niet helemaal duidelijk.⁶⁸ Echter, bij het instrument emissiehandel vindt er géén individuele besluitvorming plaats over het niveau aan emissies dat door een bedrijf wordt verricht.⁶⁹ De vraag inzake formele rechtskracht van een ‘vergunning’ is derhalve niet aan de orde bij een onrechtmatige daadsactie jegens een EU ETS bedrijf.

5 Conclusie

De EU-regelgeving voor broeikasgasemissiehandel vrijwaart niet voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dat moet voorlopig zo blijven vanwege de onvoldoende ambitieuze doelstelling van dat systeem. Lidstaten worden door de gekozen systematiek van het Europese systeem bovendien niet geprikkeld om verdergaande maatregelen te nemen teneinde een hogere klimaatbescherming te geven. Paragraaf 3 heeft laten zien dat leden van de Tweede Kamer hebben getracht een scherpere nationale aanpak tot stand te brengen voor kolencentrales. Echter, nationale wettelijke maatregelen tot verdergaande reductie van broeikasgassen zijn (nog) niet aangenomen, en dat lijkt ook in de nabije toekomst niet te gebeuren.

In dit gat, het gebrek aan een voldoende ambitieus reguleringskader op EU-niveau en het mogelijk achterblijven van verdergaande nationale regelgeving, kan het civiele aansprakelijkheidsrecht zich ontwikkelen. De toekomst zal leren of het nationale aansprakelijkheidsrecht inderdaad in deze een aanvullende rol zal spelen: op dit moment is niet zeker dat aan de diverse eisen voor het succesvol doen zijn van

68. Zie wederom Neerhof 2007, p. 145. Hij wijst er overigens kort gezegd op dat bij een actie ter behartiging van een collectief belang de formele rechtskracht van een vergunning kan leiden tot afwijzing van de vordering. Dit is mogelijk van belang bij een verzoek om preventieve actie zoals bedoeld in art. 5 van de Richtlijn milieuaansprakelijkheidsrecht: indien een bedrijf conform vergunning handelt, speelt dit mogelijk een rol. Echter, nogmaals, via het EU ETS wordt van overheidswege niet voorgeschreven hoeveel een bedrijf maximaal mag emitteren. Derhalve kan hier de formele rechtskracht in die zin niet werken.

69. Zelfs al zou, in het systeem geldend tot 2013, in het nationale toewijzingsbesluit nul rechten worden toegewezen aan een bedrijf, dan kan het bedrijf alsnog rechten kopen op de markt ter dekking van zijn emissies.

een claim kan worden voldaan. Een van de vragen is hoe de rechter het feit dat een bedrijf emissierechten heeft aangewend ter dekking van de gedane emissies zal wegen. In paragraaf 4 is betoogd dat het compenseren van emissies door emissierechten niet automatisch tot vrijwaring zou mogen leiden. Dit zou anders zijn indien via het emissiehandelssysteem voldoende bescherming wordt gegeven aan de belangen die schade kunnen ondervinden. Dat is heden niet het geval.

Echter, wat is een mogelijke claim? Indien een grote emittent (een kolengestookte elektriciteitscentrale) aangesproken wordt om preventieve maatregelen te nemen (bijvoorbeeld het bijstoken van duurzame biomassa als inderdaad een aanvaardbare benadering voor duurzame biomassa ontwikkeld kan worden, hetgeen op zichzelf nog een heikel punt is), dan is er nog steeds het probleem van het waterbedeffect. Immers, indien een claim gericht op het toepassen van preventieve maatregelen succesvol is, mag de bespaarde emissie alsnog door andere EU ETS-installaties worden gepleegd, namelijk met de niet benutte emissierechten.⁷⁰ In die zin ontkracht het EU ETS-systeem in feite ook de zin van aansprakelijkheidsacties richting bedrijven. Dat zou niet het geval zijn indien de emissierechten die door de emissiebesparende maatregelen niet worden benut daadwerkelijk ongedaan worden gemaakt en dus (door de overheid) uit de markt (kunnen) worden gehaald. Voorts zou het waterbedeffect ook niet of minder optreden indien in andere landen eveneens op succesvolle wijze gebruik kan worden gemaakt van het nationale aansprakelijkheidsrecht.

Gelet op de uit het EU ETS voortvloeiende beperking voor het met succes effectueren van een aansprakelijkheidsclaim is het effectiever en bovendien efficiënter indien in de regulering zelf een voorziening wordt opgenomen die de vervuilers verantwoordelijk houdt voor eventuele schade.⁷¹ Zo kan worden overwogen om de inkomsten van de veiling aan te wenden voor schadefondsen.⁷² Vooralsnog is het echter een utopie te denken dat de overheid via regulering de broeikasgas-emittenten daadwerkelijk ten volle verantwoordelijk houdt voor de klimaatschade

70. Zie over dit perverse effect ook reeds Ph. Van den Biesen, in: M.G. Faure & M. Peeters, *Climate liability*, 2011, p. 227-235.

71. Een onmiddellijke transitie naar broeikasgasvrij of broeikasgasarm is moeilijk denkbaar. Dit betekent dat via regulering broeikasgasemissies tot op zekere hoogte zullen worden toegestaan, waarbij de emittenten via het betalen van een som bedoeld voor compensatie van eventuele schade verantwoordelijk worden gehouden.

72. Ook het wetsvoorstel voor de kolenbelasting bevat geen regeling voor de besteding van de inkomsten daaruit, zoals een schadefonds, maar spreekt over terugsluizen: *Kamerstukken II Handelingen 2009/10*, nr. 86, p. 86-7300, waarbij het een wens is dat de inkomsten beschikbaar komen voor de energiesector en het stimuleren van duurzame innovaties (dus niet voor eventuele slachtoffers). Zie ook p. 86-7301: de bedoeling is vooral om gedrag te veranderen. Overigens is het een lastige vraag of met een veiling of een belasting voldoende middelen zullen worden vergaard voor compensatie van schade (inclusief adaptatiekosten).

die zij potentieel mede veroorzaken. Zelfs als een financiële verantwoordelijkheid voor schade wordt neergelegd bij de emittenten, dan blijft nog steeds in potentie een aanvullende rol weggelegd voor het aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan waarbij in het geval van nieuwe ernstige natuurwetenschappelijke inzichten niet tot een aanscherping van het publiekrechtelijk kader wordt overgegaan. Preventie via privaatrechtelijke actie blijft nodig indien het publiekrechtelijk regime onvoldoende intensieve emissiereducties vereist. Bovendien, als aansprakelijkheidsacties niet ondenkbeeldig blijken te zijn, zal de wetgever wellicht geprikkeld worden om het publiekrechtelijk kader te verbeteren met mogelijkheden zoals hierboven geschetst.

V Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?

Mr. dr. E. (Edward) H.P. Brans en mw. mr. K. (Katrien) Winterink*

1 Inleiding

De United Nations Environmental Programme (UNEP) heeft in een in november 2010 verschenen rapport aangegeven dat de beloftes die landen tijdens de Klimaatop in 2009 in Kopenhagen hebben gedaan, onvoldoende zijn om de wereldwijde temperatuurstijging in bedwang te houden.¹ De verwachting is dat als de verwachte uitstoot aan broeikasgassen, waaronder CO₂, in 2020 niet voldoende is teruggebracht, de doelstelling van een gemiddelde temperatuurstijging wereldwijd van minder dan 2 graden Celsius, niet zal worden gerealiseerd.² Het niet voldoende onder controle krijgen van de verwachte temperatuurstijging kan, aldus de UNEP, grote gevolgen hebben voor veel landen in de wereld en leiden tot onder meer voedselschaarste, watertekorten, wateroverlast, schade aan ecosystemen en biodiversiteit, een toename aan hittegolven en een stijging van de zeespiegel.³ Uit een UNEP-rapport uit 2009, dat gebaseerd is op de rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), volgt dat deze en andere gevolgen zich niet overal in de wereld in gelijke mate zullen voordoen.⁴ Ook is de verwachting dat

* Mr. dr. E. (Edward) H.P. Brans en mw. mr. K. (Katrien) Winterink zijn beiden advocaat en werken bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn.

1. UNEP, *The Emissions Gap Report. Are the Copenhagen Accord pledges sufficient to limit global warming to 2° C or 1.5° C?*, november 2010, p. 2, <www.unep.org/publications/ebooks/emissions-gapreport/>.
2. Zie de vorige noot. Zie ook Mededeling van de Commissie aan het Europese Parlement e.a., Analyse van de opties voor een broeikasgasemissiereductie van meer dan 20% en beoordeling van het risico van koolstoflekkage, 26 mei 2010, COM(2010)265 def., p. 6. Zie in deze zin ook de brief van de staatssecretaris van I&M aan de Tweede Kamer van 18 november 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 30 495, nr. 14, p. 3.
3. UNEP, *Climate in Peril. A popular guide to the latest IPCC reports*, Nairobi 2009, <www.unep.org/pdf/0903ClimateInPerilfinaldraft.pdf>. Zie ook M.L. Parry e.a. (eds), *Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2007 (<www.ipcc.ch/>).
4. UNEP, n. 2, p. 24 e.v. Zie in deze zin ook IPCC-rapport *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation* van November 2011 (<www.ipcc.ch/>)

de minder ontwikkelde landen en regio's kwetsbaarder zijn voor de gevolgen van klimaatverandering dan de meer ontwikkelde en veelal rijkere landen en regio's.⁵

Voor deze bijdrage is met name van belang dat uit onder meer het rapport van de UNEP van 2009 volgt dat de Rijndelta en de Nederlandse kust, waaronder ook natuurgebieden als de Waddenzee en de nabij de kust gelegen steden als Rotterdam en Amsterdam, kwetsbaar zijn voor de gevolgen van de stijging van de zeespiegel en geconfronteerd kunnen worden met wateroverlast.⁶

Overigens volgt uit bovengenoemde en andere rapporten dat er nog veel onzekerheid bestaat over de precieze omvang van de klimaatverandering die plaatsvindt en de gevolgen ervan.⁷ Zo ook met betrekking tot de omvang van de verwachte zeespiegelstijging en de mate van wateroverlast die mogelijk optreedt.⁸ Verder volgt uit deze rapporten dat ook niet precies duidelijk is wat de gevolgen zijn van de mitigerende maatregelen die staten nemen of mogelijk nog gaan nemen om klimaatverandering tegen te gaan. Kortom, er bestaat onzekerheid over de precieze omvang van – om ons tot het onderwerp van deze bijdrage te beperken – de als gevolg van de klimaatverandering verwachte zeespiegelstijging en wateroverlast.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op de vraag wat gezien deze en andere informatie en de onzekerheden die er nog bestaan over de exacte gevolgen van klimaatverandering, verwacht mag worden van de Nederlandse overheid en of gegeven deze onzekerheden het niet of het onvoldoende nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van klimaatverandering te beperken, een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt voor de overheid. Daarbij zal in worden gegaan op het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht en op de verplichtingen die voor verdragstaten voortvloeien uit het EVRM.⁹

5. Dergelijke landen hebben ook veelal minder financiële middelen tot hun beschikking om maatregelen te nemen om de gevolgen van klimaatverandering tegen te gaan. Zie hierover nader alsmede over een mogelijke oplossing: R. Dellink e.a., *Sharing the burden of financing adaptation to climate change*, Global Environ. Change 2009, p. 411 e.v.
6. UNEP, n. 2, p. 36.
7. I UNEP, n. 2, p. 7. Zie ook <www.klimaatportaal.nl/prol/general/start.asp?i=0&j=0&k=0&p=0&itemid=57> en M. Haritz, *An Inconvenient Deliberation. The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability*, Chapter 1 Climate Change and Uncertainty: Defining the Framework setting of a Global Problem.
8. Haritz, p. 27.
9. In deze bijdrage ligt de nadruk op civielrechtelijke aansprakelijkheidsclaims en niet op civielrechtelijke gebods- op verbodsacties, hoewel ook deze effectief kunnen zijn en kunnen aanzetten tot het nemen van (aanvullende) klimaatadaptatiemaatregelen. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op de verplichtingen die voor de overheid kunnen voortvloeiden uit art. 21 Gw. Zie over het laatste: V. Bruggeman & M. Peeters, 'Exploring governmental and victim responsibilities in view of abrupt climate change in North-Western Europe', in: *What if abrupt and extreme climate change?*, Den Haag: NWO 2008, p. 14.

In deze bijdrage zal echter ook een ander aspect worden belicht. Stel nu dat ondanks bestaande onzekerheden, maatregelen worden genomen gericht op het tegengaan van de gevolgen van klimaatverandering en dat deze maatregelen een beperking opleveren van het eigendomsrecht van bepaalde natuurlijke of rechtspersonen of in andere zin schade ten gevolge heeft. Levert een dergelijk handelen – dat gestoeld zou kunnen zijn op het voorzorgsbeginsel – een aansprakelijkheidsrisico op voor de overheid?

2 Aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering

Er is al bijzonder veel literatuur beschikbaar over aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering.¹⁰ Ook zijn en worden er diverse rechtszaken gevoerd waarin is of wordt getracht schade door klimaatverandering te verhalen op (grote) *greenhouse gas emitters* of waarin is of wordt getracht de overheid aan te zetten tot het nemen van mitigerende maatregelen. Dat laatste veelal met het doel schade door klimaatverandering te voorkomen of te beperken. Het merendeel van deze rechtszaken is of wordt gevoerd in de Verenigde Staten.¹¹ Er zijn echter ook andere landen waar op een vergelijkbare manier wordt geprocedeerd over klimaatverandering.¹² In Nederland is het aantal rechtszaken over aspecten die klimaatverandering

10. Uiteraard is het ondoenlijk om hier een volledig overzicht ervan te geven, maar naast de in deze bijdrage genoemde literatuur verwijzen wij graag naar: A. Sinden, 'Allocating the Costs of the Climate Crisis: Efficiency versus Justice', 85 *Wash. L. Rev.* (2010), p. 293 e.v. P.A. Nollkaemper & M. Faure, 'International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change', *Stanford Journal of International Law*, vol. 43 (2007), p. 123-179; J. Gupta, 'Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change', *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 16 (2007) p. 76-86 en M. Haritz, *An Inconvenient Deliberation. The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability*, 2011.

11. Voor een goed overzicht van rechtszaken die met betrekking klimaatverandering in en buiten de VS worden gevoerd, zie <www.law.columbia.edu/centers/climatechange> en <www.climatecasechart.com>. Zie verder voor een analyse van veelal de meest spraakmakende rechtszaken, waaronder *California v. General Motors Corp. et al.*, ND. Cal. 17 sept. 2007 en de uitspraak in hoger beroep, *California v. General Motors Corp. et al.*, 9th Cir. 19 juni 2009, *Kivalina v. ExxonMobil Corp. et al.*, N.D. Cal. 30 sept. 2009 (hoger beroep is aangetekend) en *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007); DBCCA, *Growth of U.S. Climate Change Litigation: Trends & Consequences*, 3 november 2010, <www.dbcca.com/dbcca/EN/_media/US_CC_Litigation.pdf>; L. Case, *Climate Change: A New Realm of Tort Litigation*, 51 *Santa Clara L. Rev.* 2011, p. 272 e.v.; D. Markell & J.B. Ruhl, 'An Empirical Assessment of Climate Change in Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?', *FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 483* (see: <<http://papers.ssrn.com>>), E.V. Kosolopova, 'Climate Change Liability and International Law: Claims for Compensation', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2009, p. 203 e.v.

12. Voor een overzicht van klimaat gerelateerde procedures, zie: <www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file_id=163021> en <www.climatecasechart.com>.

betreffen nog beperkt.¹³ Wij verwachten niet dat dit snel zal veranderen aangezien rechtszaken die aspecten van klimaatverandering betreffen veelal uiterst complex, tijdrovend en kostbaar zijn. Uiteraard hangt een en ander af van het type procedure en hetgeen wordt gevorderd. Betreft het een civielrechtelijke procedure gericht op het verhalen van schade of een bestuursrechtelijke procedure waarin door bevoegde overheden genomen besluiten worden getoetst? Met dat laatste bestaat al meer ervaring, gegeven onder meer de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het Nationaal Toewijzingsbesluit broeikasgasemissierechten van 20 oktober 2009.¹⁴ Vermeldenswaard is hier in die zin ook de prejudiciële beslissing van het Europese Hof in de gevoegde zaken *Stichting Natuur en Milieu e.a. v. Gedeputeerde Staten van Groningen* (en overigens ook de conclusie van A-G Kokott in die zaak).¹⁵ Hoewel deze procedure niet direct betrekking heeft op aspecten die klimaatverandering betreffen, is deze uitspraak interessant omdat de vraag aan de orde is of een aangevraagde milieuvergunning moet worden verleend indien nationale emissieplafonds dreigen te worden overschreden. Weliswaar heeft deze procedure geen betrekking op de emissie van CO₂ en heeft het Europese Hof geoordeeld dat de lidstaten bij het verlenen van een milieuvergunning voor het oprichten en in werking hebben van een industriële installatie niet verplicht zijn de nationale emissieplafonds vastgesteld in Richtlijn 2001/81/EG tot de voorwaarden van de verlening daarvan te rekenen, voorstelbaar is dat deze zaak een stimulans is voor NGO's en anderen om milieuvergunningen aan te vechten die nieuwe CO₂-emissies met zich brengen en die kunnen leiden tot een overschrijding van het voor nu en in de toekomst voor Nederland gestelde en te stellen emissieplafond voor CO₂. Lidstaten dienen zich immers wel te houden aan de uit Richtlijn 2001/81/EG voortvloeiende verplichting om passende en samenhangende beleidsopties en maatregelen vast te stellen die geschikt zijn om de emissies te beperken.¹⁶ Kortom, de bestuursrechter zal, zo verwachten wij, zich vroeger of later wel met enige regelmaat buigen over dossiers die aspecten van klimaatverandering betreffen.

13. Vermoedelijk is de uitspraak van de Hoge Raad van 17 december 2010 (LJN BN6236, *RvdW* 2011, 7), in de zaak betreffende de dijkverschuiving in Wilnis, de eerste civielrechtelijke klimaatgerelateerde uitspraak in Nederland. Verder zijn er civielrechtelijke procedures aanhangig gemaakt of in voorbereiding die betrekking hebben op contracten die diverse partijen zijn aangegaan in het kader van CDM-projecten die in het buitenland worden uitgevoerd. Hetzelfde geldt voor projecten die betrekking hebben op vrijwillige broeikasgascompensaties door burgers, bedrijven en overheden.

14. ABRvS 20 oktober 2009 (200809472/2/M1), *Milieu en Recht* 2010/34 m.nt. Peeters. Zie over deze uitspraak ook P. van Aardenne & A. Mehilal, 'Emissiehandel: op het snijvlak van milieu en economie', in: W.Th. Braams e.a. (red.), *Klimaat en recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 201 e.v.

15. HvJ EU 26 mei 2011 in de gevoegde zaken C-165/09, C-166/09 en C-167/09 en de conclusie van A-G Kokott in deze gevoegde zaken van 16 december 2010.

16. Zie eveneens het arrest van het Europese Hof van Justitie van 26 mei 2011 in de gevoegde zaken C-165/09, C-166/09 en C-167/09.

Of het voorgaande ook geldt voor de Nederlandse burgerlijke rechter valt te bezien, zeker als het gaat om civielrechtelijke schadevergoedingsprocedures waarbij getracht wordt (groepen van) *greenhouse gas emitters* aansprakelijk te houden voor schade door klimaatverandering. Dit wordt bevestigd in de literatuur¹⁷ en volgt ook uit een aantal uitspraken van Amerikaanse rechters.¹⁸ Hieruit volgt dat het niet eenvoudig is één of meer ‘greenhouse gas emitters’ met succes aansprakelijk te houden voor dergelijke schade. Een van de problemen waar claimanten tegenaan lopen is dat zij aannemelijk dienen te maken dat er een causaal verband bestaat tussen de door hen gestelde geleden schade enerzijds en anderzijds de uitstoot door specifiek dat bedrijf of die bedrijven die zij voor de schade aansprakelijk trachten te houden en de gevolgen van deze uitstoot (i.e. waterschade, hittestress, enzovoort). Dat is bijzonder lastig aangezien er wereldwijd zeer veel activiteiten plaatsvinden die een CO₂-uitstoot met zich brengen en de uitstoot van CO₂ ook al jaren plaatsvindt, met een behoorlijke toename ervan na 1970. Een mogelijke oplossing hier is proportionele aansprakelijkheid of een toedeling van aansprakelijkheid op basis van een *material increase in risk*,¹⁹ maar dat is niet eenvoudig.²⁰ Bovendien moet los hiervan nog aannemelijk worden gemaakt dat de aansprakelijk gestelde partij een verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot het doen ontstaan van de schade. Uiteraard speelt de voorzienbaarheid van het kunnen ontstaan van de schade hierbij een rol, waarbij nog kan worden opgemerkt dat gezien de toename aan kennis over de mogelijke gevolgen van CO₂-uitstoot, er nu meer verlangd mag worden van een potentieel aansprakelijke partij als het gaat om het nemen van preventieve of scha-

17. Zie in deze zin ook: Chr.H. van Dijk, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde’, *NJB* 2007, p. 2861 e.v.; J. Spier, *Legal aspects of global climate change and sustainable development*, Barcelona 2006, p. 1 e.v., <www.indret.com/pdf/346_en.pdf>; E.A. Posner, *Climate change and international human rights litigation: a critical appraisal*, Chigaco 2007, p. 1 e.v., <www1.umn.edu/humanrts/links/CCIHLitigation.pdf>; G.S. Keteltas, ‘Climate Change Law-suits’, *National Law Journal*, 30 april 2007, <www.nlj.com>, Kosolopova 2009.

18. Zie o.a. *California v. General Motors Corp. et al.*, 9th Cir. 19 juni 2009; *Kivalina v. ExxonMobil Corp. et al.*, N.D. Cal. 30 sept. 2009. Een andere uitspraak die dit goed illustreert, is *Comer v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 23 feb. 2006, U.S. Dist. LEXIS 33123 (S.D. Miss. 2006). De zaak betreft een claim van een aantal (grond)eigenaren gevestigd in Mississippi die schade hebben geleden ten gevolge van de orkaan Katrina. Zij trachten hun schade te verhalen op een groot aantal olie-, kolen- en chemicaliënproducenten stellende dat de activiteiten van deze bedrijven hebben bijgedragen aan klimaatverandering en daarmee aan de zwaarte en intensiteit van de orkaan. Een van de hobbels die genomen moet worden is dat het volgende vastgesteld moet worden: ‘the extent to which the emission of greenhouse gases by these defendants, through the phenomenon of global warming, intensified or otherwise affected the weather system that produced Hurricane Katrina.’ Uiteraard een bijzonder lastige, zo niet onmogelijke, opgave. De vordering werd afgewezen.

19. M.R. Allen & R. Lord, ‘The blame game. Who will pay for the damaging consequences of climate change?’, *Nature*, vol. 432, december 2004, p. 552.

20. Zie Spier 2006, p. 10, Sinden 2010, p. 331 en Case 2011, p. 283 e.v. Laatstgenoemden bespreken ook nog een aantal andere causaliteitstheorieën, waaronder *enterprise liability*, marktaandeelaansprakelijkheid en probabilistische causaliteit.

debeperkende maatregelen dan een aantal jaren geleden. Het beschikken over CO₂-emissierechten is in die zin niet afdoende. Het beschikken over dergelijke rechten brengt immers niet met zich dat niet meer van een *greenhouse gas emitter* mag worden verlangd dan enkel het beschikken over afdoende emissierechten en zeker niet dat men niet met succes aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor door CO₂-uitstoot ontstane schade.²¹ Hiermee is overigens niet gezegd dat het beschikken over emissierechten geen enkele rol kan en zal spelen in een eventuele civiel-rechtelijke procedure.

Gezien het voorgaande verwachten wij voorlopig dat het zich niet veel zal voordoen dat in Nederland gevestigde milieugroepen of natuurlijke of rechtspersonen zullen trachten om via de burgerlijke rechter klimaatschade te verhalen op één of meer in Nederland gevestigde bedrijven.

Het is echter waarschijnlijk dat als derden klimaatschade lijden, bijvoorbeeld waterschade ten gevolge van overstromingen, zij zullen trachten deze schade op een ander af te wentelen. Gezien de hierboven geschetste processuele moeilijkheden om *greenhouse gas emitters* met succes aansprakelijk te houden voor dergelijke schade, moet de Nederlandse overheid er rekening mee houden dat getracht zal worden de schade op haar af te wentelen. In het navolgende zal worden nagegaan of het aannemelijk is dat de Nederlandse overheid met succes aansprakelijk kan worden gehouden voor klimaatschade. De focus daarbij ligt op schade veroorzaakt door een plotselinge gebeurtenis, zoals een overstroming, waardoor eigenaren van huizen, bedrijven en anderen (vermogens)schade lijden. Omdat ook hier onzekerheid over de gevolgen van klimaatverandering en het kunnen ontstaan van schade een belangrijke rol speelt, zal in het navolgende aandacht worden besteed aan de rol van voorzorg en het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel 1). Daarbij zal ook in worden gegaan op jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). Zoals bekend heeft het EHRM inmiddels een aantal uitspraken gedaan waaruit volgt dat als overheden op de hoogte zijn of kunnen zijn van een bepaald risico, maar desondanks onvoldoende aan voorzorg doen, dit aansprakelijkheid met zich kan brengen.

21. Zie in deze zin Allen & Lord 2004, p. 552, M. Peeters, 'The regulatory approach of the EU in view of liability for climate change damage', in: M. Faure & M. Peeters, *Climate Change Liability*, Cheltenham 2011, p. 90 en in meer algemene zin M. Faure, M. Peeters e.a., *Milieuaansprakelijkheid goed geregeld?*, Maastricht 2009, p. 119-121, <www.recht.nl/artikel/index.html?nid=4bf6ba824d5ccf41718>. Zie ook E.H.P. Brans, 'De vergunning vrijwaart niet van aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.) *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi 2002, p. 237-263. Hiermee is overigens niet gezegd dat het beschikken over dergelijke rechten in het geheel geen rol speelt in procedures als hier bedoeld.

Omdat handelen uit voorzorg risico's met zich brengt, in die zin dat ondanks bestaande onzekerheden maatregelen worden genomen gericht op het voorkomen van blootstelling aan bepaalde gevaren en het voorstelbaar is dat derden hierdoor vermogensschade kunnen lijden, wordt in deel 2 (kort) ingegaan op de aansprakelijkheidsrisico's van overheden indien ondanks bestaande onzekerheden maatregelen worden genomen gericht op het voorkomen van blootstelling aan gevaren, zoals dat van overstroming en extreme wateroverlast.

Deel 1 Het voorzorgsbeginsel als stimulans om maatregelen te nemen gericht op het tegengaan van de gevolgen van klimaatverandering

1.1 Inleiding

In Nederland wordt een groot aantal maatregelen genomen om klimaatverandering en de gevolgen ervan tegen te gaan. Een deel van deze maatregelen is terug te voeren op EU-richtlijnen en EU-verordeningen en op internationale verdragen waar Nederland partij bij is.²² Andere maatregelen hebben een meer autonoom karakter en worden genomen omdat bijvoorbeeld de ligging van ons land het noodzakelijk maakt dat dergelijke maatregelen worden genomen.

Voor deze bijdrage zijn met name de maatregelen relevant die worden genomen of die worden voorbereid om de gevolgen van wateroverlast, veroorzaakt door zware regenval, (extreem) hoge rivierwaterafvoer en zeespiegelstijging, tegen te gaan.²³ Het is een veelheid aan maatregelen, maar omdat het een tijd zal duren voordat al deze maatregelen zijn gerealiseerd en ook niet kan worden uitgesloten dat aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn, is het mogelijk dat burgers en bedrijven toch geconfronteerd gaan worden met de gevolgen van wateroverlast en daardoor schade lijden. Zo volgt uit onder meer een recente studie van het RIVM dat het buitendijks

22. Voor een overzicht van 'EU Climate Law', zie: <http://ec.europa.eu/dgs/clima/acquis/index_en.htm> en L. Krämer, 'Some reflections on the EU mix of instruments on climate change', in: M. Peeters & K. Deketelaere (red.), *EU Climate Change Policy*, Cheltenham/Northampton 2006, p. 279 e.v. en M. Peeters e.a., *Klimaatwetgeving in Nederland: stand van zaken anno 2010*, (<<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=20848>>).

23. Voor een overzicht van maatregelen die worden genomen, in voorbereiding zijn of die worden overwogen, zie onder meer: het Deltaprogramma 2011, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/deltaprogramma>, het Nationaal Waterplan 2009, het Nationaal Bestuursakkoord Water, Nationaal Programma Adaptatie Ruimte en Klimaat, <www.maakruimtevoorklimaat.nl/>, de Planologische Kernbeslissing Ruimte voor de Rivier, <www.ruimtevoorderivier.nl/> en het Hoogwaterbeschermingsprogramma. Verder wijzen wij op de projecten Maaswerken en Kustlijn zorg.

gebied in de regio Rijnmond kwetsbaar is voor overstromingen en dat een overstroming van dit gebied grote gevolgen kan hebben voor natuur en milieu.²⁴

Omdat, zoals eerder is opgemerkt, wij vooralsnog niet verwachten dat in Nederland in geval van schade door (extreme) wateroverlast civielrechtelijke procedures zullen worden opgestart tegen één of meer *greenhouse gas emitters* en het derhalve de verwachting is dat in geval van dergelijke schade benadeelden hun pijlen zullen richten op de overheid, zal in deze bijdrage worden ingegaan op het aansprakelijkheidsrisico van de overheid als een overstroming plaatsvindt van bijvoorbeeld een buitendijks gebied. Wij beperken ons daarbij tot vorderingen tot vergoeding van schade en gaan niet in op de mogelijkheid om door middel van een gebods- of verbodsactie de overheid aan te zetten tot het nemen van maatregelen om de gevolgen van klimaatverandering tegen te gaan.²⁵ Verder gaan we er in het onderstaande van uit dat de schade die is of kan ontstaan het gevolg is van een plotselinge gebeurtenis, zoals in het geval van de dijkverschuiving in Wilnis,²⁶ en niet van het geleidelijk ontstaan van schade of het langdurig blootgesteld worden aan een schadeveroorzakende gebeurtenis.²⁷

24. T. de Nijs & J. Claessens, *Afsluitbaar Open Rijnmond – een eerste integrale verkenning: effecten op natuur en milieu*, Bilthoven 2010. Zie ook *De Bosatlas van Nederland Waterland*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2010, p. 44 e.v.

25. Er bestaan belangrijke verschillen tussen deze vorderingen, waarbij een belangrijk voordeel is van een gebods- of verbodsactie dat de claimant niet hoeft aan te tonen schade te hebben geleden ten gevolge van het bestreden handelen of nalaten. Daarmee is echter niet gezegd dat een dergelijke vordering altijd succesvol zal zijn. Zo zal de overheid zich in een aantal gevallen met een beroep op beleidsvrijheid, beperkte financiële middelen en de noodzaak om verschillende veelal conflicterende belangen tegen elkaar af te wegen, met succes kunnen verweren tegen een dergelijk vordering. Zie in deze zin ook Van Dijk 2007, p. 2870-71.

26. Zie HR 17 december 2010, *RvdW* 2011, 7 (*Wilnis*).

27. Er is uiteraard het nodige af te dingen op dit onderscheid omdat niet alle situaties zo duidelijk zijn in te delen als hier aangegeven. Het onderscheid wordt mede ingegeven door de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). Uit de milieugerelateerde jurisprudentie van het EHRM volgt dat er enerzijds jurisprudentie is waarbij burgers worden blootgesteld aan langdurige geluidsoverlast of gevaarlijke stoffen (vgl. o.a. EHRM 9 november 2010, *EHRC* 2011/10 (*Dees v. Hongarije*) en EHRM 9 juni 2005, *EHRC* 2005/80 (*Fadeyeva v. Rusland*)) en anderzijds plotselinge gebeurtenissen waardoor burgers schade oplopen (vgl. o.a. EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43 (*Öneryildiz v. Turkije*)). De ruimte ontbreekt om op deze jurisprudentie in te gaan, maar wij menen uit deze jurisprudentie af te kunnen leiden dat het EHRM, hoewel het nuances betreft, een verschillende norm aanlegt voor de beoordeling van beide typen zaken.

1.2 Voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht

1.2.1 Voorzorgsbeginsel

De afgelopen jaren is er veel discussie geweest over de rol en de betekenis van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht.²⁸ Uit die discussie volgt dat het voorzorgsbeginsel vele verschijningsvormen kent en geen vastomlijnd begrip is. Toch kan uit de literatuur,²⁹ (Europese) jurisprudentie³⁰ en diverse beleidsstukken, waaronder de mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel³¹ en het door de Nederlandse centrale overheid vastgestelde hoogspanningslijnenbeleid,³² worden afgeleid dat het voorzorgsbeginsel met name een rol speelt in situaties waarbij er onzekerheid bestaat omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor mens en milieu van bepaalde activiteiten en de preventieve en/of beschermende maatregelen die onder dergelijke omstandigheden van – om ons te beperken tot de uitgangspunten van deze bijdrage – overheden mogen worden verwacht. Uitgangspunt daarbij is dat preventieve en/of beschermende maatregelen mogen worden genomen – en onder omstandigheden mogen worden verwacht –, zonder dat hoeft te worden gewacht tot de realiteit en de ernst van deze risico's volledig zijn aangetoond. Dergelijke maatregelen mogen derhalve, onder omstandigheden, ook worden verwacht als er nog sprake is van onzekerheid en derhalve nog

28. Voor een goed literatuuroverzicht alsmede een overzicht van relevante rapporten, waaronder dat van de WRR, wordt verwezen naar: A. Trouwborst, 'De harde kern van het voorzorgsbeginsel', *Men R* 2007, p. 198 e.v. en L.J. Smale & J.P. van der Sluijs, 'Magnetische velden van hoogspanningslijnen en kinderleukemie: het voorzorgsbeginsel in het Nederlands omgevingsrecht en in het aansprakelijkheidsrecht', *TMA* 2010, p. 150-151. Recentelijk zijn daar de volgende publicaties aan toegevoegd: A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010, p. 185 e.v.; N. de Sadeleer, 'The Precautionary Principle in EU Law', *AV&S* 2010, p. 173 e.v.; W.Th. Braams e.a., 'Het recht van het klimaat', in: W.Th. Braams e.a. (red.), *Klimaat en recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5 e.v.; M. Haritz, *An Inconvenient Deliberation. The Precautionary Principle's Contribution to the Uncertainties Surrounding Climate Change Liability*, Chapter 2, The Precautionary Principle as a Measure to Handle Uncertainty, 2011.

29. Zie de vorige noot.

30. Zie o.a. GvEA 11 september 2002, zaak T-13/99, *Pfizer Animal Health* [2002] ECR II-3305 en GvEA 11 juli 2007, zaak T-229/04, *Zweden v. Commission*, Rec. 2007, p. II-2437 en, meer recentelijk, HvJ EU 22 december 2010, *Men R* 2011/79 m.nt. VS en de conclusie van A-G Mengozzi van 22 maart 2011 in de gevoegde zaken C-58/10 tot en met C-68/10 (*Monsanto SAS e.a.*)

31. Communication from the European Commission on the Precautionary Principle, COM (2000) 1.

32. Zie bijlage bij de brief van de staatssecretaris van VROM aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 3 oktober 2005 (*Kamerstukken II* 2005/06, 28 089, nr. 12), advies met betrekking tot hoogspanningslijnen, kenmerk SAS/2005183118, en brief van de minister van VROM d.d. 4 november 2008, verduidelijking van het advies met betrekking tot hoogspanningslijnen, kenmerk DGM\2008105664. Zie nader over het hoogspanningslijnenbeleid Smale en Van der Sluijs 2010 en R.J.J. Aerts & E.H.P. Brans, 'Het voorzorgsbeginsel en de risico's van gezondheidsschade door bovengrondse hoogspanningslijnen', *Men R* 2009, p. 144 e.v.

geen volledige risicobeoordeling kan worden uitgevoerd.³³ Belangrijk discussiepunt is overigens wel of het hier enkel en alleen gaat om wetenschappelijke onzekerheden of ook om niet-wetenschappelijke onzekerheden en welke mate van wetenschappelijke of niet-wetenschappelijke onzekerheid vereist is om te mogen verwachten dat preventieve en/of beschermende maatregelen worden genomen. Uitgaande van de kern van het beginsel gaat het om het nemen van preventieve en/of beschermende maatregelen in een zodanig vroeg stadium en uitgaande van de best beschikbare informatie, dat onacceptabele effecten van een bepaald handelen of nalaten kunnen worden voorkomen of worden teruggebracht tot een acceptabel niveau.³⁴ Simpel gezegd: ‘better safe than sorry’. Uitgaande van diverse (recente) verdragsteksten, beleidsdocumenten en (Europese) jurisprudentie volgt echter dat waar het gaat om de toepassing van het voorzorgsbeginsel veelal een relatie wordt gelegd met wetenschappelijke (on)zekerheid.³⁵ Zo ook in de United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). Zo bepaalt artikel 3 lid 3 van dit verdrag:

‘The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures [...]’

Verder is algemeen uitgangspunt dat toepassing van het voorzorgsbeginsel niet betekent dat de activiteiten die risico’s opleveren voor mens en milieu in het geheel niet meer mogen plaatsvinden of dat als duidelijk wordt dat een bepaald handelen of nalaten een risico oplevert voor mens en milieu, alles moet worden gedaan om het risico tegen te gaan of te verminderen.

Het is lastig om in abstracto goed aan te geven welk risiconiveau in het algemeen het nemen van preventieve of beschermende maatregelen rechtvaardigt en wat de omvang van dergelijke maatregelen zou moeten zijn.³⁶ Uit diverse verdragsteksten, rechtelijke uitspraken en publicaties volgt echter dat (inmiddels) diverse fac-

33. Zie o.a. art. 7 (1) van EU-verordening nr. 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, *PbEG* 2002, L 31/1.

34. Zie in deze zin Trouwborst 2007, p. 199-200. Zie echter ook Communication of the Commission to the European Parliament and the Council Facing the challenge of the safety of offshore oil and gas activities, COM(2010) 560 final, Brussels, 12 oktober 2010, p. 10.

35. Zie o.a. de reeds aangehaalde mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel alsmede het in diverse documenten vastgelegde hoogspanningslijnenbeleid.

36. Zie in deze ook A-G Mengozzi in de conclusie van 22 maart 2011 in de gevoegde zaken C-58/10 tot en met C-68/10 (*Monsanto SAS e.a.*).

toren zijn te onderscheiden die bepalend zijn voor de vraag wanneer op basis van het voorzorgsbeginsel verwacht mag worden dat preventieve en/of beschermende maatregelen worden genomen en de omvang ervan.³⁷ Zoals valt te verwachten speelt daarbij uiteraard de aard en omvang van de potentiële schadelijke gevolgen van een niet-handelen een belangrijke rol alsmede de omvang van de (wetenschappelijke) onzekerheid over oorzaak-effectrelaties en verder de omvang en kosten van de preventieve en/of beschermende maatregelen die kunnen worden genomen.³⁸

1.2.2 *Kelderluikcriteria*

Het betreft eigenlijk een toepassing van de *Kelderluik*-criteria,³⁹ waarbij wel opgemerkt moet worden dat in tegenstelling tot de casuspositie die ten grondslag ligt aan dat arrest, het in geval van klimaatverandering vooralsnog (veelal) niet duidelijk zal zijn wie slachtoffer kan worden van de gevolgen hiervan of van het uitblijven van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan dan wel de gevolgen ervan te beperken.⁴⁰ Het betreft een veel grotere groep van potentiële slachtoffers, die bovendien moeilijker individualiseerbaar is dan in het geval van de casus die ten grondslag ligt aan het *Kelderluik*-arrest. Er is zo gezegd sprake van causaliteitsonzekerheid, waarbij het – uitgaande van de kennis die wij op dit moment hebben van klimaatverandering, de wijze waarop deze zich manifesteert en de schadelijke gevolgen ervan – vooralsnog veelal gaat om een generieke causaliteitsonzekerheid.⁴¹ Onzeker is – op een meer algemeen niveau – of een handelen of nalaten om preventieve of schadebeperkende maatregelen tegen de gevolgen van klimaatverandering te nemen, leidt tot schade voor een te onderscheiden groep van personen.⁴²

Toch is hiermee niet gezegd dat in geval van onzekere risico's niets van de overheid mag worden verwacht. Allereerst volgt uit de jurisprudentie dat als een overheid tekortschiet in het nemen van veiligheidsmaatregelen gericht op het tegengaan van risico's verbonden aan haar bekende gevaren, zij in beginsel ook aansprakelijk is voor de verwezenlijking van risico's van de haar toen nog niet bekende gevaren als de eerstbedoelde veiligheidsmaatregelen voldoende zouden zijn geweest om het niet bekende gevaar af te wenden.⁴³ Voorts is van belang dat indien op basis van wetenschappelijke data twijfel ontstaat over het bestaan van een bepaald risico, er

37. Zie noot 35.

38. Zie noot 35.

39. Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. Scholten.

40. Zie in vergelijkbare zin Franken 2010, p. 187.

41. Het begrip 'generieke causaliteitsonzekerheid' is ontleend aan Franken 2010.

42. Zekerheidshalve merken wij op dat er uiteraard uitzonderingen denkbaar zijn, maar dan moet er wel sprake zijn van een weten of een behoren te weten van een redelijkerwijs voorzienbaar risico.

43. Zie HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. P.A.S. (*Cijsouw I*).

een verplichting voor de overheid kan ontstaan om daar onderzoek naar te doen. Het bestaan van deze onderzoeksplicht en de aard en omvang ervan is terug te voeren op artikel 6:162 BW, waarbij in dit geval nog een rol speelt dat het hier veelal niet zal gaan om handelen van de overheid waardoor de schade zou kunnen ontstaan, maar (juist) een nalaten. De rechtvaardiging hiervoor is terug te voeren op, kort gezegd en in abstracto, de rol die de overheid heeft bij de bescherming van haar burgers enerzijds en anderzijds de onmogelijkheid van burgers om gegeven de veelal beperkte kennis en kunde om bepaalde gevaren af te wenden. Een belangrijke nuancering is overigens wel dat er zeer wel situaties denkbaar zijn waarbij burgers juist risico's opzoeken, bijvoorbeeld door te gaan wonen in gebieden waarvan men nu reeds weet dat deze kwetsbaar zijn voor overstromingen. In dergelijke situaties geldt afhankelijk van de resultaten van de onderzoeken die zijn uitgevoerd nog wel een waarschuwingsplicht, maar of in een dergelijke situatie de verplichtingen van de overheid verder gaan dan dat, hangt af van de aard en omvang van de risico's waaraan deze burgers gegeven de resultaten van de onderzoeken aan bloot staan. Verder is nog van belang op te merken dat wat op enig moment een nog volkomen onbekend risico is, dat op het volgende moment niet meer hoeft te zijn, hetgeen erin kan resulteren dat vanaf dat moment maatregelen mogen worden verwacht gericht op het tegengaan van dit risico, althans het beperken van de gevolgen ervan. Illustratief in die zin is de uitspraak van de Hoge Raad van 17 december 2010 in de zaak *Wilnis*.⁴⁴ In deze zaak was de vraag aan de orde of het betrokken waterschap ex artikel 6:174 BW aansprakelijk is voor schade ontstaan door een dijkverschuiving die toe te schrijven is aan de uitdroging van de veendijk tengevolge van langdurige droogte. Een op het moment van het plaatsvinden van de dijkverschuiving volgens de toenmalige stand van de wetenschap en techniek nog onbekend risico. De Hoge Raad oordeelt dat dit in beginsel niet het geval is, waaruit kan worden afgeleid – zo menen wij – dat de overheid niet snel aansprakelijk kan worden gehouden voor schade ontstaan door klimaatverandering indien het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en techniek – en dus naar objectieve maatstaven – niet kenbaar was.⁴⁵ Een nuancering is hier wel op zijn plaats. Zo volgt uit het arrest dat gezien de grondslag van de vordering van de eisende partij alsmede onder meer de bestemming en waarborgfunctie van de kade, aan de onderbouwing van de stelling van gedaagde dat het gevaar van een kaderverschuiving op het moment van plaatsvinden ervan niet kenbaar was, strenge eisen worden gesteld.⁴⁶ Dit brengt met zich, zo lijkt het, dat in dit geval van waterschappen mag worden verwacht dat zij ervoor zorgen op de hoogte te blijven

44. HR 17 december 2010, LJN BN6236, *RvdW* 2011, 7, *M en R* 2011/80 m.nt. Warendorf.

45. Vergelijk in die zin ook HR 9 juli 2010, LJN BL3262 (*Vuurwerkcramp*).

46. HR 17 december 2010, LJN BN6236, r.o. 4.4.5 en 4.4.6.

van voor hen relevante ontwikkelingen in de wetenschap en techniek. Uit het arrest volgt immers dat geen beroep meer kan worden gedaan op de niet-kenbaarheid van een risico dat zich heeft gemanifesteerd als er wetenschappelijke publicaties zijn die voor het risico dat zich heeft voorgedaan hebben gewaarschuwd. Volledigheids-halve zij nog opgemerkt dat het *Wilnis*-arrest betrekking heeft op een casus waarvoor een risico-aansprakelijkheid geldt, te weten artikel 6:174 BW. Dat zal lang niet in alle klimaatcasus het geval zijn. Daarnaast volgt uit het arrest dat overheden ter zake van de maatregelen die zij nemen of die van hen verwacht mogen worden als zij op de hoogte raken van een bepaald risico, een zekere beleidsvrijheid hebben en voorts dat er ter zake van de maatregelen die dan van hen mogen worden verwacht, ook rekening dient te worden gehouden met de (beperkte) financiële middelen die hun ten dienste staan om hun publieke taak te vervullen.⁴⁷

Interessant aan het *Wilnis*-arrest is verder dat hieruit volgt dat van waterschappen sinds het plaatsvinden van de dijkverschuiving en het bekend worden van de oorzaak ervan, meer verwacht mag worden waar het gaat om het nemen van maatregelen als ten gevolge van langdurige droogte een uitdroging van dijken dreigt.⁴⁸ Het tot voor kort onbekende risico is geen onbekend risico meer. Overigens blijken waterschappen ook gehoor te geven aan deze verplichting nu zij in de langdurige periode van droogte die zich in het voorjaar van 2011 voordeed, overgegaan zijn tot het besproeien van de veendijken die zij in beheer hebben.⁴⁹

Kortom, naarmate er op basis van wetenschap en techniek meer bekend wordt over risico's waaraan burgers blootstaan en de aard en omvang van deze risico's, zal meer van overheden mogen worden verwacht. Als dan wordt nagelaten maatregelen te nemen, kan aansprakelijkheid niet worden uitgesloten, waarbij zij opgemerkt dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van (on-) zekerheid in de wetenschap omtrent het bestaan van een causaal verband tussen klimaatverandering en de specifieke gevolgen ervan, in eerste instantie het doen van onderzoek naar de aard en omvang van deze tot voor kort nog onbekende risico's voldoende kan zijn en overheden er op basis van jurisprudentie⁵⁰ van uit mogen gaan dat hun nog enige tijd wordt gegund om te bepalen welke maatregelen genomen dienen te worden en om deze te implementeren. Daarbij moet ook nog worden opgemerkt dat overheden over het algemeen een aanzienlijke beleidsvrijheid hebben bij het bepalen van de aard van de maatregelen die worden genomen. Daarnaast

47. HR 17 december 2010, LJN BN6236, r.o. 4.4.5.

48. Zie hieromtrent S.D. Lindenbergh, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?' Annotatie HR 17 december 2010, LJN BN6236, *Ars Aequi* 2011/03, p. 208-213.

49. Zie R. Didde, 'Ook dit jaar dreigen de dijken te verdrogen', *de Volkskrant* 21 mei 2001, p. 6.

50. Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (*Cijsouw I*).

speelt ook de omvang van de financiële middelen die hun ten dienste staan om de aan hen verleende taken te vervullen een rol.⁵¹

Aan bovenstaande analyse moet nog een element worden toegevoegd. Uit de literatuur volgt dat in en buiten de rechtszaal in toenemende mate een beroep wordt gedaan op mensenrechten om te betogen en zo mogelijk te bewerkstelligen dat overheden feitelijke en/of juridische maatregelen nemen om klimaatverandering tegen te gaan of om de gevolgen ervan te beperken.⁵² In het onderstaande wordt hier nader op ingegaan. Daarbij ligt de nadruk op de vraag wat van overheden aan klimaatadaptatiemaatregelen mag worden verwacht in de situatie dat er onzekerheid bestaat over de omvang van klimaatverandering en de gevolgen ervan en of het niet of onvoldoende nemen van dergelijke maatregelen een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt. We beperken ons daarbij tot het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

1.3 Voorzorg en het EVRM

Voor de beoordeling van bovenstaande vraag is van belang dat uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat voor de overheid (ook) positieve verplichtingen voortvloeien uit het EVRM. Hoe ver deze positieve verplichtingen reiken is in algemene zin niet aan te geven. Dat hangt in hoge mate af van de omstandigheden van het geval en van het recht dat mogelijk door een uitblijven van dat handelen wordt geschonden; het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM) en/of het recht op het ongestoord genot van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM (EP)). Hieronder zal nader op de omvang van deze positieve verplichtingen worden ingegaan. Daarbij ligt de nadruk op de materiële positieve verplichtingen. Niet zal worden ingegaan op de procedurele positieve verplichtingen die voor overheden voortvloeien uit het EVRM.

1.3.1 Positieve verplichtingen

Er zijn diverse uitspraken van het EHRM waaruit volgt dat het voorzorgsbeginsel een rol speelt bij de beoordeling van een ingediende klacht. Een voorbeeld van een uitspraak van het EHRM waarin expliciet aan het voorzorgsbeginsel wordt getoetst

51. Zie HR 17 december 2010, LJN BN6236, r.o. 4.4.6.

52. M. Averill, 'Linking Climate Litigation and Human Rights', *RECIEL* 18, 2009, p. 140 e.v.; Posner 2007 en verder de diverse bijdragen in S. Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, 2010. Zie ook <www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/index.htm>.

is de zaak *Tatar v. Roemenië*,⁵³ maar er zijn meer uitspraken van het EHRM waaruit volgt dat van een overheid maatregelen mogen worden verwacht gericht op de bescherming van burgers en hun eigendommen, ook als het nog niet zeker is dat de gebeurtenis waardoor deze schade zou kunnen worden veroorzaakt ook werkelijk gaat plaatsvinden. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM van 30 november 2004 in de zaak *Öneryildiz v. Turkije*.⁵⁴ Uit deze uitspraak volgt dat met name de kennis van de betrokken overheden over het potentiële risico waaraan mensen werden blootgesteld van groot belang is. Zo volgt uit deze uitspraak dat deskundigen in mei 1991 – twee jaar voor het plaatsvinden van de methaanexplosie in de vuilnisbelt die centraal staat in deze uitspraak – hebben geconstateerd dat deze vuilnisbelt niet voldeed aan de geldende veiligheidsvoorschriften en expliciet in het ten behoeve van lokale overheden opgestelde onderzoeksrapport hebben opgemerkt:

‘In any waste-collection site methane, carbon-dioxine and hydrogen-sulphide gases, among others form. These substances must be collected under supervision and (...) burnt. The tip in question is not equipped with such a system, however. If methane is mixed with air in a particular proportion, it can explode. This installation contains no means of preventing an explosion of methane (...). May God preserve us, as the damage could be very substantial given the neighbouring dwellings’ (r.o. 12).

Ondanks deze waarschuwing en de aanbevelingen van de nationale overheid om maatregelen te nemen, werden er geen maatregelen genomen door de verantwoordelijke autoriteiten om het gevaar te beperken of tegen te gaan. Op 28 april 1993 vindt er een methaanexplosie plaats in de stortplaats waardoor er een landverschuiving en een verschuiving van afval plaatsvindt en 39 mensen overlijden. Zoals bekend heeft het EHRM in deze zaak geoordeeld dat Turkije artikel 2 EVRM heeft geschonden. Uit de motivering van het Hof volgt dat met name van belang wordt geacht dat de lokale autoriteiten op de hoogte waren of hadden kunnen zijn van het gevaar waaraan Öneryildiz en anderen werden blootgesteld en verder dat de maatregelen die genomen hadden kunnen worden om het gevaar af te wenden, pasten binnen de bevoegdheden van deze overheden, niet disproportioneel kostbaar zouden zijn geweest en ook worden beschouwd als passend om dit gevaar tegen te gaan.⁵⁵ Van geen belang wordt geacht dat op het moment van uitbrengen van het rapport waarin

53. EHRM 27 januari 2009, *AB* 2009, 285 m.nt Barkhuysen en Emmerik en *EHRC* 2009/40 m.nt. Peeters.

54. EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz v. Turkije*, *AB* 2005, 43.

55. *Öneryildiz v. Turkije*, r.o. 101 en 107. Zie in vergelijkbare zin EHRM 3 april 2001, *ECHR* 2001-III (*Keenan v. United Kingdom*).

werd gewaarschuwd tegen bovengenoemd gevaar, nog niet duidelijk was wanneer de methaanexplosie precies zou kunnen plaatsvinden. Doorslaggevend is dat

‘the risk of an explosion had clearly come into being long before it was highlighted in the report of 7 May 1991 and that, as the site continued to operate in the same conditions, that risk could only have increased during the period until it materialised on 28 April 1993.’ (r.o. 100)

Daarnaast wordt nog van belang geacht dat de vuilnisbelt onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid wordt geëxploiteerd.⁵⁶

Een andere hier relevante uitspraak is de uitspraak van het EHRM van 20 maart 2008 (*Budayeva v. Rusland*). De zaak heeft betrekking op de schade die is veroorzaakt door een reeks van modderstromen die hebben plaatsgevonden in de periode 18 tot 25 juli 2000. In het verleden is het dorp Tyrnauz, waar verzoekers wonen, met enige regelmaat geconfronteerd met modderstromen. Om schade door deze modderstromen te voorkomen is er in 1999 een dam in gebruik genomen gericht op het tegenhouden van modder en het verder beveiligen van het dorp tegen de modderstromen. Op 20 augustus 1999 is de dam ten gevolge van een modderstroom zwaar beschadigd geraakt. Kort daarna, op 30 augustus 1999, heeft de lokale overheid de centrale overheid opgeroepen herstelwerk te verrichten aan de dam en een *early warning*-systeem op te zetten zodat het mogelijk wordt tijdig alarm te slaan in geval van een modderstroom. Dit is nog eens kracht bijgezet door een brief aan de centrale overheid, van 17 januari 2000, waarin allereerst wordt opgemerkt dat het gebied waar verzoekers wonen ‘one of the area’s most at risk of a mudslide in the Russian Federation’ is en vervolgens dat

‘In view of the high risk of mudslides in the coming year and given that the reconstruction of the dam does not appear financially or technically feasible, observation points must be set up in the upper section of the Gerhozhansu River to avoid casualties and mitigate the damage ... with the task of monitoring the river and giving an emergency warning to civilians in the event of a mudslide (...)’ (r.o. 91).

Deze waarschuwingen en verzoeken zijn herhaald in brieven aan de centrale overheid van 7 maart en 7 juli 2000, waarbij nog is aangegeven dat het uitblijven van maatregelen kan leiden tot ‘an emergency on a scale that is impossible to predict, with record financial losses and, probably, casualties’ (r.o. 92). Het dorp van ver-

56. *Öneryildiz v. Turkije*, r.o. 101 e.v.

zoekers wordt in de periode 18-15 juli 2000 door diverse modderstromen getroffen waardoor verzoekers schade lijden.

In de procedure voor het EHRM is de vraag aan de orde of Rusland onder meer artikel 2 EVRM heeft geschonden. Interessant aan deze uitspraak is de maatstaf die het EHRM hier hanteert. Zo merkt het Hof op dat de wijze waarop een verdragstaat voldoet aan zijn positieve verplichtingen, aan deze staat is en dat deze op dit punt een aanzienlijke beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van prioriteiten die gesteld worden en middelen die worden ingezet. Daarbij wordt met betrekking tot deze beoordelingsvrijheid en de keuzes die in dat verband worden gemaakt nog aangegeven dat de

‘margin of appreciation (...) must be afforded even greater weight in the sphere of emergency relief in relation to a meteorological event, which is as such beyond human control, than in the sphere of dangerous activities of a man-made nature.’ (r.o. 135)

Dat laatste is uiteraard interessant voor deze bijdrage aangezien klimaatverandering en de meteorologische gebeurtenissen die in dat verband kunnen plaatsvinden, niet of slechts beperkt door mensen worden beheerst en moet worden onderscheiden van gevaarlijke activiteiten zoals de productie en opslag van chemicaliën.

Het EHRM besliste in de *Budayeva*-zaak uiteindelijk dat artikel 2 EVRM is geschonden omdat de betrokken overheden ondanks concrete waarschuwingen, waarbij ook is gewezen op de aanzienlijke gevolgen van eventuele modderstromen voor het dorp van verzoekers, in het geheel geen maatregelen hebben genomen. Van een redelijke invulling van de beleidsvrijheid die overheden hebben met betrekking tot bedoelde positieve verplichtingen was derhalve geen sprake (r.o. 156).

De casusposities die ten grondslag liggen aan beide uitspraken kenmerken zich door een reële kans op het ontstaan van een levensgevaarlijke situatie, waarbij nog wel een verschil is dat in het ene geval menselijk handelen ten grondslag ligt aan het ontstaan van de schade en in het andere geval natuurgeweld. In beide gevallen geldt verder dat gezien de concrete aanwijzingen op het kunnen ontstaan van schade en de aard en ernst ervan, voorzorgsmaatregelen mochten worden verwacht van overheden. Juist het uitblijven ervan heeft ertoe geleid dat het EHRM aansprakelijkheid heeft aangenomen. Overigens moet hier nog wel worden opgemerkt dat het in geen van deze twee zaken zeker was dat het risico waarvoor werd gewaarschuwd zich ook zou voordoen. Hetzelfde geldt voor de schade die uiteindelijk is ontstaan.

Het EHRM verwijst in de arresten *Öneryildiz v. Turkije* en *Budayeva v. Rusland* niet naar het voorzorgsbeginnsel. Dat gebeurt wel in de uitspraak van het EHRM van

27 januari 2009 (*Tatar v. Roemenië*).⁵⁷ In deze zaak gaat het om twee personen die in Baia Mare wonen, nabij een goudmijn. In 1998 wordt vergunning verleend voor de exploitatie van de mijn. In 2000 breekt er een dam door waardoor er gevaarlijke stoffen zoals cyanide, lood, zink en cadmium vrijkomen. Uit diverse onderzoeken die na de damdoorbraak zijn uitgevoerd, volgt dat de gehaltes aan gevaarlijke stoffen die in onder meer de lucht en de bodem worden aangetroffen, boven de nationale en internationale standaarden liggen en voorts dat de gezondheidsklachten van de omwonenden van de mijn zijn verergerd.

Het bedrijf zet na het plaatsvinden van de damdoorbraak de bedrijfsactiviteiten voort. Dat gebeurt op basis van de in 1998 verleende vergunning en met dezelfde technieken als die werden gebruikt voor het plaatsvinden van het incident. De zaak die bij het EHRM dient, richt zich op het continueren van de bedrijfsactiviteiten en de mogelijke gezondheidsrisico's die dit met zich brengt. Uit de uitspraak volgt echter dat ook hetgeen zich in het verleden heeft voorgedaan, waaronder het incident in 2000, van belang is voor de beoordeling van de klacht van Tatar c.s.

Interessant aan de uitspraak is dat het Hof aanneemt dat hoewel klagers er niet in zijn geslaagd een causaal verband aan te tonen tussen de activiteiten van de exploitant van de goudmijn en de (verergering) van gezondheidsklachten van klagers,⁵⁸ er toch voor de overheid een verplichting wordt aangenomen om bij een reële kans op een negatieve beïnvloeding van de gezondheid, de redelijkerwijs vergbare maatregelen te nemen. Daarbij wijst het hof expliciet naar het voorzorgsbeginsel (en overigens de diverse rechtsbronnen waarin dit beginsel inmiddels is vastgelegd⁵⁹). Hoewel het Hof nalaat een duidelijke invulling te geven aan het voorzorgsbeginsel – zoals eerder opgemerkt is, kent het beginsel vele gezichten en gedaantes – volgt uit de uitspraak dat de afwezigheid van zekerheid over het intreden van milieuschade, althans de gezondheidseffecten die daardoor kunnen ontstaan of daarmee samenhangen, geen reden is voor de overheid af te zien van maatregelen gericht op de bescherming van de menselijke gezondheid. Wanneer deze verplichting precies ontstaat – enkel en alleen bij voldoende overtuigend (statistisch) bewijs of eerder al – volgt niet uit de uitspraak,⁶⁰ maar onze indruk is dat hetgeen zich in het verleden

57. EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285 m.nt Barkhuysen en Emmerik en EHRC 2009/40 m.nt. Peeters. Er zijn overigens andere milieugerelateerde uitspraken van het EHRM waarin het voorzorgsbeginsel een rol speelt of lijkt te spelen. Dit wordt echter niet expliciet aangegeven. Zie in deze zin EHRM 2 november 2006, (2007) 45 E.H.R.R. 38 (*Giacomelli v. Italië*), r.o. 82.

58. EHRM 27 januari 2009, AB 2009, 285 (*Tatar v. Roemenië*), r.o. 106-107.

59. *Tatar v. Roemenië*, r.o. 69.

60. Zie in vergelijkbare zin Peeters in haar noot in EHRC 2009/40. Uit EHRM 2 december 2010, EHRC 2011/34 m.nt. Leijten (*Atanasov v. Bulgarije*), waarin naar de uitspraak *Tatar v. Roemenië* wordt verwezen, volgt dat het Hof er in het algemeen van uit gaat dat het bewijs voor het bestaan van een aantasting van fundamentele belangen 'beyond reasonable doubt' moet zijn, maar – zo wordt opgemerkt – 'such proof may follow from coexistence of sufficiently strong, clear and concordant

heeft voorgedaan in Baie Mare en de langdurige passiviteit van de Roemeense overheid waar het gaat om het nemen van adequate beschermingsmaatregelen, door het Hof van groot belang wordt geacht.⁶¹

Bovenstaande uitspraken zijn relevant voor het onderwerp van deze bijdrage aangezien uit deze uitspraken volgt dat hoe concreter de kennis is waarover de overheid beschikt met betrekking tot de gevolgen van klimaatverandering en de risico's die daardoor voor haar burgers kunnen ontstaan, hoe eerder preventieve, schadebeperkende en/of andere beschermingsmaatregelen mogen worden verwacht. Het niet nemen van dergelijke maatregelen kan een aansprakelijkheidsrisico met zich brengen, maar of dat werkelijk zo is en de omvang ervan is in hoge mate afhankelijk van de concreetheid van deze kennis en voorts van de schade die zou kunnen ontstaan. Als aannemelijk is dat ten gevolge van klimaatverandering en het uitblijven van schadebeperkende of preventieve maatregelen, personen kunnen overlijden of aanzienlijke gezondheidsschade kan ontstaan, mag – zo volgt uit de jurisprudentie van het EHRM – meer van overheden worden verwacht dan wanneer het enkel gaat om materiële schade.⁶² Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt echter ook dat overheden ten aanzien van de maatregelen die worden genomen een aanzienlijke beleidsvrijheid hebben, zeker indien de schade die is ontstaan het gevolg is van natuurkrachten.⁶³ Verder is het vaste jurisprudentie van het EHRM dat schadebeperkende of preventieve maatregelen niet zo ver hoeven te gaan dat ieder risico wordt weggenomen.⁶⁴

Tot slot zij opgemerkt dat uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat er op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM ook een positieve verplichting bestaat voor de verdragsstaten tot het informeren van betrokkenen over de milieurisico's waaraan zij zijn of worden blootgesteld.⁶⁵ Deze verplichting, die overigens ook volgt uit artikel 5 van het Verdrag van Aarhus,⁶⁶ kan derhalve met zich brengen dat ondanks aanwezige onzekerheden, betrokkenen geïnformeerd dienen te worden over de potentiële risi-

inferences or of similar unrebutted presumptions of fact' (r.o. 75). Zie ook EHRM 26 juli 2011, *EHRC 2011/147 (Stoicesu v. Roemenië)* waaruit volgt dat ook statistiek hierbij een rol kan spelen.

61. Dit menen wij niet af te kunnen leiden uit deze uitspraak, maar ook uit onder meer EHRM 2 december 2010, *EHRC 2011/34 (Atanasov v. Bulgarije)* (zie r.o. 73).

62. Zie deze zin EHRM 28 oktober 1998, *NJCM-bull.* 1999, p. 512 (*Osman v. United Kingdom*).

63. Zie o.a. EHRM 10 februari 2011, no. 30499/03 (*Dubetska v. Oekraïne*), r.o. 141, daarbij verwijzend naar EHRM 8 juli 2003, *AB 2003*, 445 m.nt. Woltjer (*Hatton v. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 9 juni 2005, *EHRC 2005/80* m.nt. Jansen (*Fadeyeva v. Rusland*).

64. Zie o.a. EHRM 15 december 2009, *EHRC 2010/16 (Kalender v. Turkije)*.

65. Zie in deze zin onder meer EHRM 19 februari 1998, *NJ 1999*, 690 (*Guerra e.a. v. Italië*). Zie ook het reeds aangehaalde arrest *Öneryildiz v. Turkije*.

66. Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, *Trb.* 2001, 73. Zie verder over dit verdrag en in de context van de onderhavige bijdrage, Bruggeman en Peeters 2008, p. 20.

co's waaraan zij zijn of mogelijk worden blootgesteld zodat voor hen een mogelijkheid ontstaat om zelf preventieve en/of schadebeperkende maatregelen te nemen. Uit de jurisprudentie van het EHRM alsmede het Verdrag van Aarhus volgt dat met name sprake is van een actieve verplichting tot het verstrekken van informatie als sprake is van een onmiddellijke bedreiging van de menselijke gezondheid, maar nadrukkelijk zij opgemerkt dat de bedoelde informatieverplichting daartoe niet is beperkt.⁶⁷

Gezien het voorgaande kan in algemene zin gesteld worden dat hetgeen voor overheden aan verplichtingen voortvloeit uit het EVRM, vergelijkbaar is met hetgeen op basis van de eerder besproken *Kelderluik*-jurisprudentie mag worden verwacht van overheden en verder dat de factoren die in de *Kelderluik*-jurisprudentie worden onderscheiden ook hier een rol spelen. Verder kan uit de uitspraken worden afgeleid dat op basis van het voorzorgsbeginsel preventieve of schadebeperkende maatregelen mogen worden verwacht, maar uit de jurisprudentie van het EHRM volgt ook dat de verplichting om dergelijke maatregelen te nemen pas ontstaat als enige kennis aanwezig is over de potentiële risico's waaraan burgers worden blootgesteld en verder dat hoe concreter dergelijke kennis is, hoe eerder mag worden verwacht dat bedoelde maatregelen worden genomen. Daarnaast kan er sprake zijn van een informatieverplichting.

Deel 2 Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door maatregelen die met een beroep op het voorzorgsbeginsel zijn genomen

2.1 Inleiding

In deel 1 van deze bijdrage zijn wij ingegaan op de vraag wat, gezien de verwachting dat het niet voldoende onder controle krijgen van de wereldwijde temperatuurstijging zal leiden tot een stijging van de zeespiegel en wateroverlast, op basis van het voorzorgsbeginsel van overheden mag worden verwacht. Uit de jurisprudentie volgt dat naarmate er meer zekerheid bestaat over de negatieve gevolgen van klimaatverandering, de wijze waarop dit zich voor Nederland manifesteert en de risico's daarvan voor de veiligheid van burgers, er meer van overheden mag worden verwacht met betrekking tot het nemen van maatregelen ter voorkoming en/of beperking van deze negatieve gevolgen dan wanneer deze risico's nog onzeker en abstract zijn. Indien overheden in dergelijke gevallen niet of onvoldoende maatre-

67. Zie verder over de informatieverplichting: A. Gouritin, 'Potential liability of European State under EHRC', in: Peeters en Faure 2011, p. 144 en 149.

gelen nemen om deze negatieve gevolgen te beperken, brengt dit een aansprakelijkheidsrisico met zich voor de betrokken overheden.

Het is vanwege dit aansprakelijkheidsrisico dan ook voorstelbaar dat overheden als gevolg van het bestaan van onzekere risico's met betrekking tot klimaatverandering – ondanks deze bestaande onzekerheden – op grond van het voorzorgsbeginsel maatregelen nemen gericht op het tegengaan van de negatieve gevolgen van klimaatverandering.

In paragraaf 1.1 is reeds opgemerkt dat er in Nederland al een aantal maatregelen door overheden is genomen om de gevolgen van wateroverlast, veroorzaakt door zware regenval, (extreem) hoge rivierwaterafvoer en zeespiegelstijging, tegen te gaan. Het valt te verwachten dat het aantal maatregelen om de kans op extreme wateroverlast als gevolg van klimaatverandering tegen te gaan in de toekomst nog verder zal worden uitgebreid of dat de in dit verband al bestaande maatregelen zullen worden aangepast. In dit verband wezen wij reeds op een recente studie van het RIVM waaruit volgt dat het buitendijks gebied in de regio Rijnmond kwetsbaar is voor overstromingen en dat een overstroming van dit gebied grote gevolgen kan hebben voor natuur en milieu.⁶⁸ Tevens wijzen wij op een recent onderzoek van het Nationaal Onderzoekprogramma Kennis voor Klimaat, waarin is aangegeven dat de kwetsbaarheid van de buitendijkse gebieden in de Rijnmond-Drechtsteden toeneemt door klimaatverandering. Het onderzoek heeft, naast het inzicht in de veranderende risico's op overstromingen als gevolg van klimaatverandering, inzicht opgeleverd in de als gevolg van overstromingen optredende schades in het stedelijk gebied en in de kwetsbaarheid van het havengebied in de Rijnmond-Drechtsteden. De kwetsbaarheid voor overstromingen die zich in extreme omstandigheden kunnen voordoen, neemt als gevolg van de klimaatverandering toe. De onderzoekers pleiten in dit geval voor een strategie die zich richt op de preventie van overstromingen alsmede voor een strategie waarbij er rekening mee wordt gehouden dat er van tijd tot tijd overstromingen zullen voorkomen.⁶⁹ Het deelprogramma Rijnmond-Drechtsteden gaat onderzoeken hoe de regio Rijnmond-Drechtsteden kan worden

68. T. de Nijs & J. Claessens, *Afsluitbaar Open Rijnmond – een eerste integrale verkenning: effecten op natuur en milieu*, Bilthoven: RIVM Rapport 2010. Zie ook *De Bosatlas van Nederland Waterland*, Groningen: Noordhoff Uitgeverij 2010, p. 44 e.v.

69. Er bestaat geen uitgewerkt waterveiligheidsbeleid voor de buitendijkse gebieden in de regio Rijnmond-Drechtsteden. Er zijn wel beleidsontwikkelingen, maar deze richten zich met name op nieuwbouw en herstructurering. In vier onderzoeken is een analyse verricht op de consequenties van klimaatverandering voor de waterveiligheid van de buitendijkse gebieden in de regio Rijnmond-Drechtsteden. Zie de website van het programmabureau Kennis voor Klimaat: <www.klimaatonderzoeknederland.nl/templates/dispatcher.asp?opage_id=25222977&location=-1212495546637111,10627784,true,true&page_id=25222938> en het synthesesrapport 'Flood Risk in Unembanked Areas Syntheses' 2010.

beschermd tegen overstromingen.⁷⁰ Het treffen van maatregelen met betrekking tot de buitendijkse gebieden in de Rijnmond-Drechtsteden zal hoogstwaarschijnlijk noodzakelijk zijn.

Het is voorstelbaar dat bepaalde natuurlijke en/of rechtspersonen nadeel ondervinden van de door overheden te nemen maatregelen gericht op het voorkomen van blootstelling aan gevaren als gevolg van klimaatverandering, zoals het voorkomen van overstromingen en extreme wateroverlast. De maatregelen kunnen onder meer een beperking opleveren van het eigendomsrecht van natuurlijke en/of rechtspersonen, leiden tot een waardevermindering van gronden en opstellen en inkomensschade veroorzaken.

In dit deel van deze bijdrage belichten wij (kort) het aansprakelijkheidsrisico van overheden indien zij, ondanks de bestaande onzekerheden, toch met een beroep op het voorzorgsbeginsel maatregelen nemen om de negatieve gevolgen van klimaatverandering tegen te gaan of te beperken. Hieronder zal nader op het aansprakelijkheidsrisico bij rechtmatig overheidshandelen worden ingegaan. Niet zal worden ingegaan op gevallen waarin sprake is van onrechtmatig overheidshandelen, doordat de overheid zich bij het nemen van bepaalde maatregelen ten onrechte op het voorzorgsbeginsel beroept.

2.2 *Schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen*

Al sinds jaar en dag veroorzaken door overheden genomen maatregelen, die bezien vanuit het algemeen belang wenselijk of zelfs geboden zijn, schade voor bepaalde natuurlijke en/of rechtspersonen. De overheid is niet verplicht om alle schade die voor bepaalde natuurlijke en/of rechtspersonen ontstaat als gevolg van rechtmatige maatregelen te vergoeden. Zowel in het civiele recht als in het bestuursrecht is de algemene rechtsgrondslag voor de toekenning van schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen, bestuurscompensatie dan wel nadeelcompensatie, gelegen in het beginsel van *égalité devant les charges publiques*, het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.⁷¹ Wanneer bepaalde individuen of groepen door op zich-

70. Zie de Samenvatting Plan van Aanpak van het Deltaprogramma Rijnmond-Drechtsteden, van het ministerie van Verkeer en Waterstaat, het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu van juli 2010. Voornoemde samenvatting is te downloaden op de website van de Rijksoverheid: <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/deltaprogramma/deelprogramma-s/deelprogramma-rijnmond-drechtsteden>.

71. Zie voor het bestuursrecht ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 m.nt. PvB; *BR* 1997, p. 367-380 m.nt. B.P.M. van Ravels en *JB* 1997/47 m.nt. HJS en voor het civiele recht HR 30 maart, *AB* 2001, 412 m.nt. ThGD 2001 (*Staat v. Lavrijsen*); *JB* 2001, 107, m.nt. R.J.N.S. en *NJ* 2003, 615 m.nt. MS.

zelf rechtvaardige overheidsmaatregelen in vergelijking met anderen onevenredig worden getroffen, dienen deze individuen of groepen in beginsel voor deze onevenredige benadeling gecompenseerd te worden.⁷² De gedachte achter dit beginsel is dat het redelijker wordt geacht om de onevenredige schade die bepaalde individuen of groepen lijden door rechtmatig overheidshandelen voor rekening van de collectiviteit te brengen, dan deze schade bij het individu te laten liggen. Het algemeen belang is immers gediend bij het overheidshandelen, dus is het redelijk dat de collectiviteit deze schade vergoedt.⁷³ Schade die niet onevenredig wordt geacht, blijft bij rechtmatig overheidshandelen voor rekening van de benadeelde.

Benadeelden kunnen met hun verzoek tot nadeelcompensatie bij de bestuursrechter of bij de burgerlijke rechter terecht. Of een, door rechtmatig overheidshandelen, onevenredig benadeelde met zijn verzoek tot compensatie de weg naar de bestuursrechter dan wel de weg naar de burgerlijke rechter dient te bewandelen, is afhankelijk van wettelijke en buitenwettelijke regelingen. Kort gezegd komt het erop neer dat de onevenredig benadeelde in gevallen waarin de schade is ontstaan als gevolg van een appellabel besluit de weg naar de bestuursrechter dient te volgen. In gevallen waarin sprake is van niet-appellabele besluiten, zoals feitelijke handelingen, algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, zal in beginsel de weg naar de burgerlijke rechter gevolgd moeten worden.⁷⁴ Voor een aantal gevallen bestaan echter publiekrechtelijke nadeelcompensatieregelingen, te denken valt hierbij aan de artikelen 15.20 en 15.21 Wet Milieubeheer en artikel 7.14 lid 1 Waterwet. Tevens zijn er diverse beleidsregels waarin nadeelcompensatieregelingen zijn opgenomen, zoals de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat⁷⁵ en de Beleidsregel Schadevergoeding Ruimte voor de Rivier.⁷⁶ Op basis van vorenbedoelde regelingen staat er een exclusieve administratieve rechtsgang open voor een verzoek tot nadeelcompensatie met betrekking tot schade die is veroorzaakt door een niet-appellabele handeling, zoals een feitelijke handeling of een algemeen verbindend voorschrift.⁷⁷ Een beslissing op een dergelijk verzoek wordt aangemerkt als een

72. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (*Leffers v. Staat*).

73. M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 405.

74. Zie met betrekking tot de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter o.a. R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune? (II)', *De Gemeentestem* 2002-7161; J.A.M.A. Sluysmans & N.W.A. Tollenaar, 'Vergoeding van schade en de fuik van de formele rechtskracht', *De Gemeentestem* 2003-7185 en C.M. van den Broek & W.J. Hoekveld, 'De taakverdeling tussen de bestuursrechter en burgerlijke rechter in nadeelcompensatiezaken in balans?', *O&A* 2009 -1.

75. *Stcrt.* 1999, 172.

76. *Stcrt.* 2009, 82.

77. Sluysmans & Tollenaar 2003, p. 2.

appellabel besluit waardoor de weg naar de burgerlijke rechter in deze gevallen is uitgesloten.

Met betrekking tot de competentieverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter merken wij op dat het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten⁷⁸ voorziet in een uitbreiding van de bevoegdheden van de bestuursrechter ten opzichte van het huidige recht. Het wetsvoorstel voorziet in een algemene grondslag voor vergoeding van schade door rechtmatig overheidsoptreden in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de Awb zal de bepaling worden opgenomen dat een bestuursorgaan dat

‘in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft’

de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toekent.⁷⁹ Artikel 8.2a Awb gaat regelen in welke gevallen een beslissing omtrent nadeelcompensatie vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter. De belangrijkste uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter is dat de bestuursrechter ook bevoegd zal zijn om te oordelen over een nadeelcompensatiebesluit als de schade niet zozeer is veroorzaakt door het appellebare besluit zelf, maar door een overheidshandeling ter uitvoering van een besluit. In gevallen waarin beroep bij de bestuursrechter op grond van artikel 8:2a Awb zal zijn uitgesloten blijft de burgerlijke rechter bevoegd.⁸⁰ Voor schade als gevolg van een niet appellabel besluit, zoals een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel, alsmede schade die is veroorzaakt door een feitelijke handeling die los staat van een appellabel besluit, zal de onevenredig benadeelde met zijn verzoek tot compensatie de weg naar de burgerlijke rechter dienen te blijven bewandelen.⁸¹

2.3 *Schadevergoeding op basis van het égalitébeginsel*

Wij verwachten dat maatregelen van overheden ter voorkoming van negatieve gevolgen van klimaatverandering, zoals overstromingen of extreme wateroverlast, met name zullen bestaan in het opstellen van beleidsregels, dan wel leiden tot aan-

78. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 1 (Koninklijke Boodschap). Op 2 februari 2011 is het wetsvoorstel tot Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten) aangeboden aan de Tweede Kamer.

79. Art. 4:126 van het wetsvoorstel. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (MvT), p. 24-25.

80. Art. 8:2a van het wetsvoorstel. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (MvT), p. 31-32.

81. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (MvT), p. 15-16.

passing van reeds bestaande beleidsregels, en in de uitvoering van feitelijke handelingen. Bij beleid denken wij onder meer aan maatregelen waardoor het eigendomsrecht wordt beperkt of inkomensschade ontstaat. Overheden kunnen bijvoorbeeld beleid vaststellen op grond waarvan op bepaalde percelen in buitendijkse gebieden geen woningbouw meer mag worden gerealiseerd. Dit zal voor natuurlijke en/of rechtspersonen, zoals projectontwikkelaars, een aanzienlijke schadepost kunnen opleveren. Bij de uitvoering van feitelijke handelingen valt te denken aan het bouwen of verzwaren van dijken ter voorkoming van de negatieve gevolgen van overstromingen.

Bepalend voor het toekennen van schadevergoeding op grond van rechtmatig overheidshandelen is of een bepaalde natuurlijke of rechtspersoon of groep onevenredig is getroffen. De twee vereisten waaraan, zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter, voldaan moet zijn om op grond van het *égalité*beginsel voor schadevergoeding in aanmerking te komen, zijn het vereiste van de speciale last en het vereiste van de abnormale last.⁸² Het vereiste van de speciale last houdt in dat een beperkte groep natuurlijke personen of rechtspersonen in vergelijking met anderen (de referentiegroep) onevenredig zwaar dient te worden getroffen.⁸³ Indien er geen sprake is van gelijke behandeling van een groep natuurlijke personen of rechtspersonen doordat de schade bij een klein deel van die groep terecht komt, terwijl anderen in een min of meer gelijke positie niet of veel minder getroffen worden, is voldaan aan het vereiste van de speciale last. Er bestaat geen aanleiding voor toekenning van nadeelcompensatie in gevallen waarin een grotere groep nadeel ondervindt van het rechtmatig overheidshandelen of wanneer de groep van getroffen onvoldoende nauwkeurig kan worden omschreven.⁸⁴ Tevens dient de schade buiten het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico van de getroffene te vallen, het vereiste van de abnormale last. Bij de beoordeling of de schade buiten het normale risico valt zijn alle omstandigheden van het geval van belang.⁸⁵ Hierbij kan onder meer van belang zijn de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende maatschappelijke belang, de aard en de omvang van de toegebrachte schade en de door de overheid gecreëerde verwachtingen alsmede in hoeverre de handeling en de daaraan verbonden gevolgen voorzienbaar waren.⁸⁶ Naast

82. Zie B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad: maatwerk voor speciale en abnormale gevallen' in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 517-549.

83. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008, p. 807.

84. Zie B.P.M. van Ravels 2002, p. 536.

85. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 809.

86. HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 392 en ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268.

het normaal maatschappelijk risico is nog de risicoaanvaarding van belang, waarbij wordt bekeken of de benadeelde bij het nemen van (investerings)beslissingen ten aanzien van onroerende goederen bewust een risico heeft genomen.⁸⁷ Beslissend is of op het moment van investering voorzienbaar was dat in de toekomst bepaalde ontwikkelingen waren te verwachten.⁸⁸

Of en in welke gevallen de civiele rechter dan wel de bestuursrechter schadevergoeding zal toekennen in gevallen waarin onevenredig benadeelden schade lijden als gevolg van beleidsregels of feitelijk handelen op basis van het voorzorgsbeginsel ter voorkoming of beperking van de nadelige gevolgen van klimaatverandering zal met name moeten blijken uit de praktijk.

2.4 *Gerechtshof Arnhem 22 december 2009*

Een interessante uitspraak in dit verband is de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem van 22 december 2009⁸⁹ waarin aan de orde is of de schade die een bepaald individu lijdt als gevolg van een op basis van het voorzorgsbeginsel door een overheid genomen maatregel, voor vergoeding in aanmerking komt. Ritmeester B.V. is sinds 1926 eigenaar van een bedrijfsterrein in Veenendaal. Sinds 1956 staat op de hoek van het terrein van Ritmeester een hoogspanningsmast en deels over en vlak langs het terrein loopt een hoogspanningslijn. Ritmeester B.V. was voornemens haar bedrijfsterrein per 1 mei 2008 te verkopen aan een projectontwikkelaar die (mogelijk) op het terrein woningbouw zou willen ontwikkelen. Op 3 oktober 2005 heeft de staatssecretaris van VROM aan de Tweede Kamer, provincies en gemeenten zijn advies met betrekking tot het voorzorgsbeginsel in relatie tot de mogelijke risico's van elektromagnetische velden rond hoogspanningslijnen toegezonden.⁹⁰ Het advies is gebaseerd op analyses van de Gezondheidsraad en het RIVM. Uit de onderzoeken die ten grondslag liggen aan deze analyses is gebleken dat er 'een zwakke, maar statistisch significante associatie [bestaat] tussen het optreden van leukemie bij kinderen met leeftijden tot 15 jaar en de magnetische velden van bovengrondse hoogspanningslijnen', en voorts dat uitgaande van de *veronderstelling* dat er inderdaad een causaal verband bestaat, het aantal extra gevallen van leukemie bij kinderen als gevolg van magnetische velden afkomstig van bovengrondse hoogspanningslijnen mogelijk '0,2 tot 1 per jaar [is], op een totaal van circa 110 nieuwe

87. Tjepkema 2010, p. 481.

88. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 811.

89. Gerechtshof Arnhem 22 december 2009, LJN BQ6054.

90. Zie nader over dit beleid en de onzekerheden die ten grondslag liggen aan dit beleid, Aerts & Brans 2009 en Smale & Van der Sluijs 2010.

gevallen per jaar in Nederland'.⁹¹ Het RIVM heeft deze schatting later bijgesteld van 0,4 tot 0,5 extra gevallen van leukemie per jaar.

Zowel de provincie Utrecht als de gemeente Veenendaal heeft het advies van de staatssecretaris van VROM overgenomen en hanteert dit advies als vaststaande regelgeving. Ritmeester B.V. stelt schade te lijden, omdat zij door de aanwezigheid van de elektriciteitsvoorzieningen niet langer het ongestoorde genot heeft van het haar in eigendom toebehorende bedrijfsterrein. Vanwege het hoogspanningsbeleid is een bestemmingswijziging die woningbouw op het terrein mogelijk zou moeten maken niet meer mogelijk. Ook stelt Ritmeester B.V. schade te lijden doordat de waardevermindering van haar bedrijfsterrein te Veenendaal niet in volle omvang kan worden waargemaakt.

Het hof ontkent voor wat betreft het beroep van Ritmeester B.V. op het evenredigheidsbeginsel dat het hoogspanningsbeleid reeds onrechtmatig is te achten, omdat niet is voorzien in nadeelcompensatie voor de groep grondeigenaren die door het beleid is getroffen. 'Niet elk nieuw of voortgezet beleid leidt tot een compensatieverplichting van de overheid jegens een bepaalde groep', zo merkt het hof op. Het hof acht het verder van belang dat het in de onderhavige kwestie ook niet gaat om een plotseling, zeer ingrijpend en onvoorzien beleid.

'Dat er gevaren verbonden zijn aan hoogspanningsmasten, ook voor de gezondheid, was al langer een gefundeerd vermoeden. In elk geval was er al langer maatschappelijke onrust die de overheid vanaf tenminste begin 2004 serieus is gaan nemen (brief Nuchter omgaan met risico's van 30 januari 2004). (...) Van Ritmeester als eigenares van het perceel en als een normaal vooruitziend en zorgvuldig ondernemer mag naar het oordeel van het hof voorts worden verwacht dat zij ontwikkelingen die invloed kunnen hebben op de (verwachtings)waarde van haar perceel bijhoudt, waaronder onder meer vallen beperkingen vanwege de aanwezigheid van de elektriciteitsvoorziening en wijzigingen in overheidsbeleid. Dat zij zich kennelijk pas in december 2005 is gaan oriënteren op die (verwachtings)waarde en daarbij stuitte op het hoogspanningsbeleid kan in zoverre niet aan de Staat c.s. worden tegengeworpen.'⁹²

91. Zie respectievelijk Advies met betrekking tot hoogspanningslijnen, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 28 089, nr. 12, p. 1 en RIVM, *Blootstelling aan extreem laag frequente elektromagnetische velden van hoogspanningslijnen*, briefrapport 032/2003, 3 maart 2003, p. 1.

92. Gerechtshof Arnhem 22 december 2009, LJN BQ6054, r.o. 4.38.

Het hof acht het gezien het voorgaande maar zeer de vraag of het hoogspanningsbeleid voor Ritmeester niet voorzienbaar was, althans op het moment dat zij besliste tot beëindiging van haar bedrijfsactiviteiten op het terrein en het mogelijk ontwikkelen ervan als woningbouwlocatie. Het hof acht het in dit geval bovendien niet duidelijk of slechts een beperkte groep onevenredig getroffen wordt door het beleid, omdat het gaat om alle eigenaren van gronden gelegen binnen de 0,4 µT contour waarop het advies van de staatssecretaris van VROM met betrekking tot het voorzorgsbeginsel in relatie tot de mogelijke risico's van elektromagnetische velden rond hoogspanningslijnen van toepassing is. Ritmeester B.V. heeft in elk geval haar stelling dat het een beperkte groep betreft niet voldoende toegelicht. Voorts heeft zij niet voldoende toegelicht door welke factoren deze groep wordt begrensd. Vervolgens merkt het hof op dat de uiteindelijke afwegingen omtrent de toepassing van het hoogspanningsbeleid zullen moeten plaatsvinden op lokaal niveau. Op het niveau van de provincie en gemeente kan beter getaxeerd worden of een grondeigenaar onevenredig wordt getroffen door toepassing van het beleid.

‘Dit hangt namelijk sterk af van onder meer de verwachtingen en plannen die de grondeigenaar heeft, vanaf welk moment deze bestonden, in hoeverre voorzienbaar was dat – en in welke mate – de bebouwingsmogelijkheden ter plaatse onder hoogspanningsleidingen (verder) beperkt zouden worden, de mate waarin de ontwikkelingsmogelijkheden van het perceel daadwerkelijk worden beperkt en in hoeverre de gevolgen van de beleidstoepassing behoren tot het maatschappelijke en bedrijfsrisico van de betreffende grondeigenaar.’⁹³

Met name de passage waarin het hof aangeeft dat zij het maar zeer de vraag acht of het hoogspanningsbeleid voor Ritmeester niet voorzienbaar was, is interessant voor het antwoord op de vraag of de overheid aansprakelijk kan worden gehouden in gevallen waarin natuurlijke en/of rechtspersonen nadeel ondervinden als gevolg van beleidsregels of feitelijk handelen op basis van het voorzorgsbeginsel ter voorkoming of beperking van de nadelige gevolgen van klimaatverandering. Wij verwachten dat maatregelen ter voorkoming of beperking van de nadelige gevolgen van klimaatverandering niet vaak het gevolg zullen zijn van plotseling en zeer ingrijpend onvoorzien beleid.

93. Gerechtshof Arnhem 22 december 2009, LJN BQ6054, r.o. 4.39.

2.5 *Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door maatregelen die met een beroep op het voorzorgsbeginsel zijn genomen?*

Voor het antwoord op de vraag of de overheid met succes aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die bepaalde natuurlijke of rechtspersonen lijden vanwege maatregelen die worden genomen ter voorkoming van de negatieve gevolgen van klimaatverandering, is allereerst van belang na te gaan of in vergelijking met anderen – de referentiegroep – het een beperkte groep van natuurlijke of rechtspersonen is die onevenredig zwaar wordt getroffen door de genomen maatregelen. Wij verwachten – veel hangt echter af van de specifieke omstandigheden van het geval, hetgeen het doen van algemene uitspraken bemoeilijkt – dat in veel gevallen waarin beleidsregels worden opgesteld of aangepast of feitelijke maatregelen worden genomen ter voorkoming van de negatieve gevolgen van klimaatverandering, er niet slechts een beperkte groep van natuurlijke of rechtspersonen onevenredig wordt getroffen door dit (gewijzigde) beleid of de bedoelde maatregelen. Als dat inderdaad het geval is, bestaat er geen aanleiding voor toekenning van nadeelcompensatie.⁹⁴

Voorts dient de schade vanwege het rechtmatig overheidshandelen buiten het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico van de getroffene te vallen om voor vergoeding in aanmerking te komen. Bij de beoordeling of de schade buiten het normale risico valt zijn, zoals gezegd, alle omstandigheden van het geval van belang. Daarbij is van belang in hoeverre de overheidshandeling en de daaraan verbonden gevolgen voorzienbaar waren voor de getroffen individuen of groepen.⁹⁵ Zo kunnen omgevingsfactoren met zich brengen dat bepaalde maatregelen in de lijn der verwachtingen liggen en derhalve – niet alleen voor wat betreft de aard van deze maatregelen, maar ook de gevolgen ervan – voorzienbaar zijn en als normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico zijn aan te merken.⁹⁶ Of dat zo is, is in abstracto moeilijk aan te geven aangezien dit in hoge mate afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval.

In lijn met de *Ritmeester*-uitspraak kan worden aangenomen dat indien maatregelen ter voorkoming van de negatieve gevolgen van klimaatverandering voor de benadeelde al enige tijd voorzienbaar zijn en niet voortvloeien uit een plotseling en zeer ingrijpend beleid, er in beginsel geen recht bestaat op schadevergoeding door de overheid. Van een eigenaar van een perceel en van een normaal vooruitziend en zorgvuldig ondernemer mag immers, volgens het Hof Arnhem, worden verwacht

94. Zie Van Ravels 2002, p. 536.

95. HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 392 en ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268.

96. Tjepkema 2010, p. 467.

dat deze de ontwikkelingen die invloed kunnen hebben op de (verwachtings)waarde van haar perceel bijhoudt.

Naast het normaal maatschappelijk risico valt nog de risicoaanvaarding te onderscheiden, waarbij van belang is of de benadeelde bij het nemen van beslissingen ten aanzien van onroerende goederen bewust een risico heeft genomen.⁹⁷ Indien op het moment van een investering – er valt bijvoorbeeld te denken aan een particulier die op dit moment een woning in de uiterwaarden van de IJssel koopt – voorzienbaar was of is dat in de toekomst maatregelen worden genomen ter voorkoming van blootstelling aan gevaren als gevolg van klimaatverandering, zoals het voorkomen van overstromingen en extreme wateroverlast, dan komt de schade die hieruit voortvloeit in beginsel voor rekening van de benadeelde.

Kortom, een benadeelde zal niet zonder meer recht hebben op vergoeding door de overheid indien hij schade lijdt als gevolg van door de betreffende overheid genomen maatregelen ter voorkoming van negatieve gevolgen van klimaatverandering. De benadeelde zal, om voor vergoeding van de schade in aanmerking te komen, in vergelijking met anderen (de referentiegroep) onevenredig zwaar getroffen moeten worden en het rechtmatig overheidshandelen dient buiten het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico van de benadeelde te vallen. Bij de beoordeling of de schade buiten het normale risico valt zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Hierbij zijn onder meer van belang de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende maatschappelijke belang, de aard en de omvang van de toegebrachte schade en de door de overheid gecreëerde verwachtingen alsmede in hoeverre de handeling en de daaraan verbonden gevolgen voorzienbaar waren. Wij verwachten met name dat de voorzienbaarheid in een aantal gevallen een beletsel zou kunnen vormen voor het recht op schadevergoeding van de benadeelde die schade lijdt als gevolg van maatregelen van de overheid gericht op voorkoming van negatieve gevolgen van klimaatverandering.

3 Conclusie

Uit onder meer het rapport van de UNEP van 2009 volgt dat de Rijndelta en de Nederlandse kuststreken kwetsbaar zijn voor de gevolgen van de stijging van de zeespiegel.⁹⁸ Uit vorenbedoelde rapporten volgt echter ook dat er nog veel onzekerheid bestaat over de precieze omvang van de klimaatverandering die plaatsvindt en

97. Tjepkema 2010, p. 481.

98. UNEP, n. 2, p. 36.

de gevolgen ervan.⁹⁹ In deel 1 van deze bijdrage zijn wij ingegaan op de vraag wat gezien vorenbedoelde en andere informatie verwacht mag worden van de overheid en of het niet of het onvoldoende nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van klimaatverandering te beperken, een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt voor de overheid. Wij verwachten immers vooralsnog niet dat in Nederland in geval van schade als gevolg van klimaatverandering civielrechtelijke procedures zullen worden opgestart tegen één of meer *greenhouse gas emitters* en verwachten derhalve dat in geval van dergelijke schade benadeelden hun pijlen zullen richten op de overheid. In dit licht zijn wij nagegaan of de Nederlandse overheid met succes aansprakelijk kan worden gehouden voor klimaatschade, waarbij wij de focus hebben gelegd op schade veroorzaakt door een plotselinge gebeurtenis, zoals een overstroming, waardoor eigenaren van huizen, bedrijven en anderen (vermogens)schade lijden. Omdat ook hier onzekerheid over de gevolgen van klimaatverandering en het kunnen ontstaan van schade een belangrijke rol speelt, hebben wij in deel 1 aandacht besteed aan de rol van voorzorg en het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Ook zijn wij hierbij ingegaan op jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens.

Uitgaande van de kern van het voorzorgsbeginsel gaat het om het nemen van preventieve en/of beschermende maatregelen in een zodanig vroeg stadium en uitgaande van de best beschikbare informatie, dat onacceptabele effecten van een bepaald handelen of nalaten kunnen worden voorkomen of worden teruggebracht tot een acceptabel niveau. Factoren die ondermeer bepalend zijn voor de vraag wanneer op basis van het voorzorgsbeginsel verwacht mag worden dat preventieve en/of beschermende maatregelen worden genomen, zijn de aard en omvang van de potentiële schadelijke gevolgen van een niet-handelen alsmede de omvang van de (wetenschappelijke) onzekerheid over oorzaak-effectrelaties en verder de omvang en kosten van de preventieve en/of beschermende maatregelen die kunnen worden genomen. Het betreft eigenlijk een toepassing van de *Kelderluik*-criteria,¹⁰⁰ waarbij wel opgemerkt moet worden dat in tegenstelling tot de casuspositie die ten grondslag ligt aan dat arrest, het in geval van klimaatverandering vooralsnog (veelal) niet duidelijk zal zijn wie slachtoffer kan worden van de gevolgen hiervan of van het uitblijven van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan dan wel de gevolgen ervan te beperken.¹⁰¹

99. UNEP, n. 2, p. 7. Zie ook <www.klimaatportaal.nl/prol/general/start.asp?i=0&j=0&k=0&p=0&itemid=57>.

100. Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt Scholten.

101. Zie in vergelijkbare zin Franken 2010, p. 187.

Naarmate er op basis van wetenschap en techniek meer bekend wordt over risico's waaraan burgers blootstaan en de aard en omvang van deze risico's, zal meer van overheden verwacht mogen worden. Als dan wordt nagelaten maatregelen te nemen kan aansprakelijkheid niet worden uitgesloten, waarbij zij opgemerkt dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van (on)zekerheid in de wetenschap omtrent het bestaan van een causaal verband tussen klimaatverandering en de specifieke gevolgen ervan, in eerste instantie het doen van onderzoek naar de aard en omvang van deze tot voor kort nog onbekende risico's voldoende kan zijn en overheden er op basis van jurisprudentie van uit mogen gaan dat hun nog enige tijd wordt gegund om te bepalen welke maatregelen genomen dienen te worden en om deze te implementeren. Daarbij moet ook nog worden opgemerkt dat overheden over het algemeen een aanzienlijke beleidsvrijheid hebben bij het bepalen van de aard van de maatregelen die worden genomen. Daarnaast speelt ook de omvang van de financiële middelen die hun ten dienste staan om de aan hen verleende taken te vervullen een rol.

In en buiten de rechtszaal wordt in toenemende mate een beroep gedaan op mensenrechten om te betogen en zo mogelijk te bewerkstelligen dat overheden feitelijke en/of juridische maatregelen nemen om klimaatverandering tegen te gaan of om de gevolgen ervan te beperken.¹⁰² Uit de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens volgt dat hoe concreter de kennis is waarover de overheid beschikt met betrekking tot de gevolgen van klimaatverandering en de risico's die daardoor voor haar burgers kunnen ontstaan, hoe eerder preventieve, schadebeperkende en/of andere beschermingsmaatregelen mogen worden verwacht. In algemene zin kan gesteld worden dat hetgeen voor overheden aan verplichtingen voortvloeit uit het EVRM, grotendeels vergelijkbaar is met hetgeen op basis van de *Kelderluik*-jurisprudentie mag worden verwacht van overheden en verder dat de factoren die in de *Kelderluik*-jurisprudentie worden onderscheiden ook hier een rol spelen. Verder kan uit de uitspraken worden afgeleid dat op basis van het voorzorgsbeginsel preventieve of schadebeperkende maatregelen mogen worden verwacht, maar uit de jurisprudentie van het EHRM volgt ook dat de verplichting om dergelijke maatregelen te nemen pas ontstaat als enige kennis aanwezig is over de potentiële risico's waaraan burgers worden blootgesteld en verder dat hoe concreter dergelijke kennis is, hoe eerder mag worden verwacht dat bedoelde maatregelen worden genomen.

102. M. Averill, 'Linking Climate Litigation and Human Rights', *RECIEL* 18, 2009, p. 140 e.v.; Posner 2007. en verder de diverse bijdragen in S. Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, 2010. Zie ook <www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/index.htm>.

Naarmate er meer zekerheid bestaat over de negatieve gevolgen van klimaatverandering en de wijze waarop dit zich voor Nederland manifesteert en de risico's daarvan voor de veiligheid van burgers, mag er meer van overheden worden verwacht met betrekking tot het nemen van maatregelen ter voorkoming en/of beperking van deze negatieve gevolgen dan wanneer deze risico's nog onzeker en abstract zijn. Indien overheden in dergelijke gevallen niet of onvoldoende maatregelen nemen om deze negatieve gevolgen te beperken, brengt dit een aansprakelijkheidsrisico met zich voor de betrokken overheden.

In deel 2 van deze bijdrage is ook een ander aspect van het voorzorgsbeginsel belicht. Er is ingegaan op de vraag of het nemen van maatregelen gericht op het tegengaan van de nadelige gevolgen van klimaatverandering – ondanks bestaande onzekerheden – een aansprakelijkheidsrisico voor de overheid oplevert.

Het nemen van maatregelen ter voorkoming van overstromingen en schade als gevolg van klimaatverandering is wenselijk en vaak zelfs noodzakelijk ter behartiging van het algemeen belang. Dit neemt echter niet weg dat het nemen van dergelijke maatregelen voor bepaalde individuen en groepen natuurlijke en/of rechtspersonen schade kan veroorzaken, waarvoor de overheid aansprakelijk kan worden gehouden. Ook bij het nemen van maatregelen ter voorkoming van de negatieve gevolgen van klimaatverandering ligt de rechtsgrondslag voor het toekennen van schadevergoeding in het beginsel van *égalité devant les charges publiques*.

Individen of groepen die schade lijden als gevolg van het nemen van maatregelen door de overheid ter voorkoming van overstromingen en schade als gevolg van klimaatverandering hebben niet zonder meer recht op vergoeding door de overheid. De benadeelde zal, om voor vergoeding van de schade in aanmerking te komen, in vergelijking met anderen (de referentiegroep) onevenredig zwaar getroffen moeten worden. Wij verwachten dat in een aantal gevallen waarin beleidsregels worden opgesteld of aangepast of feitelijke maatregelen worden genomen ter voorkoming van de negatieve gevolgen van klimaatverandering, niet slechts een beperkte groep onevenredig wordt getroffen door het beleid en anderen in een min of meer gelijke positie niet of veel minder worden getroffen. Er bestaat geen aanleiding voor toekenning van nadeelcompensatie in gevallen waarin een grotere groep burgers nadeel ondervindt van het rechtmatig overheidshandelen. Voorts dient het rechtmatig overheidshandelen buiten het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico van de benadeelde te vallen, wil de schade die uit het rechtmatig handelen voortvloeit voor vergoeding in aanmerking komen. Bij de beoordeling of de schade buiten het normale risico valt, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Hierbij zijn onder meer van belang de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende maatschappelijke belang, de aard en de omvang van de toege-

brachte schade en de door de overheid gecreëerde verwachtingen alsmede in hoeverre de handeling en de daaraan verbonden gevolgen voorzienbaar waren. Indien maatregelen ter voorkoming van overstromingen in kwetsbare gebieden voor de benadeelden voorzienbaar zijn, zullen zij naar onze verwachting in beginsel geen recht hebben op schadevergoeding van de overheid. Er zal met betrekking tot bedoelde maatregelen over het algemeen geen sprake zijn van plotseling zeer ingrijpend onvoorzienbaar beleid. Wij verwachten dan ook met name dat de voorzienbaarheid in een aantal gevallen een beletsel zou kunnen vormen voor het recht op schadevergoeding van de benadeelde die schade lijdt als gevolg van maatregelen van de overheid gericht op voorkoming van negatieve gevolgen van klimaatverandering. Naast het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico valt voorts nog de risicoaanvaarding te onderscheiden. Indien op het moment van een investering voorzienbaar was of is dat in de toekomst maatregelen worden genomen ter voorkoming van blootstelling aan gevaren als gevolg van klimaatverandering, zoals het voorkomen van overstromingen en extreme wateroverlast, dan komt die schade die hieruit voortvloeit in beginsel voor rekening van de benadeelde.

VI De invloed van dreigende overheidsaansprakelijkheid op adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse regionale watersysteembeheer

*Mr. H.K. (Herman Kasper) Gilissen en prof. mr. B. (Ben) J. Schueler**

1 Inleiding

Tegenwoordig wordt onderscheid gemaakt tussen twee mogelijke – maar beide noodzakelijke en complementaire¹ – reacties op klimaatverandering: mitigatie en adaptatie. *Mitigatie* houdt in dat door het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen de concentratie daarvan in de atmosfeer wordt gestabiliseerd, ten einde de menselijke invloed op het klimaat te beperken en klimaatverandering een halt toe te roepen. Mitigatie richt zich dus op de bronnen van klimaatverandering. *Adaptatie* richt zich daarentegen op de gevolgen van klimaatverandering.² In het (internationale politieke) klimaatdebat van de afgelopen twee decennia heeft adaptatie aan klimaatverandering een steeds sterkere positie ingenomen,³

* Herman Kasper Gilissen is promovendus aan de Universiteit Utrecht. Hij bereidt een proefschrift voor over de verantwoordelijkheid van Nederlandse overheden voor adaptatie aan klimaatverandering. Ben Schueler is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan diezelfde universiteit. Beiden zijn verbonden aan het Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid. Contact: H.K.Gilissen@uu.nl. Het aan deze bijdrage ten grondslag liggende onderzoek is gedeeltelijk uitgevoerd binnen het kader van het onderzoeksprogramma Kennis voor Klimaat, in het bijzonder binnen werkpakket 5 (Normative principles for adaptation) van het KvK-Consortium 'The governance of adaptation to climate change'. De auteurs danken Marleen van Rijswijk voor haar waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

1. Zie bijvoorbeeld T.J. Wilbanks, S.M. Kane, P.N. Leiby, R.D. Perlack, C. Settle, J.F. Schrogen & J.B. Smith, 'Possible Responses to Climate Change – Integrating mitigation and adaptation', *Environment* 2003, nr. 5, p. 28 e.v.
2. De gevolgen van klimaatverandering kunnen regionaal sterke verschillen vertonen. Adaptatiemaatregelen richten zich hoofdzakelijk op deze regionale gevolgen van klimaatverandering, terwijl mitigatiemaatregelen zich richten op mondiale klimaatverandering. Beide reacties op klimaatverandering worden als complementair beschouwd, en de verantwoordelijkheid voor het nemen van maatregelen rust voor een belangrijk deel op de publieke sector. Op basis van deze gegevens zou de verhouding tussen mitigatie en adaptatie kunnen worden beschreven als 'Allen voor ieder, én ieder voor zich!'.³
3. Zo blijkt onder meer uit gevleugelde uitspraken, zoals die van Nordhaus in 1994: 'Mitigate we might; adapt we must!'.

en heeft het deels een conceptuele verandering ondergaan.⁴ Dit heeft geleid tot de ontwikkeling van internationaal,⁵ Europees⁶ en nationaal⁷ adaptatiebeleid.

In deze bijdrage richten wij ons hoofdzakelijk op adaptatie aan klimaatverandering in het watersysteembeheer op het nationale (regionale) niveau. Op dat niveau zijn de negatieve gevolgen van klimaatverandering reeds merkbaar, althans bij het overheidshandelen wordt daar al volop rekening mee gehouden. Zo zijn er langs de Noordzeekust duinversterkingsmaatregelen genomen om weerstand te bieden tegen zeespiegelstijging, en zijn – als reactie op een kadeverschuiving in 2003 in Wilnis – eveneens maatregelen genomen om veenkaden beter bestand te maken tegen verdroging. Dergelijke maatregelen vormen casusmateriaal voor deze bijdrage.

In onderstaande staat de vraag centraal hoe het aansprakelijkheidsrecht de besluitvorming van watersysteembeheerders inzake adaptatie aan klimaatverandering beïnvloedt. Het is op basis van de in theorie betoogde preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (op het eerste gezicht) aannemelijk dat het aansprakelijkheidsrecht – uiteraard naast andere factoren – van invloed is op de keuze of en en zo ja welke adaptatiemaatregelen zullen worden genomen. Het voornaamste doel van deze bijdrage is een eerste toetsing van twee hoofdzakelijk op deze theorie gebaseerde hypothesen aan de resultaten van twee casestudies.⁸ Deze hypothesen luiden als volgt:

1. *De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad stimuleert watersysteembeheerders tot het nemen van adequate adaptatiemaatregelen. Om aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad te voorkomen of te beperken, zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij verplicht zijn tot het nemen van adaptatiemaatregelen, en zullen zij vervolgens dienovereenkomstig handelen.*
2. *Om aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad te voorkomen of te beperken zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij bij het ne-*

4. Zie E.L.F. Schipper, 'Conceptual History of Adaptation in the UNFCCC Process', *Review of European Community and International Environmental Law* 2006, nr. 1, p. 82-92.

5. Zie bijvoorbeeld IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Synthesis Report.

6. Zie bijvoorbeeld Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboek van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie*, COM(2006) 354 SEC(2007) 849; en Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Witboek Aanpassing aan de klimaatverandering: naar een Europees actiekader*, COM(2009) 147.

7. Zie bijvoorbeeld Commissie-Veerman (Deltacommissie), *Samen werken met water – Een land dat leeft, bouwt aan zijn toekomst*, *Bevindingen van de Deltacommissie 2008*, Den Haag 2008.

8. Bij het opzetten en uitvoeren van de casestudies is gebruik gemaakt van het door Yin opgestelde stappenplan. Zie R.K. Yin, *Case study Research – Design and Methods*, Fourth edition, SAGE 2009.

men van bepaalde adaptatiemaatregelen verplicht zijn om nadeelcompensatie toe te kennen, hetgeen een belemmering vormt voor het nemen van adequate adaptatiemaatregelen.

Voordat wij deze hypothesen nader uiteenzetten en toetsen, gaan wij in op enkele centrale begrippen (paragraaf 2). Daarna bespreken wij de overheidsverantwoordelijkheid voor adaptatie aan klimaatverandering (paragraaf 3.1) en de relevante grondslagen voor overheidsaansprakelijkheid (paragraaf 3.2 en 3.3). Daarbij stellen wij ons steeds de vraag welke concrete dreiging uitgaat van overheidsaansprakelijkheid. Ook behandelen wij het leerstuk van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 3.4). In paragraaf 4 werken wij twee casestudies uit en toetsen wij onze hypothesen aan de uitkomsten daarvan. Wij sluiten af met de nodige conclusies (paragraaf 5).

2 De contouren van enkele centrale begrippen

Onder *adaptatie aan klimaatverandering* wordt hier verstaan het proactief nemen van maatregelen, teneinde de kwetsbaarheid van natuurlijke en maatschappelijke sectoren voor de negatieve gevolgen van klimaatverandering weg te nemen of te minimaliseren.⁹ Het betreft dus het voorkomen dan wel beperken van klimaatschade. Wij beperken ons in deze bijdrage tot het nemen van (veiligheids)maatregelen door overheden, in het bijzonder door *watersysteembeheerders*. De belangrijkste negatieve gevolgen van klimaatverandering voor Nederland zijn kort gezegd: zeespiegelstijging, sterk fluctuerende rivierafvoeren en extremere weersomstandigheden, zowel in de vorm van langdurige droogte als hevige regenval.¹⁰ Deze nadelige gevolgen vormen (op termijn) risico's binnen feitelijk alle maatschappelijke en natuurlijke sectoren – voornamelijk in de vorm van dreigende wateroverlast, overstromingen en verdroging. Dit zijn de *waterrisico's* waarop in deze bijdrage wordt gedoeld. Het betreft hier risico's op het ontstaan van schade door de nadelige gevolgen van klimaatverandering. Deze schade duiden wij aan als *klimaatschade*. Deze schade kan ontstaan wanneer geen adaptatiemaatregelen worden genomen, dan wel wanneer inadequate maatregelen zijn genomen.¹¹ Het is vooralsnog niet goed mogelijk

9. Adaptatiemaatregelen zijn dus in belangrijke mate voorzorgsmaatregelen. Zie daarover ook de bijdrage van Brans in deze bundel.

10. Zie Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut, 'KNMI Climate Change Scenarios 2006 for the Netherlands', *KNMI Scientific Report WR 2006-01*; voor een kort overzicht, zie ook de KNMI-brochure 'Klimaat in de 21e eeuw – Vier scenario's voor Nederland'. Beide documenten zijn te raadplegen op <www.knmi.nl>.

11. Een andere vorm van schade in het kader van adaptatie aan klimaatverandering is de zogenoemde *gevolgsschade*: schade die zich voordoet als gevolg van het nemen van adaptatiemaatregelen. Deze vorm van schade laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.

om nauwkeurig te bepalen welke negatieve gevolgen zich waar en wanneer zullen voordoen; er bestaat te dien aanzien tamelijk veel wetenschappelijke *onzekerheid*, waarmee ook watersysteembeheerders en andere overheden bij het opstellen van hun adaptatiebeleid en het nemen van adaptatiemaatregelen te kampen hebben.¹²

Waar in deze bijdrage wordt gesproken over *adaptatiemaatregelen*, doelen wij op de maatregelen die in het watersysteembeheer (kunnen of moeten) worden genomen, teneinde de kwetsbaarheid van de samenleving en de omgeving voor water risico's te minimaliseren, dus om klimaatschade te voorkomen of te beperken. Adaptatiemaatregelen kunnen van zuiver feitelijke aard zijn, maar daaraan kan ook een (uitgebreid) besluitvormingsproces vooraf gaan. Maatregelen van feitelijke aard zijn bijvoorbeeld het openen of sluiten van sluizen, het bemalen of spuien van oppervlaktewater, het laten inunderen van bepaalde gebieden of het verrichten van reguliere onderhoudswerkzaamheden. Maatregelen waaraan een besluitvormingsproces voorafgaat, zijn over het algemeen infrastructurele maatregelen, zoals rivierverruimende maatregelen, het aanleggen en inrichten van waterbergingsgebieden, het verleggen of versterken van dijken en duinen, en het nemen van maatregelen om de gevolgen van droogte en verdroging tegen te gaan. Ook maatregelen in stedelijk gebied vallen onder deze definitie, zoals het nemen van maatregelen ter bescherming tegen de gevolgen van extreme regenval (hemelwateroverlast). Adaptatiemaatregelen onderscheiden zich van andere maatregelen, doordat deze maatregelen zich nadrukkelijk richten op één of enkele van de bovengenoemde gevolgen van klimaatverandering. Het verleggen, verdiepen of verbreden van een rivier of kanaal met enkel economische motieven valt bijvoorbeeld niet onder deze definitie. Dergelijke maatregelen vallen daar wel onder indien zij bijvoorbeeld mede¹³ ten doel hebben de hogere watertoevoer vanuit de Alpen op te vangen, of te voorzien in de toevoer van voldoende water in gebieden die kwetsbaar zijn voor droogte.

Voorafgaand aan de feitelijke uitvoering van adaptatiemaatregelen zal dus in veel gevallen een aantal uitvoeringsgerichte besluiten moeten worden genomen. Dergelijke besluiten duiden wij aan als *adaptatiebesluiten*. Die besluiten worden vaak in samenhang met elkaar genomen binnen het kader van zogenoemde *projectplannen* (paragraaf 5.2 Waterwet). Welke (of welk soort) adaptatiemaatregelen binnen een bepaalde periode in het beheersgebied van een watersysteembeheerder zullen worden genomen, valt voorts vaak af te leiden uit de *beheerplannen* van de onder-

12. Niet ten onrechte wordt overigens gesteld dat het onmogelijk is voor één persoon om de gehele klimaatproblematiek te bevatten. Het klimaatstelsel is daarvoor gewoonweg te complex.

13. Uiteraard zullen maatregelen meestal meerdere doelen dienen, bijvoorbeeld adaptatiedoelen én economische, ruimtelijke of natuurdoelen. Adaptatie biedt in die zin dus ook vaak kansen voor de ontplooiing, verbetering of herstructurering van andere sectoren.

scheidenlijke beheerders. Beheerplannen vinden hun basis in artikel 4.6 van de Waterwet en bevatten het uitvoeringsgerichte beleid voor een bepaalde periode. Niet valt uit te sluiten dat ook buiten het beheerplan om adaptatiebesluiten worden genomen, bijvoorbeeld in noodsituaties. Het strategische waterbeleid is verwoord in het *ationale waterplan* (artikel 4.1 Waterwet) en de *regionale waterplannen* (artikel 4.4 Waterwet). De *doelstellingen* van het Nederlandse waterbeheer vloeien voort uit de Waterwet, waarin het Europese waterrecht voor een belangrijk deel is geïmplementeerd. Deze wet concretiseert met het oog op het bereiken van deze doelstellingen de *zorgplicht* voor de verwezenlijking van de Nederlandse waterbeheeropgave. Deze beheeropgave kan worden afgeleid uit de bij of krachtens de Waterwet vastgestelde *normen*.

3 Overheidsverantwoordelijkheid en overheidsaansprakelijkheid

3.1 Overheidsverantwoordelijkheid voor het nemen van adaptatiemaatregelen

Verantwoordelijkheden voor het nemen van adaptatiemaatregelen kunnen voortvloeien uit internationaal (verdragen)recht, zoals het Klimaatverdrag,¹⁴ en positieve verplichtingen voortvloeiend uit mensenrechtenbepalingen.¹⁵ Daarnaast kan Europees recht een bron zijn van verantwoordelijkheden; te denken valt aan de Kaderrichtlijn Water en de Richtlijn Overstromingsrisicobeheer. Dergelijke verantwoordelijkheden kunnen ook hun grondslag vinden in nationaal recht, zoals de Grondwet¹⁶ en wetten in formele zin (bijvoorbeeld de Waterwet en de Wet ruimtelijke ordening).¹⁷ Ten slotte kunnen lagere (decentrale) regelgeving (bijvoorbeeld

14. Zie R. Verheyen, *Climate Change Damage and International Law – Prevention Duties and State Responsibility*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2005; zie ook R. Verheyen, 'Adaptation to the Impacts of Anthropogenic Climate Change – The International Legal Framework', *Review of European Community and International environmental Law* 2002, nr. 2, p. 129-143.

15. Zie J.M. Verschuuren, 'Invloed van het EVRM op het materiële omgevingsrecht in Nederland', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman & J.M. Verschuuren (red.), *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 253-311. Zie ook Resolutie 7/23 'Mensenrechten en klimaatverandering' (28 maart 2008); zie ten slotte het EHRM in de zaken *Öneryıldız v. Turkije* (30 november 2004), *Budayeva e.a. v. Rusland* (20 maart 2008).

16. Zie J.M. Verschuuren, *Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993; zie ook Ch.W. Backes, 'Het grondrecht op bescherming van het milieu – Artikel 21 Grondwet: geen historie, nauwelijks betekenis voor de hedendaagse rechtspraktijk en weinig verwachtingen voor de toekomst?', in: J.B.J.M. ten Berge, P.J.J. van Buuren, H.R.B.M. Kummeling & B.P. Vermeulen (red.), *De grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 185-204.

17. Zie F.A.G. Groothuijse, *Water weren – Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Utrecht 2009.

waterschapskeuren), beleid (bijvoorbeeld waterplannen, beheerplannen of structuurvisies) en politieke overwegingen van overheden verwachtingen wekken bij burgers, en daarmee mogelijkwerijs verantwoordelijkheden vestigen op overheden.

Wie echter zoekt naar concrete en nauwkeurig verwoorde verplichtingen voor overheden ten aanzien van het nemen van adaptatiemaatregelen, zal – vooral in het Klimaatverdrag, de genoemde richtlijnen en de Grondwet – enigszins bedrogen uitkomen. Zo bevat het internationale klimaatregime schier onleesbare en daardoor tot weinig concreets verpflichtende bepalingen, en richt het zich wat adaptatie betreft hoofdzakelijk op (financiële) steun aan ontwikkelingslanden.^{18, 19} Het Europese recht schrijft de lidstaten wel bepaalde (resultaats)verplichtingen voor, maar deze beperken zich tot de grondwaterkwantiteit en voor het overige tot de waterkwaliteit. Voorts laat het Europese recht de lidstaten volkomen vrij te beslissen welke maatregelen moeten worden genomen om de gewenste resultaten te bereiken. Wellicht kan uit artikel 21 Grondwet een verplichting worden afgeleid voor overheden om actief beleid te voeren ter bescherming van de leefomgeving, maar tegelijkertijd is de betekenis van dit sociale grondrecht voor de rechtspraktijk minimaal, temeer omdat het meerdere, niet nader uitgewerkte en vaak met elkaar strijdige taken omvat.²⁰

In de (omgevings)wetgeving in formele zin zijn op verschillende plaatsen normen vastgelegd – zoals de normen voor waterkeringen en waterkwantiteit in hoofdstuk 2 van de Waterwet –, maar hierbij worden geen concrete maatregelen genoemd waarmee de normen dienen te worden behaald. In zoverre voorziet de Waterwet alleen in de *organisatie* van het waterbeheer, met daarin onder meer de toedeling van algemeen geformuleerde zorgplichten aan verschillende overheden. Hieronder werken wij deze uit de Waterwet voortvloeiende zorgplichten nader uit. De andere niveaus laten wij hier buiten beschouwing.

Aangezien op de overheid een belangrijke algemene taak rust om te voorzien in een adequaat veiligheidsniveau, lijkt het voor de hand te liggen dat in beginsel de overheid verantwoordelijk is maatregelen te nemen die de kans verkleinen dat de

18. De ‘agerenderende invloed’ van het internationale (klimaat)recht en -beleid op nationaal adaptatie-beleid moet evenwel niet worden onderschat. Zie in een breder kader M. Peeters, *Met Recht naar Klimaatbescherming – Over de rol van het recht en de markt voor het klimaatbeleid* (oratie Maastricht), Groningen: Europa Law Publishing 2009, p. 22.

19. Wel wijzen wij hier op de verplichting uit art. 4 (1) sub b van het Klimaatverdrag, waarin wordt bepaald dat alle partijen nationale en, indien van toepassing, regionale programma’s opstellen die onder meer maatregelen bevatten ter vergemakkelijking van een adequate aanpassing aan klimaatverandering, en deze tevens uitvoeren, openbaar maken en regelmatig bijwerken. Ons is onbekend in hoeverre door de partijen aan deze verplichting wordt voldaan.

20. Zie Backes 1995, p. 192-193; zie ook Van Rijswijk 2008.

genoemde waterrisico's zich voordoen. Terzijde dient te worden opgemerkt dat de verantwoordelijkheid in bepaalde gevallen overigens ook (gedeeltelijk) voor rekening kan komen van particulieren, bijvoorbeeld indien zij bewust bepaalde risico's nemen, zoals buitendijks wonen.²¹ Verantwoordelijkheden ten aanzien van het nemen van adaptatiemaatregelen zijn in Nederland te vinden op feitelijk alle bestuurlijke (en soms ook maatschappelijke) niveaus.²² Deze bijdrage richt zich op maatregelen waarvoor de overheid exclusieve verantwoordelijkheid heeft. Dat zijn dus de maatregelen die in het Nederlandse watersysteembeheer voortvloeien uit de te bespreken zorgplichten.

Een belangrijke doelstelling van de Waterwet is het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste (artikel 2.1 lid 1 sub a Waterwet). De zorg van beheerders²³ voor de watersystemen is mede gericht op het bereiken van deze doelstelling. Bij of krachtens de Waterwet zijn onder meer normen vastgesteld voor waterkeringen en het kwantitatieve waterbeheer, waaruit een concrete beheeropgave voor watersysteembeheerders valt af te leiden. Deze normen betreffen veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen (artikel 2.2 en bijlage II Waterwet), veiligheidsnormen voor niet-primaire waterkeringen (artikel 2.4 Waterwet), en wateroverlastnormen met het oog op de gemiddelde jaarlijkse kans op overstromingen van bepaalde gebieden vanuit het oppervlaktewater (artikel 2.8 Waterwet).²⁴ De verwezenlijking van deze beheeropgave is een *zorgplicht* voor de betrokken watersysteembeheerders. Deze zorgplicht vormt een nadere uitwerking van artikel 21 Gw, waarin wordt bepaald dat de zorg van de overheid zich onder meer dient te richten op de bewoonbaarheid van het land.²⁵ Ook aan gemeenten zijn overigens taken in het kader van het waterbeheer opgedragen, hoofdzakelijk in de vorm van de hemel- en grondwaterzorgplicht. Deze twee zorgplichten vallen echter

21. Binnen het eerder genoemde KvK-Consortium wordt tevens promotieonderzoek gedaan naar de verdeling van verantwoordelijkheden tussen particulieren en overheden.

22. Zie Van Rijswijk 2008; H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010; en J. Gupta, 'The multi-level governance challenge of climate change', *Environmental Sciences* 2007, nr. 3, p. 131-137.

23. Onder 'beheerder' verstaat de Waterwet de bevoegde bestuursorganen van de overheidslichamen die zijn belast met het beheer. In plaats van deze term wordt in de literatuur ook de term 'watersysteembeheerder' gehanteerd. Onder 'beheer' wordt verstaan de overheidszorg met betrekking tot een of meer afzonderlijke watersystemen of onderdelen daarvan, gericht op het voldoen aan de doelstellingen van de Waterwet. De term beheer onderscheidt zich van de term 'waterbeheer', waaronder de overheidszorg wordt verstaan die is gericht op het voldoen aan de doelstellingen van de Waterwet. Waterbeheer omvat derhalve niet alleen de overheidszorg die betrekking heeft op watersystemen, maar omvat een bredere selectie van overheidstaken en -bevoegdheden in het waterbeheer. Ook de zogenaamde gemeentelijke watertaken vallen hieronder.

24. Zie uitgebreid hierover Groothuijse 2009, p. 42-53.

25. Zie Groothuijse 2009, p. 56-57.

buiten het bestek van deze bijdrage, omdat het niet om zorgplichten in het watersysteembeheer gaat.²⁶

De zorgplicht houdt voor watersysteembeheerders een belangrijke actieve beheer- verplichting in.²⁷ Indien niet aan de gestelde normen wordt voldaan, ligt het nemen van maatregelen in de rede.²⁸ Bevoegdheden hiertoe dienen te worden neergelegd op het meest geschikte administratieve niveau.²⁹ In Nederland komt de zorgplicht voor het watersysteembeheer vanuit een gedachte van subsidiariteit en specialiteit voor rekening van het Rijk, dan wel de functioneel decentrale waterschappen.³⁰ Men denke aan een actief peilbeheer en de zorg voor waterkeringen, waterberging en waterafvoer, en bescherming tegen droogte. In hoofdstuk 5 van de Waterwet zijn met het oog op deze zorg regels gesteld voor de aanleg en het beheer van waterstaatswerken.³¹ Op grond van artikel 5.3 Waterwet dient de beheerder, met inachtneming van de bij of krachtens hoofdstuk 2 Waterwet gestelde normen, ten aanzien van de waterstaatswerken onder zijn beheer *de nodige maatregelen* te nemen voor een veilig en doelmatig gebruik daarvan, overeenkomstig de krachtens hoofdstuk 4 Waterwet aan die waterstaatswerken toegekende functies. Om welke of welk soort maatregelen het gaat, staat overigens niet in de Waterwet.

De zorgplicht voor watersysteembeheerders is dus wettelijk ingekaderd, althans de omvang daarvan kan worden bepaald aan de hand van de bij of krachtens de Waterwet vastgestelde normen. Dit betekent dat deze zorgplicht niet onbegrensd en evenmin absoluut is. Het is met andere woorden geen resultaatsverplichting, maar een

26. Zie art. 3.5 resp. 3.6 Waterwet, en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 23 (hierna: MvT Waterwet). Zie tevens G.K. Heger, *Gemeentelijk waterbeheer*, Waterstaatrechts, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009; H.K. Gilissen, H.F.M.W. van Rijswijk & A.A.J. de Gier, *De kwantitatieve wateropgave in sterk verharde gebieden – Verantwoordelijkheden en bevoegdheden van gemeenten en waterschappen*, Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, Utrecht, december 2010, p. 7-12.

27. Zie MvT Waterwet, p. 19.

28. Zie hoofdstuk 5 Waterwet en H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 180-188.

29. Zie hierover het Groenboek van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie*, COM(2007) 354, SEC(2007) 849; zie tevens het Witboek *Aanpassing aan klimaatverandering: naar een Europees actiekader*, COM(2009)147, SEC(2009) 386.

30. Zie art. 3.1 resp. 3.2 Waterwet. Zie tevens Havekes en Van Rijswijk 2010, hfdst. 7 en H.J.M. Havekes, *Functioneel decentraal waterbestuur: borging, bescherming en beweging – De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen vijftig jaar* (diss. Utrecht), Zoetermeer 2008.

31. Waterstaatswerken zijn oppervlaktewaterlichamen, bergingsgebieden, waterkeringen of ondersteunende kunstwerken. Het watersysteem is opgebouwd uit een onderling samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende andere waterstaatswerken (art. 1.1 Waterwet).

algemene instructie aan de overheid, dus een inspanningsverplichting.³² Dat is ook niet vreemd, omdat tal van onzekere factoren, zoals klimaatverandering en andere natuurlijke omstandigheden, invloed kunnen uitoefenen op het watersysteem. Watersysteembeheerders (en andere overheden die zijn belast met watertaken) kunnen binnen de wettelijke kaders discretionair gebruik maken van hun bevoegdheden.³³ De instructienormen zijn daarom door derden ook niet rechtstreeks en zonder meer in rechte afdwingbaar. De bevoegde rechter zal zich namelijk terughoudend opstellen wanneer hij wordt benaderd in geschillen over de concrete invulling en tenuitvoerlegging van de zorgplichten van beheerders.³⁴ Een conclusie die hieruit wordt getrokken, is dat verzoeken van derden om concrete maatregelen te nemen over het algemeen weinig kans van slagen hebben.³⁵

Uit de Waterwet zelf vloeit dus niet voort welke maatregelen beheerders onder welke omstandigheden dienen te nemen. De Waterwet schrijft in hoofdstuk 4 wel voor dat de betrokken overheden strategische en operationele plannen vaststellen, waarin zij hun (ruimtelijke) waterbeleid motiveren, en aangeven met welke maatregelen en middelen zij voornemens zijn de hun opgelegde taken te verwezenlijken. Het gaat om nationale en regionale waterplannen (artikel 4.1 respectievelijk 4.4 Waterwet), en beheerplannen (artikel 4.6 Waterwet). Deze planvorming is in het kader van de zorgplicht een belangrijke fase, omdat aan de hand van deze plannen de zorgplichten door de betrokken overheden zelf nader worden geconcretiseerd,³⁶ zowel naar tijd en plaats, als naar concrete omstandigheden. Bij of krachtens AMvB of provinciale verordening worden regels gesteld over onder meer de voorbereiding van dergelijke plannen (zie artikel 4.3, 4.5 en 4.7 Waterwet). Hierin kunnen ook de mogelijkheden tot inspraak door belanghebbenden of een ruimere kring van be-

32. Zie MvT Waterwet, p. 18, en tevens Groothuijse 2009, p. 66-68 en H.F.M.W. van Rijswijk, *Bewegend water – Over de verdeling van waterrechten en waterplichten binnen stroomgebieden in het Europese en Nederlandse recht*, Groningen: Europa Law Publishing 2008, p. 31-33.

33. Zie hierover H.F.M.W. van Rijswijk, 'Wie is de waterbeheerder en wat moet hij doen?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2009, nr. 4, p. 164-177, i.h.b. p. 165 en p. 171-172. Zie tevens Gilissen, Van Rijswijk & De Gier 2010. Hier zij tevens opgemerkt dat de uit de Waterwet voortvloeiende bevoegdheden en instrumenten enkel toekomen aan *watersysteembeheerders*. Andere overheden die zijn belast met een of enkele taken in het waterbeheer zullen gebruik moeten maken van andere instrumenten en bevoegdheden, bijvoorbeeld voortvloeiend uit de Wet ruimtelijke ordening, de Gemeentewet of de Wet milieubeheer. Zie bijvoorbeeld H.K. Gilissen & H.F.M.W. van Rijswijk, *Water en ruimte – De bescherming van watersysteembelangen in het ruimtelijk spoor*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishers 2009.

34. Vgl. ABRvS 18 april 2007, *AB* 2007, 170 m.nt. Ch.W. Backes (onder *AB* 2007, 171); HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. JGS; HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234 m.nt. ARB; HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. ARB; en HR 9 november 2001, *AB* 2002, 20 m.nt. ThGD.

35. Zie Groothuijse 2009, p. 60-66.

36. Zie Van Rijswijk 2009, p. 171-172.

trokkenen worden geregeld.³⁷ Tegen deze plannen staat echter geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.³⁸ Wel behoeven beheerplannen van regionale watersysteembeheerders provinciale goedkeuring. Tegen de goedkeuringsbesluiten staat echter in beginsel geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, omdat wordt aangenomen dat dergelijke plannen hoofdzakelijk beleidsregels bevatten.³⁹

De laatste fase die in het kader van de zorgplicht van belang is, is de uitvoeringsfase.⁴⁰ In dit kader voorziet de Waterwet in hoofdstuk 5 in een aantal belangrijke instrumenten en bevoegdheden voor de aanleg en het beheer van waterstaatswerken. Aan de hand van concrete plannen en besluiten wordt het in de beheerplannen verwoorde beleid tot uitvoering gebracht. In het bijzonder zijn de leggerplicht en de bepalingen omtrent het projectplan en de projectprocedure voor de aanleg en wijziging van waterstaatwerken van belang.⁴¹ Duidelijkheid over welke concrete maatregelen zullen worden genomen, ontstaat daarmee voor derden meestal pas in de plan(vormings)fase of zelfs pas in de uitvoeringsfase.

Er bestaat dus een ruime overheidsverantwoordelijkheid ten aanzien van het nemen van adaptatiemaatregelen, zij het dat deze niet grenzeloos is. Bij het vervullen van de daaruit voortvloeiende taken komt aan de betrokken overheden veel discretionaire ruimte toe met het oog op de vraag welke concrete maatregelen, waar en wanneer worden genomen. Het (adaptatie)programma Ruimte voor de Rivier biedt hier een goed voorbeeld. Binnen dat programma zijn op rijksniveau bepaalde doelen vastgesteld, en is de invulling en uitvoering daarvan overgelaten aan de betrokken regionale en lokale overheden.⁴² Er bestaat dus veel discretionaire ruimte voor overheden in de besluitvorming rondom adaptatie aan klimaatverandering. Binnen deze ruimte zullen overheden hun besluiten zorgvuldig moeten vormgeven, waarbij zij rekening zullen moeten houden met de nodige (tegenstrijdige) belangen en een ruime mate van onzekerheid met het oog op de concrete regionale of lokale gevolgen van klimaatverandering waarop de maatregelen zich richten.⁴³

37. Dit kan bijvoorbeeld – en gebeurt in de praktijk ook zonder uitzondering – door afdeling 3.4 Awb van toepassing te verklaren op de totstandkoming van dergelijke plannen. Op grond van art. 3:15(1) Awb worden belanghebbenden dan in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen over een ontwerp van het plan naar voren te brengen.

38. Zie Groothuijse 2009, p. 119.

39. Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 139.

40. Strikt genomen zou de onderhouds- en beheerfase als laatste relevante fase kunnen worden aange-merkt.

41. Zie respectievelijk art. 5.1, art. 5.4 en par. 5.2 Waterwet.

42. Meer informatie over dit programma is te raadplegen op <www.ruimtevoorderivier.nl>.

43. Zie ook G.T Raadgever, A.A.H. Smit, C. Dieperink, P.P.J. Driessen & H.F.M.W. van Rijswijk, *Omgaan met onzekerheden bij de regionale implementatie van de Kaderrichtlijn Water*, Deelonderzoek 2, Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, Universiteit Utrecht, Utrecht 2009, te raad-

3.2 Overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en risico

3.2.1 Grenzen van zorgplichten; gronden voor aansprakelijkheid

Overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan op verschillende manieren ontstaan. Laten overheden na om de binnen hun zorgplicht vallende maatregelen te nemen, dan kan op basis van artikel 6:162 BW aansprakelijkheid worden geconstrueerd voor klimaatschade die uit dat nalaten voortvloeit.⁴⁴ Dit vormt als het ware de ‘ondergrens’ van de zorgplicht. In het verlengde hiervan ligt het nemen van inadequate maatregelen. Klimaatschade kan immers ook ontstaan wanneer onjuiste of onvoldoende adaptatiemaatregelen worden genomen.⁴⁵ Ook in dit geval kan overheidsaansprakelijkheid voor deze schade worden betoogd, zij het dat de leer van de formele rechtskracht in gevallen van appellabele (adaptatie)besluiten een belangrijke beperking vormt voor succesvolle acties uit onrechtmatige daad tegen de overheid.⁴⁶ Indien evenwel adaptatiebesluiten op grond van bijvoorbeeld een onzorgvuldige voorbereiding of een ondeugdelijke motivering worden vernietigd, wordt dit de besluitvormende overheid zonder meer als onrechtmatig toegerekend. Ten slotte zou het als onrechtmatig kunnen worden beschouwd als overheden doorslaan in het nemen van adaptatiemaatregelen, en gedreven door klimathysterie of andere vormen van geestvernaauwing bijvoorbeeld overgaan tot het aanleggen van dijken tot in de hemel. Met deze vorm van disproportionaliteit gaan overheden eveneens hun zorgplicht te buiten, hetgeen kan worden beschouwd als overschrijding van de ‘bovengrens’ van de zorgplicht.⁴⁷

Wij gaan hieronder ten eerste in op de eerstgenoemde vorm van onrechtmatigheid: het ten onrechte nalaten adaptatiemaatregelen te nemen (paragraaf 3.2.3). Daarna bespreken wij de overheidsaansprakelijkheid voor klimaatschade door inadequate

plegen op <www.uu.nl/faculty/leg/nl/organisatie/departementen/departementrechtsgelerdheid/organisatie/onderdelen/centrumvoormgeving/rechtenbeleid/publicaties/Pages/default.aspx>.

44. Vgl. art. 6:162(2) BW. In algemene zin, zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht – Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
45. Men denke aan situaties waarin wel degelijk een waterkering wordt aangelegd, maar deze op een later tijdstip niet bestand blijkt te zijn tegen de zich voordoende negatieve effecten van klimaatverandering. De verantwoordelijke overheid heeft in dergelijke gevallen een verkeerde inschatting gemaakt de relevante waterrisico's.
46. Die leer heeft tot gevolg dat besluiten die ondanks bijvoorbeeld een kennelijk onzorgvuldige voorbereiding niet worden aangevochten en vernietigd, formele rechtskracht krijgen en daarmee rechtmatig worden geacht in al hun facetten. Zie B.J. Schueler, *Government liability: an incentive for appropriate adaptation?*, 2010, n.n.g. Algemeen over formele rechtskracht: B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb – Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Monografieën Awb B-7, Deventer: Kluwer 2005, hfdst. 6.
47. Een voorbeeld van mogelijke disproportionaliteit vormt in onze ogen het voorstel van de Commissie-Veerman om de veiligheidsnormen van dijken met een factor 10 te verhogen, terwijl de noodzaak daarvan geenszins is gegeven.

adaptatiemaatregelen (paragraaf 3.2.4). Ten slotte komt een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid aan bod: de risicoaansprakelijkheid voor opstallen (paragraaf 3.2.5). Aan het eind van elke genoemde paragraaf maken wij een korte opmerking over de concrete dreiging van aansprakelijkheid in de onderscheiden gevallen.

3.2.2 *Verschillende situaties: zuiver nalaten of inadequaate handelen?*

Het tekortschieten in de zorgplicht kan onder omstandigheden worden gekwalificeerd als een onrechtmatig nalaten. Maar waaruit kan dat nalaten precies bestaan? Men zou bijvoorbeeld het niet (tijdig) vaststellen van beheerplannen kunnen beschouwen als een nalaten. Uit het gebruik van de gebiedende wijs in de redactie van de artikelen in hoofdstuk 4 Waterwet kan worden afgeleid dat het vaststellen van dergelijke plannen verplicht is voor de betrokken overheden. Het vaststellen van dergelijke plannen is evenwel niet de enige manier waarop kan worden voldaan aan de zorgplicht. De watersysteembeheerders concretiseren hun zorgplicht in hun beheerplannen naar tijd, plaats en regionale omstandigheden. Het is echter niet uitgesloten dat watersysteembeheerders ondanks dat zij geen beheerplan hebben vastgesteld, toch – bijvoorbeeld door het opstellen van projectplannen en het nemen van (andere) adaptatiebesluiten – adequate maatregelen nemen waarmee zij aan hun zorgplicht voldoen. Bij ons weten hebben alle watersysteembeheerders overigens in december 2009 hun beheerplannen vastgesteld.

Wij richten ons daarom op de situatie waarin wel een beheerplan is vastgesteld, maar waarin desondanks klimaatschade optreedt. Hier zijn in theorie twee situaties denkbaar. Ten eerste de situatie waarin een beheerplan wel is vastgesteld, maar het – naar later blijkt – geen *adequate* maatregelen bevat. Het plan is daarmee inhoudelijk ondeugdelijk gebleken; de watersysteembeheerder heeft zijn zorgplicht verkeerd ingeschat en geconcretiseerd, waardoor schade is ontstaan, bijvoorbeeld in de vorm van wateroverlast. Men zou kunnen stellen dat het hier een *ondeugdelijk plan* betreft. Ten tweede onderscheiden wij de situatie waarin een beheerplan wel adequate maatregelen bevat, maar deze maatregelen niet of niet naar behoren worden uitgevoerd, wederom met klimaatschade tot gevolg. In deze situatie is de watersysteembeheerder zich voldoende bewust van zijn zorgplicht, maar schiet deze tekort in de uitvoering daarvan. Men zou kunnen stellen dat het hier een deugdelijk plan, maar een *ondeugdelijke uitvoering* daarvan betreft.

Het is voor leken – en soms zelfs voor experts – vaak ondoenlijk om op voorhand na te gaan of de in een plan voorgeschreven maatregelen adequaat zijn, en tevens hebben watersysteembeheerders veel discretionaire ruimte als het op de beoordeling van de adequaatheid van maatregelen aankomt. Daarom kan het in de praktijk lastig zijn om te beoordelen of schade het gevolg is van een ondeugdelijk plan of

een ondeugdelijke uitvoering. Dat doet enigszins af aan de praktische waarde van dit theoretische onderscheid. Duidelijk is echter wel dat, indien zich klimaatschade voordoet, de watersysteembeheerder in beide gevallen mogelijkwerijs is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Dat brengt ons tot de constatering dat het in deze bijdrage relevante nalaten feitelijk neerkomt op het *niet nemen van adaptatiemaatregelen* (zuiver nalaten), dan wel het *nemen van inadequate adaptatiemaatregelen* (inadequaat handelen). Daarbij is niet doorslaggevend of deze maatregelen zijn opgenomen in een of andere planvorm.

3.2.3 Aansprakelijkheid voor schade door het niet nemen van adaptatiemaatregelen

Indien sprake is van klimaatschade door zuiver overheidsnalaten – worden er dus géén adaptatiemaatregelen genomen –, dan bestaat voor gelaedeerden de mogelijkheid een actie wegens onrechtmatige overheidsdaad in te stellen. Wanneer in een concreet geval aan de daarvoor geldende criteria is voldaan, bestaat in beginsel een recht op schadevergoeding. Men zij er wel op bedacht dat de uitwerking van deze criteria gedeeltelijk anders is dan in gevallen waarin het een ‘normale’ privaatrechtelijke onrechtmatige daad betreft.⁴⁸

Daarbij dient, zoals hierboven reeds is opgemerkt, te worden begrepen dat de zorgplicht voor het waterkwantiteitsbeheer traditioneel wordt beschouwd als een inspanningsverplichting.⁴⁹ Dit betekent dat niet iedere schade door bijvoorbeeld wateroverlast zonder meer zal leiden tot aansprakelijkheid; alleen wanneer de overheid haar zorgplicht jegens particulieren heeft geschonden door zich onvoldoende in te spannen, kan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad worden aangenomen.⁵⁰ Dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld, en vergt meestal de nodige deskundigheid.⁵¹ Een maatstaf hiervoor is of de overheid beneden *de zorg van een goed beheerder* is gebleven, waarbij in ieder geval de concrete omstandigheden van het geval en de verschillende bij het beleid betrokken belangen en (beperkte) middelen in aanmerking worden genomen. Ook aan de beleidsvrij-

48. Uitgebreider over onrechtmatige overheidsdaad en de uitwerking van deze criteria: G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Monografieën Privaatrecht 3, Deventer: Kluwer 2005; M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht – Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, hfdst. VI; J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 174-196 en de algemene hoofdstukken over schuldaansprakelijkheid.

49. Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB; HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. ARB, *AB* 1999 m.nt. ThGD; HR 19 november 1999, *AB* 2002, 21 m.nt. ThGD; en HR 9 november 2002, *AB* 2002, 20 m.nt. ThGD.

50. Zie Van Rijswijk 2009, p. 172.

51. Van Rijswijk 2009, p. 172-173; zie ook Groothuijse 2009, p. 57-58.

heid die een betrokken overheid toekomt, zal in dit kader gewicht toekomen.⁵² Wat onder de zorg van een goed beheerder valt, is betrekkelijk diffuus, maar daaronder valt in ieder geval het in werking hebben van een adequate klachtenbehandelingsorganisatie, het adequaat behandelen van klachten, en het treffen van de nodige maatregelen.⁵³ Naar onze mening kunnen onder nodige maatregelen zowel onderhoudsmaatregelen, als het aanleggen of versterken van nieuwe (infrastructurele) werken worden verstaan.

Derden kunnen de verantwoordelijke overheid overigens ook tot de orde roepen en in rechte aanspreken op een verplichting om adaptatiemaatregelen te nemen. De normen op grond van de Waterwet geven aan waarop de dragers van de zorgplichten kunnen worden aangesproken.⁵⁴ In de eerste plaats kunnen derden privaatrechtelijk optreden⁵⁵ door op grond van artikel 3:296 lid 1 BW de burgerlijke rechter te verzoeken de overheid te bevelen gehoor te geven aan haar zorgplicht, bijvoorbeeld door bepaalde feitelijke handelingen te verrichten of alle nodige maatregelen te treffen om het watersysteem in te richten overeenkomstig de geldende normen.⁵⁶ In de tweede plaats kunnen derden het bevoegde overheidsorgaan verzoeken bepaalde nader omschreven adaptatiebesluiten te nemen. Het zal dan vaak een verzoek betreffen om een of enkele concrete maatregelen te nemen waarvoor een projectplan moet worden vastgesteld. Tegen een afwijzende reactie op dergelijke verzoeken staat de gang naar de bestuursrechter open, evenals tegen het achterwege blijven van een besluit op een aanvraag (artikel 6:2 Awb).

In de praktijk van het watersysteembeheer komen dergelijke verzoeken van particulieren aan overheden om (adaptatie)maatregelen te nemen geregeld voor. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de ‘zaak Elgersma’. In deze zaak verzocht een particulier het dagelijks bestuur van Wetterskip Fryslân bij verschillende brieven handhavend op te treden tegen het Wetterskip als rechtspersoon wegens het niet naleven van de in de keur opgenomen (buitengewone) onderhoudsverplichting. De Afdeling oordeelde dat handhavend

52. Zie ook HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB; HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 m.nt. ARB, *AB* 1999 m.nt. ThGD; HR 19 november 1999, *AB* 2002, 21 m.nt. ThGD; en HR 9 november 2002, *AB* 2002, 20 m.nt. ThGD.

53. Zie Gerechtshof 's-Gravenhage 24 november 2009, LJN BK4254, r.o. 5.

54. Zie MvT Waterwet, p. 14.

55. Zie I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten – Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, Deventer: Kluwer 2004, p. 8 en p. 16-19.

56. Een verzoek tot het geven van een rechterlijk bevel tot wet- of regelgeving wordt afgewezen. Zie HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691, *AB* 2004, 39 (*Waterpakt*) en HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Stichting Faunabescherming v. Provincie Fryslân*).

diende te worden opgetreden tegen het Wetterskip als rechtspersoon, aangezien het heeft nagelaten zich te houden aan een imperatief geformuleerde verplichting in de keur.⁵⁷ Ook buiten het traditionele watersysteembeheer vindt men voorbeelden, zoals in een uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 10 juni 2009. Het ging hier om een *gemeentelijke zorgplicht* om wateroverlast in stedelijk gebied te voorkomen. Hevige regenval heeft in onder meer de gemeente Kapelle gezorgd voor de nodige schade. Om toekomstige schade te voorkomen werd de gemeente verzocht de nodige maatregelen te nemen. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente inderdaad *passende maatregelen* moest nemen om toekomstige schade te voorkomen.⁵⁸

Uit deze voorbeelden kan blijken dat de bevoegde rechter snel geneigd zal zijn om de hier bedoelde vorderingen toe te wijzen. Daardoor kan een vertekend beeld van de werkelijkheid ontstaan. Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter stelt zich bij dergelijke vorderingen namelijk terughoudend op en respecteert op die wijze de beoordelingsvrijheid die beheerders toekomt bij de invulling en tenuitvoerlegging van hun zorgplichten. Door die terughoudende opstelling wordt de afdwingbaarheid van de zorgplichten door derden in de praktijk fors beperkt, hetgeen bijvoorbeeld Groothuijse ertoe heeft bewogen te stellen dat de hier bedoelde vorderingen over het algemeen weinig kans van slagen hebben.⁵⁹ Wij volgen hem in die stelling, maar benadrukken tevens dat toekenning van dergelijke vorderingen onder bepaalde omstandigheden dus niet is uitgesloten.

Met het oog op bovenstaande kan worden geconcludeerd dat aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatig nalaten dreigt in gevallen waarin overheden geen adaptatiemaatregelen nemen, terwijl dat op basis van hun zorgplicht wel van hen mag worden verwacht. Deze dreiging wordt echter ingetoomd door de aard van deze zorgplichten (inspanningsverplichtingen) en vooral de beleidsvrijheid die beheerders toekomt bij de invulling en tenuitvoerlegging daarvan. Dit brengt met zich dat slechts bij onvoldoende inspanningen, waarbij men onder de zorg van een goed beheerder blijft, kan worden gesproken van een concrete dreiging van aansprakelijkheid.

57. Zie ABRvS 16 juli 2008, *AB* 2008, 307 m.nt. Alfred van Hall.

58. Zie Vz. Rb. Middelburg 10 juni 2009, LJN BI7438.

59. Zie Groothuijse 2009, p. 60-66.

3.2.4 Aansprakelijkheid voor het nemen van inadequate adaptatiemaatregelen?

Zoals hierboven is vastgesteld, kan klimaatschade ook ontstaan wanneer verantwoordelijke overheden geen *adequate* maatregelen nemen. Ook dit valt met het oog op de besproken zorgplichten te beschouwen als een vorm van nalaten, maar om redenen van duidelijkheid brengen wij deze gevallen onder de noemer ‘inadequaat handelen’. Verantwoordelijke overheden nemen in dergelijke gevallen namelijk wel degelijk adaptatiemaatregelen, maar niet de juiste of niet in voldoende vergaande mate. Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken:

Een watersysteembeheerder analyseert op basis van bepaalde wetenschappelijke inzichten over de verwachte regionale effecten van klimaatverandering de waterrisico's in zijn beheergebied. Dit leidt ertoe dat hij in zijn beheerplan onder meer vastlegt dat op een bepaalde locatie in zijn beheergebied een dijk met dertig centimeter zal worden verhoogd. Deze adaptatiemaatregel wordt binnen de planperiode uitgevoerd. Daartoe wordt een projectplan vastgesteld, in welk kader een aantal (appellabele) besluiten wordt genomen, en wordt een aantal benodigde vergunningen aangevraagd en verleend. Niemand stelt tegen enig besluit beroep in. Vlak na de afronding van het project blijkt tijdens een periode van hoog water dat deze maatregelen niet afdoende zijn geweest; de dijk stroomt over met ernstige schade door wateroverlast tot gevolg. Was de dijk nog twintig centimeter hoger geweest, zo blijkt achteraf uit onderzoek, dan was deze schade voorkomen. De watersysteembeheerder heeft het waterrisico in casu dus verkeerd ingeschat. Enkele gelaedeerden besluiten naar de burgerlijke rechter te stappen, teneinde hun schade met een beroep op onrechtmatige overheidsdaad op de beheerder te verhalen. Heeft deze vordering kans van slagen?

De beoordeling van de aansprakelijkheid hangt er in dergelijke gevallen allereerst van af welk handelen of nalaten de eiser aanwijst als onrechtmatige oorzaak van de schade. Hij zou het vaststellen van *ondeugdelijke beheerplannen* als oorzaak kunnen aanwijzen. Tegen dergelijke plannen staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.⁶⁰ Evenmin staat beroep open tegen de besluiten ter goedkeuring van beheerplannen, aangezien wordt verondersteld dat deze plannen hoofdzakelijk

60. Alle in hfdst. 4 genoemde plannen zijn in de Invoeringswet Waterwet immers op de negatieve lijst als bedoeld in art. 8:5(1) Awb geplaatst (zie art. 1.2 sub B, Invoeringswet Waterwet). Een rechtmatigheidsoordeel over waterplannen en beheerplannen kan dus alleen bij de civiele rechter worden verkregen. Groothuijse meent overigens, onder verwijzing naar enkele uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak, dat de plaatsing van beheerplannen op de negatieve lijst onwenselijk, althans slecht gemotiveerd is. Zie Groothuijse 2009, p. 119 en ABRvS 21 februari 2007, *AB* 2007, 124 m.nt. A. van Hall en ABRvS 29 april 2003, nr. 200203170/1.

beleidsregels bevatten.⁶¹ Wel kunnen belanghebbenden en soms ook een bredere kring van betrokkenen door middel van het naar voren brengen van zienswijzen invloed uitoefenen op de inhoud van dergelijke plannen tijdens de daartoe bestemde inspraaktermijn. Tijdens deze periode in de totstandkomingsprocedure zouden zij dus kunnen aanvoeren dat de in het ontwerpplan opgenomen maatregelen onjuist zijn of niet ver genoeg strekken. Betrokken overheden kunnen dergelijke zienswijzen gemotiveerd naast zich neerleggen, of zij kunnen hun plannen naar aanleiding daarvan aanpassen. Wat hier ook van moge zijn, inspraak werkt *ex ante*; een benadeelde heeft weinig aan dat recht als *ex post* op noodlottige wijze blijkt dat het plan ondeugdelijk is. Een benadeelde rest dus slechts de weg naar de burgerlijke rechter, maar men kan zich afvragen of deze snel geneigd zou zijn een vordering tot schadevergoeding wegens een ondeugdelijk gebleken plan toe te wijzen. Daarbij kan ook een rol spelen dat de burgerlijke rechter van oordeel zou kunnen zijn dat de oorzaak van de schade primair gezocht moet worden in besluiten over de uitvoering van de beheerplannen.

Tegen besluiten ter *uitvoering* van de in beheerplannen opgenomen maatregelen staat vaak wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Het gaat immers vaak om appellabele besluiten, zoals uitvoeringsbesluiten, water- en omgevingsvergunningen. Door binnen de daartoe gestelde termijn de juiste rechtsbeschermingsprocedure te starten, kunnen belanghebbenden invloed uitoefenen op de inhoud van dergelijke besluiten. Zij kunnen met het oog op bovengenoemd voorbeeld bijvoorbeeld beargumenteren dat de dijk hoger moet worden dan gepland. In zoverre kunnen zij voordat de maatregelen worden uitgevoerd dus hun invloed doen gelden. Gaan zij tegen dergelijke besluiten echter niet (tijdig) in beroep of wordt hun beroep ongegrond verklaard, dan verkrijgen deze besluiten *formele rechtskracht*. Zij worden dan zowel wat betreft hun inhoud als wat betreft hun wijze van totstandkoming geacht rechtmatig te zijn, en worden dus in rechte onaantastbaar.⁶² Noch de bestuursrechter, noch de civiele rechter kan in dat geval nog een oordeel vellen over de rechtmatigheid ervan. Dit betekent in beginsel ook dat een vordering tot de vergoeding van klimaatschade wegens (wellicht klaarblijkelijke onrechtmatige) inadequate adaptatiebesluiten geen kans van slagen meer heeft, tenzij iemand zich kan beroepen op een van de uitzonderingen op het beginsel van formele rechtskracht.⁶³

Dit is een belangrijke beperking op overheidsaansprakelijkheid, die zich ook doet gevoelen in het kader van adaptatie aan klimaatverandering. Overheden kunnen

61. Zie Havekes & Van Rijswijk 2010, p. 139.

62. Zie Schueler 2005, hfdst. 6.

63. Zie Schueler 2005, p. 105-121.

op basis van het beginsel van formele rechtskracht in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld voor schade die voortvloeit uit later onjuist of niet-effectief gebleken besluiten. De in het voorbeeld opgeworpen vraag zal dus ontkennend moeten worden beantwoord. Het rechtmatigheidsoordeel over appellabele besluiten komt toe aan de bestuursrechter. Indien hem dat oordeel niet is gevraagd of wanneer hij de rechtmatigheid van een besluit heeft bekrachtigd, dan gaat de civiele rechter uit van de rechtmatigheid van dat besluit in al zijn facetten, en wijst hij een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige overheidsdaad dan ook resoluut af.

De formele rechtskracht van appellabele besluiten geldt alleen voor degenen die bestuursrechtelijke rechtsmiddelen tegen dat besluit konden aanwenden.⁶⁴ Anderzijds is een eenmaal vernietigd besluit slechts onrechtmatig jegens degenen die tegen dat besluit daadwerkelijk beroep hebben ingesteld.⁶⁵ Toch valt niet uit te sluiten dat ook derden (niet-belanghebbenden) schade lijden ten gevolge van inadequate adaptatiemaatregelen. Denk bijvoorbeeld aan toevallige passanten, toeristen en nieuw gevestigden die schade lijden als gevolg van de in het voorbeeld genoemde wateroverlast. Aan hen kan de formele rechtskracht van een appellabel besluit in beginsel niet worden tegengeworpen.⁶⁶ Zodoende ontstaat een ongelijke situatie waarin het, in geval van klimaatschade door inadequate adaptatiebesluiten, voor hen die belanghebbende waren toen tegen het besluit beroep openstond feitelijk onmogelijk is om hun schade op de verantwoordelijke overheid te verhalen, terwijl die mogelijkheid in beginsel nog wel bestaat voor gelaedeerde derden. Nog afgezien van de vraag of deze ongelijkheid wenselijk is,⁶⁷ bestaat er voor overheden ook in deze gevallen dus nog wel een bepaalde onzekere dreiging van aansprakelijkheid.

Door het nemen van adaptatiebesluiten en het uitvoeren van adaptatiemaatregelen ontstaat een nieuwe feitelijke situatie. Met het nemen van dergelijke maatregelen wordt aan klimaatverandering echter geen halt toegeroepen; na verloop van tijd kunnen nieuwe waterrisico's nopen tot nieuwe of verdergaande maatregelen.⁶⁸ Indien enige tijd nadat adaptatiemaatregelen zijn genomen alsnog klimaatschade ontstaat, rijst een belangrijke vraag. Namelijk: hoe lang nadat de maatregelen zijn

64. Zie HR 8 september 1995, *AB* 1996, 58 m.nt. ThGD (*Utrecht v. Budinovski en Pejkovski*).

65. Zie HR 19 juni 1998, *AB* 1998, 416 m.nt. ThGD (*Kaveka Apeldoorn*).

66. Zie HR 20 november 1987, *AB* 1988, 117 (*Montenegro v. Staat*), HR 26 januari 2001, *JB* 2001, 44 m.nt. EvdL, en HR 3 september 2004, *AB* 2005, 74 m.nt. GavdV (*Staat v. VAJN/NJCM*).

67. Zo kan men zich afvragen of toch niet beter kan worden vastgehouden aan de formele rechtskracht in gevallen waarin het gaat om besluiten waarbij in beginsel een onbegrensd aantal toekomstige (niet-belanghebbende) benadeelden betrokken kan raken. Zie Schueller 2005, p. 114.

68. Het is mede daarom verstandig om nu al ruimte te reserveren voor eventuele toekomstige verdergaande maatregelen. Dit gebeurt bijvoorbeeld door reserveringszones langs dijken vast te stellen, en in die zones bouwverboden af te kondigen.

uitgevoerd kan aan gelaedeerden in vorderingen tot schadevergoeding bij de civiele rechter nog de formele rechtskracht van adaptatiebesluiten worden tegengeworpen? Hoe lang wordt de beschermende werking van de formele rechtskracht geacht te gelden?⁶⁹

De ‘verstreken tijd’ kan bij de beantwoording van dergelijke vragen in onze ogen lastig als zelfstandig criterium worden gebruikt, omdat men moeilijk in algemene zin kan vaststellen op welk punt in de tijd juist dóór het verstrijken van tijd de redelijkheid van de formele rechtskracht vervalt. Met de eventuele erkenning van dit criterium wordt daarnaast een regelrechte inbreuk gemaakt op de ratio van de formele rechtskracht, welk beginsel de veronderstelde rechtmatigheid van appellabele besluiten juist ontleent aan het verstrijken van tijd. Toch is het verstrijken van tijd wel relevant in combinatie met de veranderende omstandigheden, waarbij de nadruk komt te liggen op het laatste. De veronderstelde rechtmatigheid eindigt dus pas wanneer zich na verloop van tijd *relevante nieuwe omstandigheden* voordoen of hebben voorgedaan.⁷⁰ Is de klimaatschade dus te wijten aan het feit dat in het verleden inadequate maatregelen zijn genomen, dan zal de formele rechtskracht onverminderd aan overheidsaansprakelijkheid (jegens hen die tegen het besluit in beroep hadden kunnen gaan) in de weg blijven staan, zolang de omstandigheden niet of nauwelijks zijn veranderd. Wanneer van dat laatste wel sprake is, dan vervalt de veronderstelde rechtmatigheid en kan de burgerlijke rechter zich een inhoudelijk oordeel vormen over de rechtmatigheid van het latere nalaten om nieuwe (andere of verdergaande) adaptatiemaatregelen te nemen. In dergelijke gevallen kan in onze ogen overigens beter worden gesproken van een zuiver nalaten,⁷¹ zoals in paragraaf 3.2.3 is besproken. Gesteld kan namelijk worden dat met het intreden van de gewijzigde omstandigheden een nieuw tijdperk is aangebroken waarin van verantwoordelijke overheden nieuwe adaptatiemaatregelen kunnen worden verwacht.

69. Vgl. N.S.J. Koeman, ‘Overheidsaansprakelijkheid in geval van niet-handelen, onder meer bij niet-handhaven’, in: J.M.P. Janssen (red.), *Handhaving van het omgevingsrecht – Inleidingen op en verslag van een studiedag georganiseerd door het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam op 9 december 2003*, Amsterdam: Europa Law Publishing 2004, p. 39-48.

70. Zie Koeman 2004, p. 47. Vgl. ook HR 25 oktober 2002, *Gst.* 2003, nr. 7181 (*Heeze-Leende v. Lamers*).

71. Het komt ons immers vreemd voor de rechter te benaderen met een verzoek om schadevergoeding wegens de gebleken inadequaatheid van een besluit dat lang geleden is genomen, sindsdien altijd als rechtmatig diende te worden beschouwd, maar wat nu mogelijkerwijs toch weer onrechtmatig is. Dergelijke ‘zwalkende’ besluiten zouden het doolhof van het overheidsaansprakelijkheidsrecht een extra dimensie geven, die in onze ogen onduidelijkheid en onzekerheid te zeer in de hand speelt.

Watersysteembeheerders kunnen op grond van hun zorgplicht tevens gehouden zijn bepaalde feitelijke handelingen te verrichten om klimaatschade te voorkomen of te beperken. In het kader van het waterbeheer valt te denken aan het openen of sluiten van sluizen, het in werking stellen van gemalen, het in gebruik nemen van bergingsgebieden, of het laten inunderen van (andere) gronden. Het kan voorkomen dat deze feitelijke handelingen van de overheid niet het gewenste (beschermende) effect bereiken, waardoor klimaatschade ontstaat. Te onderscheiden zijn gevallen waarin een ongeschikt middel wordt ingezet, en gevallen waarin een geschikt middel niet ten volle of in onvoldoende mate wordt benut. De handelingen zijn in beide gevallen *inadequaet* te noemen. Men kan denken aan situaties waarin één pomp van een meerpompsgemaal in werking wordt gesteld, teneinde door het afpompen van overtollig oppervlaktewater overstromingen of wateroverlast in een bepaald gebied te voorkomen. Na enige tijd ontstaat toch schade door wateroverlast, die, naar later blijkt uit berekeningen, met het in werking stellen van een tweede pomp gemakkelijk had kunnen worden voorkomen. Gelaedeerden kunnen in dergelijke gevallen de overheid aansprakelijk stellen uit onrechtmatige overheidsdaad. Zij kunnen met hun vordering tot schadevergoeding alleen terecht bij de burgerlijke rechter, aangezien het feitelijk handelen betreft.

Wat betreft de concrete dreiging van aansprakelijkheid kan op grond van bovenstaande worden geconcludeerd dat deze wat betreft appellabele adaptatiebesluiten door het beginsel van formele rechtskracht gedurende kortere of langere tijd wordt geminimaliseerd. Deze dreiging verdwijnt echter nooit helemaal, omdat de formele rechtskracht in beginsel niet in stelling kan worden gebracht tegen niet-belanghebbenden bij adaptatiebesluiten, en omdat op dat beginsel uitzonderingen mogelijk zijn. De formele rechtskracht vrijwaart overheden niet van het nemen van toekomstige verdergaande adaptatiemaatregelen, indien (duidelijk) veranderde klimatologische omstandigheden daar na verloop van tijd om vragen. De dreiging van overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten ontstaat daardoor opnieuw wanneer zich nieuwe relevante omstandigheden voordoen. De formele rechtskracht vormt geen belemmering voor de burgerlijke rechter om vorderingen tot schadevergoeding door *inadequate feitelijke* handelingen toe te wijzen. De concrete dreiging van aansprakelijkheid wordt hier slechts beïnvloed door de verschillende criteria waaraan moet worden voldaan bij de vestiging van aansprakelijkheid.

3.2.5 Aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen

De hierboven besproken (algemene) vorm van aansprakelijkheid wordt gebaseerd op toerekenbaarheid en schuld. Daartegenover staat risicoaansprakelijkheid, waarbij toerekenbaarheid nadrukkelijk géén criterium is voor de vestiging van aanspra-

kelijkheid.^{72, 73} De aansprakelijkheid voor opstallen is een voorbeeld van risicoaansprakelijkheid (artikel 6:174 lid 1 BW).⁷⁴ Aangezien veel waterstaatswerken – zoals dijken, kaden, sluizen, gemalen en dammen – onder het begrip ‘opstal’ vallen te brengen,⁷⁵ is ook deze grondslag voor aansprakelijkheid relevant binnen de kaders van deze bijdrage. Artikel 6:174 lid 1 BW bepaalt dat de bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, *aansprakelijk is*, wanneer dat gevaar zich verwezenlijkt. Het is daarbij niet noodzakelijk dat de bezitter van de opstal van de gebrekkige toestand ervan en het gevaar dat daaruit voortvloeit op de hoogte is.⁷⁶ De aansprakelijkheid voor de schade die uit dat gebrek voortvloeit wordt aangemerkt als een risico dat het bezitten van een opstal nu eenmaal met zich brengt.

Een duidelijk en tamelijk recent voorbeeld waarin de vraag of sprake was van risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen aan de orde was, betreft de verschuiving van een veenkade in Wilnis tijdens de extreem droge zomer van 2003. Verdroging werd genoemd als een van de oorzaken van de kadeverschuiving. Vóór de kadeverschuiving werd langdurige droogte echter niet erkend als bedreiging voor de stabiliteit en veiligheid van veenkaden.⁷⁷ De beheerder van de kade (Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht) had dan ook geen maatregelen genomen om de gevolgen van verdroging tegen te gaan. De Rechtbank Amsterdam volgde het Hoogheemraadschap in zijn betoog met het oog op de onbekendheid met de belastingssituatie.⁷⁸ Anders dan de rechtbank oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat het Hoogheemraadschap als eigenaar en beheerder van de veenkade aansprakelijk was voor de door de gemeente geleden schade. Het hof oordeelde dat het bij de beantwoording van de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de

72. In algemene zin, zie Spier e.a. 2006, p. 5-7.

73. Ook onrechtmatigheid is géén vereiste voor aansprakelijkheid op basis van art. 6:174 BW. Dit kan anders doen vermoeden, aangezien de ‘aansprakelijkheid voor personen en zaken’ de tweede afdeling vormt onder de overkoepelende titel ‘onrechtmatige daad’.

74. Zie Spier e.a. 2006, p. 107-113.

75. Opstallen zijn ‘gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken’ (art. 6:174(4)).

76. Het belangrijkste criterium waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd is dus een gebrek aan de opstal. Kan worden aangetoond dat een bezitter van een opstal bekend was met het gebrek en desondanks geen maatregelen heeft genomen, of dat het gebrek een gevolg is van (bewust) slecht onderhoud, dan zou een vordering tot schadevergoeding tevens kunnen worden gebaseerd op art. 6:162 BW.

77. Droogtegevoeligheid werd pas na (ar aanleiding van) de kadeverschuiving in Wilnis onderwerp van onderzoek. Zie voor meer informatie de diverse onderzoeksrapporten die zijn gepubliceerd in het kader van het door STOWA uitgevoerde ‘droogteonderzoek veenkaden’. Deze rapporten zijn te raadplegen op <www.stowa.nl>.

78. Zie Rb. Amsterdam 29 november 2006, zaaknummer 314661/HA.

gegeven omstandigheden mocht stellen, niet aankomt op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingssituaties.⁷⁹

De Hoge Raad oordeelde onlangs dat de veenkade in kwestie dient te worden aangemerkt als een opstal in de zin van artikel 6:174 BW.⁸⁰ Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat het bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, aankomt op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is. Daarbij is het volgens de Hoge Raad ook van belang hoe groot de kans op de verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn. De Hoge Raad volgt het hof voorts niet in zijn oordeel dat bij de beoordeling of de veenkade gebrekkig was, geen betekenis toekomt aan de toenmalige stand van wetenschap en techniek en de financiële kaders waarbinnen het overheidslichaam zijn doelstellingen tracht te realiseren. Ook aan de specifieke en uitzonderlijke omstandigheden waaronder de kaderverschuiving zich heeft voorgedaan, komt volgens de Hoge Raad in voorliggend geval belang toe.⁸¹

Het belang van deze uitspraak van de Hoge Raad is vermoedelijk niet gering voor de praktijk. Had de Hoge Raad het hof gevolgd in zijn betoog, dan zou dit kunnen betekenen dat op de bezitters⁸² van waterstaatswerken die kunnen worden aangemerkt als opstallen, met nadruk een (te) zwaar risico komt te rusten. Beheerders zouden, indien zij tevens bezitter zijn van de dijk, hierop kunnen reageren door nodeloos zware maatregelen te nemen om koste wat kost schade te voorkomen. Dat kan leiden tot een onevenredig grote inbreuk op de belangen van particulieren. Een

79. Zie Gerechtshof Amsterdam 9 juni 2009, LJN BI7389, r.o. 2.5.2. In r.o. 2.6 toetste het gerechtshof vervolgens aan de in art. 6:174(1) BW opgenomen uitzonderingsgrond, maar zag ook daarin géén reden om de schade voor eigen rekening van de gemeente laten blijven.

80. Dit werd zowel in beroep als in hoger beroep door het Hoogheemraadschap bestreden.

81. Zie HR 17 december 2010, LJN BN6236.

82. Art. 6:174 BW legt de aansprakelijkheid bij *de bezitter* van een opstal. Dit kan problematisch zijn wanneer de bezitter niet tevens beheerder van de waterkering is. In Nederland komt het betrekkelijk vaak voor dat dijken (gedeeltelijk) in eigendom of bezit zijn van particulieren. Particulieren zijn er naar men mag verwachten niet op toegerust om een waterkering naar behoren te beheren. Zij ontberen al gauw de daartoe benodigde kennis en ervaring, beschikken vaak niet over de daartoe noodzakelijke materialen, voertuigen en apparatuur, en zullen in de meeste gevallen ook niet beschikken over voldoende (financiële) middelen. Toch rust het risico van aansprakelijkheid juridisch gezien wel op hen, terwijl op hen geen wettelijke beheerstaak rust. Het lijkt ons daarom wenselijk om de aansprakelijkheid, net als bij openbare wegen en kabels en leidingen, te laten rusten op de beheerder. Hiertoe zou een bepaling kunnen worden opgenomen in art. 6:174 BW, bijvoorbeeld in lid 2 of een apart artikellid.

andere mogelijke reactie zou zijn dat zij bij het onderhoud van waterstaatswerken juist geen of slechts minimale maatregelen zullen nemen en het risico op schade voor lief nemen, hetgeen kan leiden tot onveilige situaties. Een wellicht realistischer gevolg zou kunnen zijn dat beheerders zich zeer terughoudend opstellen bij het verlenen van toestemmingen voor handelingen op en in de nabijheid van waterstaatswerken, zodra die handelingen ook maar de minste invloed kunnen hebben op de gesteldheid van die werken. Dit kan leiden tot ernstige ruimtelijke verstarring. Een belangrijke vraag die hierbij speelt, zou dan zijn in hoeverre beheerders bij het toelaten van activiteiten rondom waterstaatswerken kunnen bedingen dat de uitvoerder van de activiteiten daardoor meedraagt in het risico. Dit zou de ruimtelijke verstarring gedeeltelijk kunnen voorkomen. Naar onze mening is de Hoge Raad echter tot een juist oordeel gekomen, zodat bovenstaande vrees deels als ongegrond kan worden afgedaan.

Een en ander leidt tot de conclusie dat voor beheerders van waterstaatswerken die als opstallen zijn aan te merken, een dreiging van risicoaansprakelijkheid niet kan worden weggedacht. Bij de beantwoording van de vraag of een beheerder in een concreet geval ook daadwerkelijk aansprakelijk zal zijn, gelden afzonderlijke criteria. Bij de toetsing aan deze criteria kan aan specifieke en uitzonderlijke omstandigheden belang toekomen. Dit kan de dreiging van aansprakelijkheid beperken, maar niet zonder meer wegnemen.

3.3 *Aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad (nadeelcompensatie)*

Hierboven is ingegaan op de overheidsverantwoordelijkheid ten aanzien van het nemen van adaptatiemaatregelen. Daarbij is vastgesteld dat er tamelijk veel beleidsvrijheid bestaat bij het bepalen welke concrete maatregelen zullen worden genomen. Maar *dat* er maatregelen zullen worden genomen, is op grond van de geldende zorgplicht redelijkerwijs te verwachten. Bij adaptatiemaatregelen wordt over het algemeen gedacht aan fysieke infrastructurele ruimtelijke maatregelen.⁸³ Het is alerm minst uitgesloten dat het nemen van dergelijke maatregelen schade veroorzaakt bij particulieren, bijvoorbeeld in de vorm van waardevermindering van (onroerende) zaken, verminderd of kwalitatief minder uitzicht, verminderde lichtinval, omzetsdaling en omrijdschade. Ook deze schade kan onder bepaalde omstandigheden voor rekening van de overheid komen, hoezeer deze maatregelen ook hun *rechtma-*

83. Niet alle adaptatiemaatregelen voldoen overigens aan deze kenmerken. Ook de in de Waterwet en het Waterbesluit opgenomen ‘verdringingsreeks’ kan bijvoorbeeld worden beschouwd als adaptatiemaatregel om bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van droogte.

tigheid ontleen aan de eerder genoemde zorgplichten.⁸⁴ In deze gevallen speelt het leerstuk van de nadeelcompensatie een voorname rol.

Aan het leerstuk van de nadeelcompensatie ligt het *égalité*beginsel⁸⁵ ten grondslag.⁸⁶ Dat beginsel wordt sinds 1997 erkend als zelfstandige en algemene grondslag voor overheidsaansprakelijkheid bij rechtmatige overheidshandelingen.⁸⁷ Een verplichting tot nadeelcompensatie kan ook voortvloeien uit een bijzondere wettelijke nadeelcompensatieregeling, zoals artikel 7.14 Waterwet of artikel 6.1 Wet ruimtelijke ordening. Deze nadeelcompensatieregelingen zijn doorgaans gebaseerd op het *égalité*beginsel.⁸⁸ Bij het ontbreken van een wettelijke nadeelcompensatieregeling kan een plicht tot schadevergoeding worden gebaseerd op het ongeschreven *égalité*beginsel.⁸⁹ De huidige ontwikkelingen wijzen in de richting van een codificatie van het *égalité*beginsel in de Algemene wet bestuursrecht.⁹⁰ Hiermee komen de ontwikkelingen van veralgemenisering van dit beginsel en de verzelfstandiging van de nadeelcompensatieprocedure vermoedelijk tot een (voorlopig) eindpunt. Maar tot dan is men wat nadeelcompensatie betreft nog aangewezen op de afzonderlijke wettelijke regelingen en het ongeschreven *égalité*beginsel dat daarbij fungeert als vangnet.

84. Disproportionele adaptatiemaatregelen vallen in onze ogen buiten het leerstuk van de nadeelcompensatie, omdat hieraan (kennelijk) een gebrekkige voorbereiding en belangenafweging is voorafgegaan. Dergelijke maatregelen zijn daardoor naar onze mening *onrechtmatig*, omdat zij de zorgplicht te buiten gaan.

85. Het *égalité*beginsel kan worden beschouwd als verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel (zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 m.nt. Drupsteen). Dit beginsel wordt voluit aangeduid als '*égalité devant les charges publiques*'. Dit op het Franse bestuursrecht gebaseerde rechtsbeginsel is in de vroege jaren zeventig geïntroduceerd in de Nederlandse literatuur als een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Zie W. Konijnenbelt, '*De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht*', *Bestuurswetenschappen* 1971, nr. 5, p. 263 e.v.

86. Uitgebreid over nadeelcompensatie: M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel – Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

87. Zie ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. PvB, *BR* 1997 m.nt. Van Ravels, *JB* 1997 m.nt. HJS, *RAwb* 1997, nr. 96 m.a. Schueler (*Van Vlodrop*). Deze uitspraak bouwt voort op de uitspraken van 29 november 1996 (ABRvS 29 november 1996, *AB* 1996, 66 m.nt. PvB, *RAwb* 1997, 337 m.a. Schueler, *JB* 1997, 253, *Gst.* 1997, 7147 m.nt. Hennekens) en 18 februari 1997 (ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 m.nt. PvB, *BR* 1997, 367 m.nt. Van Ravels, *JB* 1997, 47 m.nt. HJS, *Men R* 1997, 39 m.nt. Backes, *RAwb* 1997, nr. 68 m.a. Schueler).

88. Het oude art. 49 WRO vond overigens zijn grondslag in het rechtszekerheidsbeginsel. Zie G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding – Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

89. In algemene zin, zie Schueler 2005, hfdst. 8.

90. G.M. van den Broek, 'Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2007, nr. 4, p. 119-128.

Adaptatie aan klimaatverandering kan, zoals bleek, onder meer plaatsvinden door het aanleggen, onderhouden en eventueel versterken of verplaatsen van waterstaatswerken. Althans, de verantwoordelijkheid voor het nemen van dergelijke maatregelen kan voortvloeien uit de normen uit de Waterwet in combinatie met de zorgplicht in het watersysteembeheer. Op dergelijke maatregelen is dan ook het juridische kader van de Waterwet van toepassing, met inbegrip van de daarin opgenomen nadeelcompensatieregeling.⁹¹ Deze regeling heeft een breed bereik, in de zin dat zowel besluiten als feitelijke handelingen *in het kader van het waterbeheer*⁹² onder de regeling vallen. Het toepassingsbereik van deze regeling is zelfs nog ruimer, doordat deze bepaling óók van toepassing is verklaard op schade in verband met wateroverlast of overstromingen, voor zover deze het gevolg zijn van de verlegging van een waterkering of van andere maatregelen, gericht op het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van watersystemen.⁹³ Van (behoefte aan) een aanvullende werking van het ongeschreven égalitébeginsel lijkt bij deze maatregelen dus geen sprake te zijn.

Voor de vestiging van aansprakelijkheid op basis van artikel 7.14 lid 1 Waterwet gelden dezelfde criteria als bij toetsing aan het égalitébeginsel:⁹⁴ het nadeel moet onevenredig zijn *in vergelijking met anderen* en mag niet behoren tot het *normaal maatschappelijk risico*.⁹⁵ Het betreft dus een dubbele onevenredigheidseis:⁹⁶ het

91. Met het oog op het ruimtelijke karakter van veel adaptatiemaatregelen, kan het voorkomen dat ook art. 6.1 Wro van toepassing is. De Waterwet kent voor die gevallen een voorrangsregeling die afdeling 6.1 Wro buiten toepassing verklaart indien een belanghebbende met betrekking tot schade een beroep doet of kan doen op de compensatieregeling in de Waterwet (zie art. 7.16 Waterwet).

92. Hieruit volgt dat niet alleen schade die het gevolg is van de rechtmatige uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Waterwet onder deze regeling valt, maar ook de schade als gevolg van de uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Waterschapswet (zie MvT Waterwet, p. 133).

93. Zie art. 7.15 Waterwet.

94. Althans, de gebruikelijke ‘redelijkerwijsformule’ in dat artikel moet zo worden geïnterpreteerd dat pas dan sprake is van overheidsaansprakelijkheid, als het égalitébeginsel is geschonden. Zie G.M. van den Broek & F.A.G. Groothuijse, ‘De schadevergoedingsregeling in de Waterwet’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2008, nr. 3, p. 147; zie tevens J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 43-44.

95. Deze voorwaarden worden sinds de erkenning van het égalitébeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie door de Afdeling Bestuursrechtspraak eveneens benadrukt. De standaardoverweging luidt thans: ‘(...) op grond waarvan [het égalitébeginsel; *toevoeging HKG/BS*] bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden.’

96. Hier zij eraan herinnerd dat de ‘égalité-evenredigheid’ een andere vorm van evenredigheid is dan die welke voortvloeit uit art. 3:4(2) Awb.

moet gaan om een *speciale*⁹⁷ en *abnormale*⁹⁸ last. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, dan is de aansprakelijkheid van de overheid voor schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad in beginsel gegeven.⁹⁹ Beide voorwaarden vormen dus de voornaamste pijlers voor de vestiging van de overheidsaansprakelijkheid, maar daarmee is nog niet gezegd dat de schade ook daadwerkelijk zal (moeten) worden vergoed, en evenmin of de schade al dan niet volledig voor vergoeding in aanmerking komt. Er geldt namelijk nog een aantal andere relevante criteria bij de vaststelling van de concrete inhoud en omvang van de schadevergoeding. Men denke dan hoofdzakelijk aan *corrigerende factoren*, zoals de actieve en passieve risicoaanvaarding, voordeelverrekening en de schadebeperkingsplicht. Dergelijke criteria gelden met nadruk ook bij de toepassing van de nadeelcompensatieregeling in de Waterwet.¹⁰⁰ Daarbij verdient het overigens opmerking dat het onderscheid tussen vestiging en omvang van de nadeelcompensatie in de praktijk niet altijd even duidelijk wordt gemaakt. Soms spelen corrigerende factoren reeds een rol in de vestigingsfase.¹⁰¹

Een belangrijke conclusie is dat er ook een dreiging van aansprakelijkheid bestaat wanneer overheden (adequate) adaptatiemaatregelen nemen. Deze dreiging komt voort uit het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad, en wordt ingetoond door de binnen dat leerstuk geldende criteria en corrigerende factoren. Toch kan deze dreiging allerminst worden weggedacht.

3.4 De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht

In de algemene juridische literatuur wordt tegenwoordig verschillend gedacht over de functies die het schadevergoedingsrecht zou (moeten) hebben. Zo meent men aan de ene kant dat *compensatie* van schade het hoofddoel van het aansprakelijkheidsrecht is. De focus van het aansprakelijkheidsrecht ligt volgens deze gedachte hoofdzakelijk op de rechten van de gelaedeerde; het belangrijkste doel is deze ge-

97. Zie M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel – Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2004, nr. 1, p. 12-22.

98. Zie B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid – De betekenis van het begrip voorzienbaarheid voor verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht (deel 32), Deventer: Kluwer 2005.

99. Zie Schueler 2005, p. 196-202.

100. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 62-64 en p. 131-135; zie tevens Van den Broek & Groothuijs 2008, p. 147. In de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 waren enkele van deze corrigerende factoren zelfs letterlijk opgenomen in het toetsingskader (zie art. 5, 6 en 7). Hiervan is in de Waterwet afgezien.

101. Zie Tjepkema 2010, p. 293-195 en p. 890.

laedeerde *ex post* te compenseren voor het geleden leed.¹⁰² Anderen menen dat in het aansprakelijkheidsrecht juist de *preventie* van normschending en schade centraal zou moeten staan. De focus van het aansprakelijkheidsrecht zou volgens hen meer moeten worden gelegd op of verlegd naar de plichten van (potentiële) daders. Het belangrijkste doel is dan eventuele normschendingen en schade *ex ante* te voorkomen, door de laedens aansprakelijkheid en een verplichting tot schadevergoeding in het vooruitzicht te stellen.¹⁰³ Vooralsnog is de compensatiegedachte in de rechtsgeleerdheid de heersende leer, maar wint ook de leer van de preventieve werking, vooral door een toenemende belangstelling voor rechtseconomische analyses van het aansprakelijkheidsrecht, de laatste decennia aan terrein.¹⁰⁴ Naast de compensatie- en preventiefunctie wordt nog een aantal andere (neven)functies van het aansprakelijkheidsrecht onderscheiden, waaraan wij in deze bijdrage geen aandacht schenken.¹⁰⁵

In de rechtseconomie ligt de nadruk meer op de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht, hoewel de compensatiefunctie daar door sommigen ook aan analyse wordt onderworpen. In de rechtseconomie worden aansprakelijkheid en de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding beschouwd als instrumentarium om potentiële laedentes aan te sporen tot zorgvuldig gedrag. Met andere woorden: het vooruitzicht om *ex post* aansprakelijk te zijn en schade te moeten vergoeden, zal een prikkel afgeven om *ex ante* zorgvuldig gedrag aan de dag te leggen. Deze prikkel gaat volgens Faure en Hartlief zowel uit van schuld- als van risicoaanspra-

102. Zie onder meer E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 11-13; en J. Kortmann & C.H. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', in: *Rechtshandhaving door het privaatrecht – Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 249-302.

103. Zie o.m. J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, nr. 12, p. 609; J. Spier, 'Après le déluge – Over de noodzaak van bezinning op de koers van het (aansprakelijkheids)recht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 245-274; T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, nr. 15, p. 915; W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, nr. 16, p. 982-991; en A. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! – Grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenberg (red.), *Een nieuwe aanpak – Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschadeadvocaten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 1-26.

104. Zie M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 8.

105. Zie C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnormen en aansprakelijkheid – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade*, Deventer: Kluwer 1989; T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade – Enige opmerkingen over de fundamentele en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 17-22. Zie tevens Engelhard & Van Maanen 2008, p. 13-20. Te noemen zijn spreiding van schade, zuivere kostenallocatie, bestraffing, erkenning en genoegdoening, en waarheidsvinding. Engelhard en Van Maanen beschouwen de preventiefunctie eveneens als nevenfunctie, en daarmee de vergoedingsfunctie als (enige) hoofdfunctie.

kelijkheid.¹⁰⁶ Op grond van de klassieke kosten/baten-analyse wordt gezocht naar een optimaal preventiemechanisme, teneinde de totale maatschappelijke kosten¹⁰⁷ te minimaliseren. Dit heeft geleid tot een zorgvuldig opgesteld economisch model met bijbehorende wiskundige formules.¹⁰⁸ Op basis van deze theorie kan een aansprakelijkheidsmechanisme alleen dan geen preventieve werking hebben, als het voor laedentes onmogelijk is om via preventieve maatregelen invloed uit te oefenen op het risico op schade.¹⁰⁹ De ideeën over de preventiefunctie die door juristen worden aangehangen, zijn in belangrijke mate gebaseerd op deze (rechts)economische theorieën en modellen.

Wie dus zoekt naar instrumenten om het doel van gedragsnormen te effectueren en te handhaven, zal zich al gauw willen beroepen op de betoogde preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht. Maar of van het aansprakelijkheidsrecht in de praktijk daadwerkelijk een effectieve preventieve werking uitgaat, staat nog niet onomstotelijk vast. Zo stelt Vranken terecht dat, hoewel deze preventieve werking inmiddels door velen stellig wordt verdedigd en beargumenteerd, het empirisch bewijs hiervoor ‘uiterst dun, zo niet afwezig’ is.¹¹⁰ Daarnaast kan men zich afvragen – mocht in het ‘zuivere’ privaatrecht wel sprake (blijken te) zijn van een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht – of deze werking ook een rol speelt in de bijzondere wereld van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Ten slotte rijst de vraag of de betoogde preventieve werking ook opgaat voor het leerstuk van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij aan de hand van twee *casestudies* een voorzichtig begin maken met het beantwoorden van deze (empirische) vragen. Daarbij nemen wij de dreiging van aansprakelijkheid, zoals hierboven vastgesteld, als gegeven.

3.5 Conclusies tot dusver

Er rusten ruime verantwoordelijkheden voor het nemen van adaptatiemaatregelen op de met het watersysteembeheer en met andere watertaken belaste overheden. Deze zorgplichten zijn wettelijk ingekaderd en niet absoluut. Tot welke concrete maatregelen deze zorgplichten verplichten, valt moeilijk af te leiden uit het norma-

106. Zie Faure & Hartlief 2002, p. 18-19.

107. In het ongevallenrecht maakte Calabresi reeds in 1970 onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire kosten. Het voornaamste doel van het aansprakelijkheidsrecht is het minimaliseren van de primaire kosten, te weten de kosten voor het voorkomen van ongevallen (preventiekosten) en schade. Zie G. Calabresi, *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1970.

108. Zie S. Shavell, ‘Strict Liability versus Negligence’, *Journal of Legal Studies* 1980, p. 1-25.

109. Zie Faure & Hartlief 2002, p. 22.

110. Zie J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Asser Serie, Deventer: Kluwer 2005, p. 54.

tieve kader van wetten, richtlijnen en verdragen. Wel worden zij nader geconcretiseerd in verschillende planvormen, zoals waterplannen en waterbeheerplannen, en uiteindelijk uitvoeringsgerichte plannen en besluiten. Hieruit kunnen particulariseren afleiden welke maatregelen op termijn zullen worden genomen. Bij het vaststellen van dergelijke plannen, en dus bij het concretiseren van hun zorgplichten, bezitten watersysteembeheerders een ruime mate van beleidsvrijheid. Hiermee dienen zij uiteraard op een zorgvuldige wijze om te gaan, onder meer door alle betrokken belangen af te wegen. Een bijkomende complicatie in de planvorming is de onzekerheid ten aanzien van de concrete (regionale) gevolgen van klimaatverandering.¹¹¹ Dit stimuleert overheden tot het nemen van voorzorgsmaatregelen, maar dwingt daarbij tevens tot een deugdelijke motivering van hun besluiten te dien aanzien.

Wanneer verantwoordelijke watersysteembeheerders op ernstige wijze tekortschieten in hun zorgplichten, kunnen zij aansprakelijk zijn voor de klimaatschade die daaruit voortvloeit. Eer bestaat dus een zekere dreiging van aansprakelijkheid, maar niet kan worden gesteld dat tekortschieten ook zonder meer leidt tot aansprakelijkheid voor klimaatschade. Pas wanneer watersysteembeheerders nalaten maatregelen te nemen en zij hiermee beneden de zorg van een goed beheerder blijven, ligt aansprakelijkheid in de rede. Voor de vestiging van aansprakelijkheid hanteert de burgerlijke rechter in dergelijke gevallen van zuivere nalatigheid de bekende criteria uit artikel 6:162 BW. Deze worden in het overheidsaansprakelijkheidsrecht evenwel gedeeltelijk anders ingevuld, en kunnen onder omstandigheden een matigende werking hebben op de concrete dreiging van aansprakelijkheid.

Ook in gevallen waarin klimaatschade ontstaat doordat watersysteembeheerders inadequate feitelijke maatregelen nemen, kunnen zij hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Ook in dit geval spelen de genoemde criteria voor de vestiging van aansprakelijkheid een rol, en kan worden gesteld dat er een zekere dreiging van aansprakelijkheid bestaat. Dat ligt enigszins anders bij inadequate (uitvoeringsgerichte) adaptatiebesluiten. Het beginsel van de formele rechtskracht kan in dit kader immers met zich brengen dat deze besluiten moeten worden geacht rechtmatig te zijn, en dat de weg naar aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige overheidsdaad derhalve is afgesloten. Toch moet ook hier niet te gauw worden geconcludeerd dat de concrete dreiging van aansprakelijkheid afwezig is, want op dat beginsel zijn uitzonderingen mogelijk, en – hier wellicht belangrijker – dit beginsel kan niet tegen iedere gelaedeerde in stelling worden gebracht. Daarnaast heeft de formele rechtskracht in onze ogen geen eeuwigdurende werking. Althans, wanneer de omstandigheden dusdanig zijn veranderd ten opzichte van de omstandigheden die golden ten

111. Zie ook Raadgever e.a. 2009.

tijde van het nemen van het adaptatiebesluit, kan worden gesteld dat er een nieuwe periode is aangebroken waarin derden kunnen rekenen op andere of verdergaande adaptatiemaatregelen. Ook in gevallen van inadequate adaptatiebesluiten blijft dus een zekere dreiging van overheidsaansprakelijkheid bestaan.

Een bijzondere vorm van aansprakelijkheid berust op het bezitten van gebrekkige opstallen. Deze vorm van risicoaansprakelijkheid kan een rol spelen bij klimaat schade die is ontstaan als gevolg van een gebrek aan waterstaatswerken. Indien aan criteria voor de vestiging van deze vorm van risicoaansprakelijkheid wordt voldaan, zal de bezitter van het betreffende gebrekkige waterstaatswerk in beginsel met succes aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de uit dit gebrek voortvloeiende klimaatschade. Hierbij is het wel opmerkelijk dat de beheerder van waterstaatswerken niet in alle gevallen tevens bezitter daarvan is. Daarom verdient het aanbeveling artikel 6:174 BW op dat punt in die zin aan te vullen dat de dreiging van aansprakelijkheid komt te rusten op de beheerder van het waterstaatswerk in plaats van op de vaak minder daad- en draagkrachtige bezitter daarvan. Daarnaast kan men zich met recht afvragen wat de maatschappelijke gevolgen zullen zijn van een al te ruimhartige toepassing van deze vorm van risicoaansprakelijkheid.

Dreigende aansprakelijkheid kan watersysteembeheerders er volgens de leer van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht toe bewegen adaptatiemaatregelen te nemen, teneinde watern risico's en klimaatschade – en daarmee ook aansprakelijkheid uit onrechtmatige gedragingen aan overheidszijde – te voorkomen of te beperken. Hierboven is immers aangetoond dat in alle besproken gevallen een zekere dreiging van overheidsaansprakelijkheid niet valt te ontkennen. Of deze hypothese juist is, is voorwerp van onderzoek in de volgende paragrafen.

Ook wanneer overheden hun zorgplicht wel nakomen – en dus in beginsel rechtmatig handelen –, kan schade ontstaan waarvoor zij aansprakelijk kunnen zijn op grond van het leerstuk van de nadeelcompensatie. In het waterbeheer is hoofdzakelijk artikel 7.14 Waterwet van toepassing. Feitelijk elk overheidshandelen (besluiten en feitelijke handelingen) in het waterbeheer valt onder de reikwijdte van dit artikel. De toetsingscriteria voor vestiging van aansprakelijkheid en eventuele corrigerende factoren zijn dezelfde als die van het *égalité* beginsel. Dat beginsel ligt dan ook ten grondslag aan artikel 7.14 Waterwet. Het feit dat het adaptatiemaatregelen betreft – waarbij onzekerheid een centrale positie inneemt – kan van invloed zijn op de uitkomst van de toetsing aan deze criteria. Die invloed dient nog nader te worden onderzocht. Anders dan dreigende aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, kan dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige daad overheden er, uitgaande van de preventiegedachte, van weerhouden adaptatiemaatregelen te nemen.

Als gevolg van de beschreven zorgplichten hangt overheden dus een dreiging boven het hoofd in de vorm van een tweekoppige aansprakelijkheid. Overheden staan wat betreft adaptatie aan klimaatverandering als het ware tussen twee aansprakelijkheidsvuren. Het zou dan ook niet verwonderlijk zijn dat overheden zich bij hun handelingen en besluitvorming (deels) laten leiden door deze vormen van aansprakelijkheid. In paragraaf 4 wordt daarom aan de hand van twee casestudies onderzocht welke invloed beide vormen van overheidsaansprakelijkheid hebben(gehad) op adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse regionale watersysteembeheer.

4 Casestudies en toetsing van de hypothesen

4.1 De keuze van de casestudies en methoden

Hieronder onderzoeken wij aan de hand van twee casestudies welke rol het aansprakelijkheidsrecht in deze concrete gevallen heeft gespeeld. De casestudies hebben betrekking op het droogtebestendig maken van veenkaden in het beheersgebied van Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht en op een duinversterkingsproject in Noordwijk. Deze twee casus zijn geselecteerd omdat zij adaptatiemaatregelen bij uitstek betreffen. Het gaat immers om maatregelen die worden genomen om de omgeving te beschermen tegen de nadelige en schadeveroorzakende regionale effecten van klimaatverandering, zo die hebben plaatsgevonden (dijkverschuiving door langdurige droogte), dan wel worden voorzien (gevolgen van zeespiegelstijging). Het feit dat beide projecten reeds zijn afgerond is temeer een reden geweest voor de keuze voor deze twee casus. Daarnaast is tevens interessant dat de maatregelen in het ene geval zijn genomen ter voorkoming van verdere schade, en in het andere geval ter voorkoming van toekomstige schade. Hieronder wordt onder meer ingegaan op de doelstellingen die aan de projecten ten grondslag hebben gelegen. Ook wordt nagegaan welke (publieke) actoren bij die projecten betrokken zijn geweest, en welke procedures daarbij zijn doorlopen. Bovenal staat, zoals gezegd, de rol van het aansprakelijkheidsrecht centraal.

Bij de uitvoering van de casestudies zijn relevante literatuur, beleidsstukken en andere bronnen bestudeerd. Hierdoor is getracht een duidelijk beeld te krijgen van de lokale situatie en de problematiek die zich daar voordoet of heeft voorgedaan. Daarnaast zijn interviews afgenomen bij direct bij de projecten betrokken personen in dienst van de betrokken watersysteembeheerders. In deze interviews is vooral ingegaan op de feitelijke en procedurele aspecten van de projecten, evenals op de rol die eventuele aansprakelijkheid heeft gespeeld op de keuze voor de concrete maatregelen. Het betreft twee zogenaemde *single casestudies*, waarbij de door Yin

uitgewerkte methode is toegepast.¹¹² Een onderlinge vergelijking van beide casus zal hieronder dus goeddeels achterwege blijven.

4.2 *Casestudy 1: Verdroging veenkaden*

In het beheersgebied van Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht liggen betrekkelijk veel veenkaden, die worden aangemerkt als niet-primaire (dus regionale) waterkeringen. Tot de grootschalige wateroverlast aan het eind van de vorige eeuw heeft de fysieke gesteldheid van deze waterkeringen zowel vanuit de betrokken provincies, als vanuit het hoogheemraadschap tamelijk weinig aandacht gekregen.¹¹³ Als reactie op deze wateroverlast zijn veiligheidsnormen vastgesteld en maatregelen genomen om het veiligheidsniveau tegen wateroverlast binnendijks te vergroten. In de zomer van 2003 verschoof in Wilnis een groot gedeelte van een veenkade, hetgeen schade veroorzaakte aan omliggende gronden, bebouwing, (woon)schepen en infrastructuur. Deze doorbraak werd in belangrijke mate toegeschreven aan de voorgaande langdurige periode van droogte, hetgeen in verband kan worden gebracht met klimaatverandering. Droogte wordt sindsdien aangemerkt als bedreigende factor voor de fysieke gesteldheid van veenkaden.

Veen is, zonder in technische details te treden, bijzonder kwetsbaar voor langdurige droogte, omdat het van nature veel water vasthoudt en daardoor relatief zwaar is. In deze ‘natte’ hoedanigheid is het een zeer geschikt materiaal voor kaden, omdat de zogenoemde horizontale schuifweerstand op de overgang tussen de veenkade en de (zandige) ondergrond, mede door het gewicht van het veen, groot is. Echter, indien veen indroogt, verliest het een aanzienlijk deel van zijn gewicht, waardoor de genoemde schuifweerstand afneemt, en de kans toeneemt dat een kade bezwijkt en verschuift onder de druk van het (boezem)water.¹¹⁴ Een bijkomend probleem is dat eenmaal verdroogd veen een sterk hydrofoob karakter heeft, hetgeen betekent dat het niet snel water opneemt, en dus niet snel weer in zijn oude ‘natte’ staat terugkeert. Een onveilige situatie als gevolg van een verdroogde veenkade zal dus

112. Zie Yin 2009, p. 47-53.

113. Zo hebben de betrokken provincies op grote schaal nagelaten veiligheidsnormen voor deze waterkeringen vast te stellen op grond van het toenmalige art. 3a Wwk (vgl. art. 2.4 Waterwet). Het hoogheemraadschap heeft, mede als gevolg van het ontbreken van veiligheidsnormen, nagelaten de nodige adequate (onderhouds)maatregelen te nemen om de fysieke gesteldheid van deze waterkeringen te garanderen. Uitvoerig over veiligheidsnormering voor niet-primaire waterkeringen: Groothuijse 2009, p. 49-51.

114. Zie STOWA, *Veiligheid van veenkaden: denkbare (nood)maatregelen*, Rapport nr. 2004-18, p. 9-10.

tamelijk lang voortduren, waarmee het risico op een kadedoorbraak gedurende lange tijd – ook nadat de droge periode voorbij is – blijft bestaan.

Dit nieuwe veiligheidsrisico leidde (landelijk¹¹⁵ en regionaal) tot een nieuwe impuls en een besef van urgentie met het oog op het herstel en de versterking van veenkaden. Met spoed zijn alle in het beheersgebied aanwezige veenkaden aan een toetsing onderworpen, waarbij een groot aantal risicovolle situaties is onderscheiden. Op basis van de uit die toetsing voortvloeiende gegevens is een prioritering gemaakt van de op termijn te nemen maatregelen. Bij deze prioritering is het risico (i.e. de kans op doorbraak en de gevolgschade van een doorbraak) sturinggevend geweest; aan de meest risicovolle gevallen is de hoogste urgentie gegeven. Voor deze meest risicovolle gevallen is het 'Actieplan Veendijken 2004' opgesteld. Dit plan beschrijft de noodzakelijke maatregelen die vóór de zomer van 2004 moesten zijn uitgevoerd. Het actieplan is vanwege de geboden spoed niet conform de daartoe bestemde procedure tot stand gekomen, maar via een versnelde procedure. De maatregelen zijn onverwijld gerealiseerd. Voor de overige (niet direct urgente) gevallen is het 'Actieprogramma Veilige Waterkeringen 2005-2009' opgesteld, conform de daartoe geldende procedure.¹¹⁶ Beide plannen dienen als basis voor dijkverbeteringsprojecten en de daartoe bestemde plannen.

De kadeverschuiving in Wilnis heeft de betrokken provincie en het hoogheemraadschap dus feitelijk aangespoord om tot handelen over te gaan,¹¹⁷ waarbij het hoogheemraadschap is gewezen op zijn zorgplicht. Schadepreventie was het nadrukkelijke doel van dat handelen. Bij de keuze om maatregelen te nemen is rekening gehouden met de kans op een doorbraak van een bewuste kade en de gevolgschade van een doorbraak. Daarbij is hoofdzakelijk acht geslagen op schade die een eventuele doorbraak zou veroorzaken aan particuliere en overheidseigendommen in en om woonwijken. Het niet nemen van maatregelen – en daarmee het voor lief nemen van een risico op schade – is nooit een reële optie geweest bij de keuze om al dan geen maatregelen te nemen. Dit hangt mede samen met het mogelijke imagoverlies van

115. De Unie van Waterschappen (UvW) heeft in september 2003 de Stichting Toegepast Onderzoek Waterbeheer (STOWA) verzocht een grootschalig onderzoeksprogramma 'Droogteonderzoek veenkaden' uit te voeren. Alle hoofd-, deel- en achtergrondrapporten van het onderzoeksprogramma 'Droogteonderzoek veenkaden' zijn te raadplegen op <www.stowa.nl>.

116. Informatie over dit actieprogramma en de daarop gebaseerde dijkverbeteringsprojecten is te raadplegen op: <www.agv.nl/plannen_en_inspraak/item_25775>.

117. Een geïnterviewde stelt dat – indien de kadeverschuiving in Wilnis niet zou hebben plaatsgevonden, maar droogtegevoeligheid van veenkaden toch op een andere wijze onder de aandacht zou zijn gekomen – de noodzakelijke maatregelen vermoedelijk geen urgent karakter zouden hebben gekregen. Hij betwijfelt zelfs of er dan heden ten dage überhaupt al veiligheidsnormen voor veenkaden zouden zijn vastgesteld en maatregelen zouden zijn genomen.

het hoogheemraadschap bij eventuele schade; het hoogheemraadschap hecht veel waarde aan vertrouwen en een goede naam als verantwoordelijk watersysteembeheerder.

Schade als gevolg van het tekortschieten in de zorgplicht schaadt dus het imago van de watersysteembeheerder. Om dit imago te behouden en te versterken trekt het hoogheemraadschap relatief veel geld uit voor risicobeheersing. Het risico op schade wordt in de praktijk niet bewust gekoppeld aan mogelijke aansprakelijkheid voor deze schade. Dreigende aansprakelijkheid is daarmee geen *directe* stimulans om maatregelen te nemen, aldus een geïnterviewde. Uiteraard worden maatregelen wel genomen om schade te voorkomen of te beperken, maar niet bewust om aansprakelijkheid te voorkomen. Er wordt vooral gehandeld vanuit de zorgplicht die op de waterbeheerder rust. Die zorgplicht brengt een sterk verantwoordelijkheidsbesef met zich. Bij het nemen van veiligheidsmaatregelen wordt dus vooral geredeneerd vanuit de verantwoordelijkheid van de waterbeheerder jegens degenen die aanspraak kunnen maken op de zorgplicht, en niet zozeer vanuit de mogelijke aansprakelijkheid die kan voortvloeien vanuit het tekortschieten in de zorgplicht.

Het feit dat derden nadeel kunnen ondervinden van het nemen van maatregelen (waardedaling, verminderd uitzicht enzovoort) is niet van invloed geweest op de overweging of er maatregelen zouden worden genomen. Enig nadeel is niet te voorkomen ('Het hoort er gewoon bij!'); daarom bestaat er ook een nadeelcompensatieregeling.¹¹⁸ Eventuele aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad weerhoudt waterbeheerders er derhalve allerm minst van om maatregelen te nemen, zo werd bevestigd in een interview.

Wel wordt tijdens de voorbereidingsprocedure over het algemeen betrekkelijk veel rekening gehouden met nadeelcompensatie. Zo wordt steeds een schaderaming gemaakt, en wordt deze raming meegenomen in de begroting van maatregelen. Tevens wordt gezocht naar maatregelen die zo weinig mogelijk nadeel veroorzaken, en wordt de schade als gevolg van de uitvoering van maatregelen zo veel mogelijk beperkt. De betrokkenheid van particulieren bij maatregelen (maatschappelijk draagvlak) wordt als belangrijk ervaren. In de praktijk worden met het oog hierop maatregelen eerst met belanghebbenden besproken. Daarbij wordt vaak een aanbod gedaan voor nadeelcompensatie, waarbij meestal een concreet bedrag wordt genoemd. Mochten particulieren daarmee niet instemmen, dan kunnen zij een beroep

118. Met de inwerkingtreding van de Waterwet zijn de nadeelcompensatieregelingen van de waterschappen komen te vervallen, en vervangen door de algemene nadeelcompensatieregeling in par. 7.3 Waterwet.

doen op de nadeelcompensatieregeling. Nadeelcompensatie heeft dus een sterke invloed op de nauwkeurigheid en zorgvuldigheid waarmee procedures worden doorlopen met het oog op nadeel, aldus een geïnterviewde.

Aangezien het 'Actieplan Veendijken 2004' met spoed tot stand is gekomen, is bij de voorbereiding hiervan minder acht geslagen op nadeelcompensatie. Althans, met het oog op de urgentie van de maatregelen is nadeelcompensatie voor lief genomen zonder uitgebreid te zoeken naar de minst ingrijpende maatregelen. Bij de totstandkoming van het 'Actieplan Veilige Waterkeringen 2005-2009' is in de voorbereidingsprocedure met nadruk wel aandacht besteed aan nadeelcompensatie.

4.3 Case study 2: Duinversterking Noordwijk¹¹⁹

In de derde Kustnota werd onder meer melding gemaakt van potentiële zwakke schakels in de kustverdediging, waar met het oog op de toenemende kans op schade als gevolg van de effecten van klimaatverandering (voornamelijk zeespiegelstijging) op termijn kustversterkingsmaatregelen noodzakelijk zouden zijn.¹²⁰ In navolging daarop is op 31 januari 2003 het 'Procesplan zwakke schakels in de Nederlandse kust' vastgesteld door de aan het Bestuurlijk Overleg Kust deelnemende overheden, met als doel

'het waarborgen van een tijdige, doeltreffende en doelmatige aanpak van zwakke schakels in de kust, waar op grond van duurzame veiligheid en vanuit ruimtelijke overwegingen, maatregelen nodig zijn.'¹²¹

Dit plan identificeerde tevens een aantal prioritaire zwakke schakels¹²² en beschreef de verantwoordelijkheden van de bij het proces betrokken overheden (en derden)

119. Voor een uitgebreide juridische en bestuurskundige analyse van het duinversterkingsproject in Noordwijk verwijzen wij naar H.K. Gilissen, M. Kok, J. Edelenbos, H.F.M.W. van Rijswijk, P. Hillegers & G. Teisman, *Governance analysis case Noordwijk: 'weak links' along the coast, Paper for the conference 'Deltas in Time of Climate Change' in Rotterdam*, september 2010, te raadplegen op <www.uu.nl/faculty/leg/nl/organisatie/departementen/departementrechtsgelertheid/organisatie/onderdelen/centrumvoorumgevingsrechtenbeleid/publicaties/Pages/default.aspx>.

120. Zie ministerie van Verkeer en Waterstaat, *3e Kustnota, Traditie, Trends en Toekomst*, Den Haag, december 2000.

121. Zie Bestuurlijk Overleg Kust (ministerie van Verkeer en Waterstaat), *Procesplan zwakke schakels in de Nederlandse kust*, Den Haag, januari 2003.

122. Noordwijk werd in het plan overigens nog niet aangeduid als zwakke schakel, omdat onder meer de consequenties van een zwaardere golfbelasting bij boulevardbadplaatsen ten tijde van de opstelling van het plan nog niet nader waren onderzocht. Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003, p. 11-12.

op hoofdlijnen.¹²³ In aanvulling op het procesplan hebben de betrokken beheerders van de zeewaterkeringen in juni 2003 zogenoemde beheerderoordelen opgesteld met betrekking tot de feitelijke toestand van de waterkeringen. Uit het beheerderoordeel van Hoogheemraadschap Rijnland bleek onder meer dat de (voorspelde) grotere golfbelasting tot gevolg heeft dat een (relatief klein) deel van de zeewering in Noordwijk aan Zee onvoldoende sterk was, dan wel op termijn onvoldoende sterk zou zijn om het vereiste veiligheidsniveau te bieden.¹²⁴ Daarnaast werd geoordeeld dat de ruimtelijke en economische ontwikkelingen in Noordwijk worden beperkt door de ligging van bebouwing in de waterkeringszone.¹²⁵ Dit was voor de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat eind 2003 aanleiding om de zeewering in Noordwijk aan Zee, evenals negen andere locaties langs de Nederlandse kust, formeel aan te wijzen als zwakke schakel.¹²⁶ Acht van die locaties, waaronder Noordwijk, kregen tevens de status ‘prioritair’.¹²⁷

De provincie Zuid-Holland heeft in 2004 als reactie op de aanwijzing van de staatssecretaris het project ‘Kustvisie Zuid-Holland’ gestart, waarmee de provincie de integrale regie van de planvorming met betrekking tot de op haar grondgebied gelegen zwakke schakels op zich nam.¹²⁸ Per zwakke schakel werd binnen het project Kustvisie een projectgroep opgericht, waarin vertegenwoordigers van de betrokken partijen zitting namen.¹²⁹ Deze projectgroep diende ter begeleiding van de werk-

123. Zo dichtte het procesplan de rijksoverheid hoofdzakelijk de sturing van het proces op hoofdlijnen toe (algemene regie), waar de provincies belangrijke taken kregen toebedeeld in het ontwikkelen en coördineren van gebiedsvisies en het goedkeuren van versterkingsplannen (regie per zwakke schakel). De concrete planvorming en uitvoering kwam hoofdzakelijk toe aan de waterschappen, als beheerder van de primaire waterkeringen. De gemeenten werden primair verantwoordelijk gehouden voor de ruimtelijke inrichting van het gebied. Het procesplan werd door de bij de totstandkoming daarvan betrokken overheden beschouwd als een goede basis voor het op een voortvarende wijze ingaan van het proces ter versterking van de zwakke schakels in de Nederlandse kust. Zie Bestuurlijk Overleg Kust 2003, p. 23.

124. Zie Hoogheemraadschap Rijnland, *Beoordeling consequenties van zwaardere golfbelasting voor de waterkering*, juni 2003.

125. Zie Hoogheemraadschap Rijnland, *Startnotitie versterking zwakke schakel Noordwijk*, 3 mei 2005, p. 9.

126. In totaal werden er tien zwakke schakels aangewezen; slechts acht dáárvan hebben daarbij de status ‘prioritair’ gekregen. Het gaat om de volgende locaties: Den Helder, Callantsoog en de Hondsbossche en Pettemer Zeewering in Noord-Holland, Noordwijk, Scheveningen, de Delflandse Kust en het Flauwe Werk in Zuid-Holland, en Zuidwest-Walcheren en West Zeeuws-Vlaanderen in Zeeland.

127. De status ‘prioritair’ betekent niet dat het nemen van maatregelen bij deze zwakke schakels urgenter is dan bij de andere, maar dat daarbij de ruimtelijke kwaliteit (natuur, landschap, economische functie of recreatie) tevens een belangrijke rol speelt.

128. Zie <www.kustvisiezuidholland.nl>.

129. In de projectgroep ‘Versterking zwakke schakel Noordwijk’ is zowel Rijkswaterstaat Zuid-Holland, de provincie Zuid-Holland, het hoogheemraadschap van Rijnland, als de gemeente Noordwijk vertegenwoordigd.

zaamheden voor de planstudie. Het Hoogheemraadschap Rijnland was als beheerder van de waterkering tijdens het verdere procesverloop initiatiefnemer, en leidde in die hoedanigheid de projectgroep en diende formeel het projectplan (duinversterkingsplan) vast te stellen.¹³⁰

Ten behoeve van de vaststelling van dat projectplan is op 3 mei 2005 een startnotitie opgesteld, waarin een aantal mogelijke landwaartse (3), consoliderende (1) en zeewaartse (3) varianten voor de versterking van de waterkering in Noordwijk werd verkend en beoordeeld op haalbaarheid.¹³¹ Vervolgens is een projectnota opgesteld, waarin de vier haalbare varianten nader werden uitgewerkt met het oog op de ruimtelijke inpassing, de kosten en de effecten.¹³² In deze projectnota werd de verplaatsing van de afslaglijn in zeewaartse richting door middel van het construeren van een *dijk in de duinen* als voorkeursalternatief aangewezen. Dit voorkeursalternatief is nader uitgewerkt in een ontwerp-duinversterkingsplan, waarin tevens de keuze voor dit alternatief werd gemotiveerd.¹³³ De keuze is op deze variant gevallen, omdat hiermee de veiligheid van het achterland wordt gewaarborgd, terwijl een aanvullende duinverbreding in de toekomst mogelijk blijft, er nog ruimtelijke ontwikkelingen in de kernzone kunnen plaatsvinden, en de ruimtelijke kwaliteit van Noordwijk hierdoor niet of minimaal negatief wordt beïnvloed.¹³⁴ Op 31 januari 2007 is het definitieve versterkingsplan¹³⁵ vastgesteld door de Verenigde Vergadering van het Hoogheemraadschap Rijnland en ter goedkeuring toegezonden aan Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland.¹³⁶ Bij besluit van 1 maart hebben Gedeputeerde Staten hun goedkeuring aan het ontwerpplan gegeven.¹³⁷ Op 3 september

130. Zie art. 7 Wet op de waterkering; vgl. art. 5.5 ev. Waterwet.

131. Zie Hoogheemraadschap Rijnland 2005. De landwaartse oplossingen bleken hierbij op voorhand een te omvangrijke en kostbare ruimtelijke ingreep voor Noordwijk en directe omgeving te betekenen, en kwamen evenmin tegemoet aan de doelstellingen van de planstudie. Daarom werd ervoor gekozen om deze oplossingen in het verdere verloop van de planstudie buiten beschouwing te laten (zie p. 52). De zeewaartse en consoliderende varianten voldeden wel aan alle doelstellingen van de planstudie, zodat deze in een projectnota nader zouden worden uitgewerkt.

132. Hoogheemraadschap Rijnland, *Projectnota versterking zwakke schakel Noordwijk*, 30 juni 2006. Deze projectnota is opgesteld aan de hand van de Startnotitie en de daarbij behorende Nota van Beantwoording. Deze en andere relevante documenten zijn te raadplegen op <www.kustvisie.nl>.

133. Zie Hoogheemraadschap Rijnland, *Ontwerpversterkingsplan zwakke schakel Noordwijk*, 30 juni 2006.

134. Zie Hoogheemraadschap Rijnland 2006, p. 14-17.

135. Dit plan diende te worden opgesteld op grond van art. 7 van de toenmalige Wet op de Waterkering. Tegenwoordig dient voor dergelijke projecten een projectplan te worden opgesteld op grond van par. 5.2 Waterwet.

136. Er is tevens een brochure opgesteld en rondgestuurd in de regio. In deze brochure is een planning van het project opgenomen, en informatie over het uit te voeren project en het proces dat tot dat project heeft geleid. Zie Hoogheemraadschap Rijnland, *Noordwijk – Dijk in de duinen*, februari 2007.

137. Zie Besluit van 1 maart 2007, kenmerk DGWM/2007/2600.

2007 is men begonnen met de uitvoering van de kustversterking in Noordwijk aan Zee. De werkzaamheden zijn in april 2008 afgerond.¹³⁸

Het is voor het Hoogheemraadschap van Rijnland tijdens het bovenbeschreven proces nooit een optie geweest om het risico op schade voor lief te nemen en dus geen maatregelen te nemen, hetgeen onder meer blijkt uit het beheerderoordeel. Bij de keuze om maatregelen te nemen redeneert en handelt het hoogheemraadschap niet zozeer vanuit een juridische perspectief. Het beschouwt zijn taak veeleer vanuit een technisch perspectief, en vanuit plichts- en verantwoordelijkheidsbesef. De kans op schade en de gevolgen daarvan (tezamen: het risico) moeten op grond van die beschouwing optimaal worden beperkt, maar niet zozeer omdat men aansprakelijkheid wegens het niet nakomen van de zorgplicht wil voorkomen, maar juist omdat het hoogheemraadschap zich sterk verantwoordelijk voelt voor de veiligheid binnen het beheersgebied: ‘Schade en onveiligheid mogen zich gewoon niet voordoen!’ Dreigende aansprakelijkheid is in casu dus geen directe stimulans geweest om maatregelen te nemen, aldus een geïnterviewde. Uit deze opstelling van het hoogheemraadschap valt eveneens ambitie af te leiden. Men wilde door het uitvoeren van een dynamisch project dat zowel de veiligheid als andere maatschappelijke belangen diende, het imago van het hoogheemraadschap behouden en verbeteren. Daarom stond (het creëren van) maatschappelijk draagvlak ook hoog op de agenda.

Tijdens de besluitvorming is nadeel als gevolg van de maatregel voorzien en eveneens begroot. Nadeel en de plicht dat nadeel te compenseren, wordt beschouwd als een gegeven waarmee bij ieder project rekening moet worden gehouden (‘Soms wordt pijn geleden, maar dat is onvermijdelijk!’). Eventuele aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad is overigens allerm minst van invloed geweest op het besluit om al dan niet maatregelen te nemen. Nadeelcompensatie heeft het hoogheemraadschap er dus in casu absoluut niet van weerhouden om daadwerkelijk maatregelen te nemen, aldus een geïnterviewde. Wel heeft de verwachte aanzienlijke omvang van de nadeelcompensatie ertoe bijgedragen dat in een betrekkelijk vroeg stadium van de procedure is afgezien van de landwaartse varianten. Geconcludeerd kan dus worden dat aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad de beheerder er in casu niet van heeft weerhouden maatregelen te nemen, maar dat dit aspect wel van invloed is geweest op de (zorgvuldigheid van de) keuze voor concrete maatregelen, nu er meerdere mogelijke maatregelvarianten bestonden en er voldoende tijd bestond om een afgewogen keuze te maken.

138. Meer informatie over de gang van zaken met betrekking tot de feitelijke uitvoering van de kustversterkingswerkzaamheden is te raadplegen op <www.rijnland.net>.

Hoewel uit voorstudies bleek dat met een relatief eenvoudige ingreep kon worden voldaan aan het gestelde veiligheidsniveau,¹³⁹ was het daadwerkelijke duinversterkingsproject ruimtelijk omvangrijker. Het doel van de maatregel was daarmee niet alleen gericht op de veiligheid, maar nadrukkelijk ook op de inpassing binnen de lokale maatschappelijke en ruimtelijke omstandigheden en het bieden van mogelijkheden voor ruimtelijke en economische ontwikkelingen. Wel is in een later stadium van de planvorming (de uitvoeringsfase) met het oog op de kosteneffectiviteit getracht het nadeel zo beperkt mogelijk te houden. Bij de keuze voor deze concrete maatregel is dus niet zozeer het schade- en veiligheidsaspect bepalend geweest, maar juist de plaatselijke maatschappelijke en ruimtelijke aspecten. Eventuele aansprakelijkheid wegens het tekortschieten in de zorgplicht bij het achterwege blijven van maatregelen is op deze keuze, zo blijkt uit een interview, niet van invloed geweest. Wel kan worden geconcludeerd dat het nadeelcompensatierecht in casu van invloed is geweest op de keuze voor concrete maatregelen, maar dat dat niet de doorslaggevende factor is geweest bij deze keuze.

Tijdens de besluitvorming is, zoals gezegd, nadeel als gevolg van de maatregel voorzien en begroot. Daartoe zijn metingen gedaan naar de effecten van de maatregel en is een risicodossier opgesteld. Zo werd bijvoorbeeld uitzichtschade aan diverse appartementencomplexen voorzien, en schade aan strandtenten.¹⁴⁰ De soorten en omvang van de schade zijn erg divers. Op het moment dat een dergelijk risico op nadeel werd voorzien, zijn de belanghebbenden rechtstreeks benaderd en zijn metingen gedaan in welke mate het uitzicht daadwerkelijk zou worden aangetast. Deze rechtstreekse benadering diende overigens een tweeledig doel: duidelijkheid krijgen over de totale som nadeelcompensatie die het project met zich zou brengen, en het geven van inzicht in de nieuwe situatie ten opzichte van de oude situatie voor belanghebbenden en taxateurs. Tevens werd door de directe benadering van belanghebbenden getracht maatschappelijk draagvlak te creëren. Door een grote mate van openheid in de procedure, een snelle uitvoering van het project, de procedurele ont koppeling van schadeaspecten en de projectuitvoering, en een ruimhartige insteek wat betreft (het aanbieden van) nadeelcompensatie is, naar de mening van een geïnterviewde, tamelijk veel maatschappelijke waardering voor het project ontstaan.

139. Slechts een klein gedeelte van de boulevard vormde in feite de zwakke schakel. Met het plaatsten van een damwand langs een relatief klein gedeelte van de boulevard kon het gestelde veiligheidsdoel worden bereikt.

140. Het meeste nadeel is tijdens de procedure voorzien en begroot, echter niet elk nadeel. Zo is de schade die een schelpendelver leed als gevolg van de maatregel niet voorzien. Ook dergelijke schade kan overigens voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de nadeelcompensatieregeling. De procedure loopt nog.

Tijdens de voorbereiding en uitvoering van het definitieve duinversterkingsplan is getracht het nadeel voor derden als gevolg van de maatregelen zo gering mogelijk te houden. Daartoe is in de eerste plaats gekozen om de werkzaamheden hoofdzakelijk uit te voeren tijdens de winterperiode. Dit bracht wel extra kosten met zich (onder meer voor het aanleggen van een nooddijk), maar deze kosten wogen niet op tegen het nadeel dat zou zijn geleden als de uitvoering in een andere periode zou hebben plaatsgevonden. Ook de snelheid waarmee de werkzaamheden zijn uitgevoerd heeft invloed gehad op het geleden nadeel; er is slechts tijdens een tamelijk korte periode hinder ondervonden van de werkzaamheden. Ten slotte zijn er de nodige voorzorgsmaatregelen getroffen om het nadeel te beperken, en is voorafgaand aan de uitvoering van het project een raming gemaakt van het verwachte nadeel. Hieruit kan worden geconcludeerd dat in casu aansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad een stimulans is geweest voor waterbeheerders om nauwkeurigheid en zorgvuldigheid in de procedure te betrachten ten aanzien van schadevergoeding. Dit werd in een interview beaamd.

4.4 *Toetsing van de hypothesen*

4.4.1 *Toelichting op de twee hypothesen*

In paragraaf 1 hebben wij onze hypothesen gepresenteerd. Deze luiden als volgt:

1. *De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad stimuleert watersysteembeheerders tot het nemen van adequate adaptatiemaatregelen. Om aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad te voorkomen of te beperken zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij verplicht zijn tot het nemen van adaptatiemaatregelen, en zullen zij vervolgens dienovereenkomstig handelen.*
2. *Om aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad te voorkomen of te beperken zullen watersysteembeheerders onderzoeken in hoeverre zij bij het nemen van bepaalde adaptatiemaatregelen verplicht zijn om nadeelcompensatie toe te kennen, hetgeen een belemmering vormt voor het nemen van adequate adaptatiemaatregelen.*

Op basis van de hierboven uitgewerkte casestudies kunnen deze hypothesen worden getoetst. De eerste hypothese gaat uit van de aanname dat dreigende aansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten een stimulerende invloed heeft op het nemen van adaptatiemaatregelen door watersysteembeheerders. Hierbij wordt aangesloten bij de leer van de *preventieve werking* van het aansprakelijkheidsrecht, zoals die in paragraaf 3.4 en de daar aangehaalde literatuur wordt omschreven. Dreigende aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot een zekere vrees bij overheden om aanspra-

kelijk te kunnen worden gesteld voor klimaatschade, hetgeen resulteert in gewenst schadevoorkomend gedrag: het nemen van adaptatiemaatregelen. De adequaatheid van de maatregelen staat daarbij in belangrijke mate ter beoordeling aan de betrokken overheden. Beredeneerd kan dus worden dat onder meer¹⁴¹ de zorgplichten die op watersysteembeheerders rusten een kans op aansprakelijkheid met zich brengen, hetgeen leidt tot schadebeperkend gedrag. Indien beheerders er daadwerkelijk voor vrezen aansprakelijk te kunnen worden gehouden voor klimaatschade, zullen zij naar verwachting nagaan wat de op hen rustende zorgplichten exact inhouden: zijn zij verplicht (verantwoordelijk) om in het concrete geval maatregelen te nemen, en tot welke maatregelen zijn zij op grond van de betreffende zorgplicht(en) gehouden? De in deze hypothese verwoorde verwachting is dat watersysteembeheerders na deze exercitie ook daadwerkelijk de maatregelen zullen nemen die zij adequaat achten.

De tweede hypothese veronderstelt dat watersysteembeheerders minder snel geneigd zullen zijn adaptatiemaatregelen te nemen, naarmate daarbij meer nadeelcompensatie moet worden uitgekeerd. Daarom zullen zij steeds nagaan of en in hoeverre de noodzakelijke maatregelen aansprakelijkheid uit rechtmatige daad met zich kunnen brengen. Wanneer dit het geval is, zouden zij zich weerhouden kunnen voelen om daadwerkelijk maatregelen te nemen. Dit kan dus leiden tot het niet nemen van maatregelen, of tot het nemen van inadequate maatregelen, waardoor een (onacceptabel) risico op schade kan blijven bestaan.

Op basis van bovenstaande redenering staan beheerders als het ware tussen twee vuren. Of zij nemen geen (adequate) maatregelen en nemen daarbij het onzekere risico op klimaatschade en daarbij komende mogelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en imagooverlies voor lief. Of zij nemen wel adequate maatregelen, voorkomen daarmee klimaatschade en behouden of versterken hun imago. Daarbij kan echter wel aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad om de hoek komen kijken. Hierop wordt nog kort ingegaan in paragraaf 4.4.4.

Toetsing van de hypothesen aan de twee casestudies levert, zoals hieronder blijkt, een ander en genuanceerder beeld op van hoe de betrokken overheden in de voorliggende gevallen hebben gereageerd op dreigende aansprakelijkheid. Hierbij dient te worden begrepen dat het gaat om slechts twee casus. Voorzichtigheid met het

141. Aansprakelijkheid kan uiteraard ook voortvloeien uit de schending van andere zorgvuldigheidsnormen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wij beperken ons in deze bijdrage tot de aansprakelijkheid die kan voortvloeien uit de schending van de wettelijke zorgplichten. Andere gronden voor aansprakelijkheid blijven hier buiten beschouwing.

trekken van al te vergaande algemene conclusies is hier dus geboden; wij tonen twee witte zwanen, zonder daarmee te willen stellen dat alle zwanen wit zijn. Maar falsificatie van de genoemde hypothesen is in zoverre wel nuttig, dat aannemelijk wordt dat bepaalde veronderstellingen over de preventieve werking van aansprakelijkheidsrecht niet zonder meer – en vooral niet zonder empirisch bewijs! – in alle gevallen voor lief mogen worden genomen.¹⁴²

4.4.2 *Toetsing hypothese 1*

Het aansprakelijkheidsrecht heeft vermoedelijk wel een zekere invloed op het gedrag van overheden wat betreft adaptatie aan klimaatverandering, maar de twee casus bevestigen niet de verwachting dat deze invloed overheersend is, althans niet in het watersysteembeheer. Aansprakelijkheid blijkt in deze gevallen meer iets te zijn waar de betrokken overheden rekening mee hebben gehouden. In beide gevallen werd immers aangegeven dat men wel degelijk op de hoogte was van mogelijke aansprakelijkheid voor klimaatschade. Maar het is niet iets waardoor zij hun keuzen primair hebben laten bepalen. In beide casus zijn naast dreigende aansprakelijkheid kennelijk andere factoren een sterkere stimulans geweest om adaptatiemaatregelen te nemen (zie hierna).

Wel is duidelijk dat in beide gevallen de preventie van (verdere) schade voorop stond. In de casus Noordwijk was de belangrijkste doelstelling immers het verhogen van het veiligheidsniveau tegen wateroverlast door zeespiegelstijging in het achterland, dus het wegnemen van toekomstige waterrisico's. Dreigende aansprakelijkheid was hier wel aanwezig, maar heeft niet de doorslag gegeven om schadebeperkende maatregelen te nemen. In de casus Veenkaden had zich reeds klimaatschade voorgedaan en lag ten tijde van het onderzoek een belangrijke aansprakelijkheidsvraag ten aanzien van die schade ter beoordeling bij de Hoge Raad. Door het verschuiven van de kade in Wilnis is de betrokken beheerder zich bewust geworden van het risico, hetgeen tot actie heeft geleid. Zonder deze schadeveroorzakende gebeurtenis waren vermoedelijk tot op heden nooit maatregelen genomen. Toch heeft dreigende *aansprakelijkheid* – waarvan in dit geval dus overduidelijk sprake was – ook hier niet de doorslag gegeven om preventieve maatregelen te nemen.

142. Zie J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Asser Serie, Deventer: Kluwer 2005, p. 54. Vranken gaat hier in op de be(t)oogde preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, en stelt daarbij dat het empirisch bewijs daarvan uiterst dun, zo niet afwezig is. Met dit onderzoek dragen wij – overigens vol van bescheidenheid – met empirisch bewijs bij aan deze inderdaad wat te zeer in de theorie genestelde discussie.

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad blijkt dus voor de in de twee casus betrokken overheden geen sterke impuls tot het nemen van adaptatiemaatregelen te zijn geweest. Maar welke factor gaf die impuls dan wel? In beide casus werd aangegeven dat de maatregelen hoofdzakelijk zijn genomen vanuit een verantwoordelijkheidsbewustzijn voor de wettelijke taak van de betrokken watersysteembeheerders.¹⁴³ Dit besef vloeit vooral voort uit de wettelijke zorgplichten die op beide beheerders rusten. In combinatie met de bekendheid van bepaalde risico's heeft dit besef geleid tot het nemen van de beschreven maatregelen.

Zo zijn in de casus Noordwijk de risico's op nationaal niveau in kaart gebracht, hetgeen heeft geleid tot de aanwijzing van zwakke schakels langs de Noordzeekust. Met de bewustwording voor deze risico's en de bekendheid met zijn wettelijke taak, is bij de betrokken watersysteembeheerder het verantwoordelijkheidsbesef ontstaan om adaptatiemaatregelen te nemen. Vanuit dit besef is voorts gehandeld. De bekendheid met het risico van verdroging ontstond in de casus Veenkaden door de noodlottige verwezenlijking ervan in Wilnis. Hier deed zich schade voor en werd al snel daarna een aansprakelijkheidsvraag opgeworpen. De verwezenlijking van dit risico wakkerde de alertheid van de betrokken watersysteembeheerder aan met het oog op de gesteldheid van de andere veenkaden in zijn beheersgebied. Uit onderzoek bleek dat er in het gehele beheersgebied een groot risico bestond op kadeverschuivingen door verdroging. Hieruit vloeide een verantwoordelijkheidsbesef voort om adaptatiemaatregelen te nemen. De betrokken watersysteembeheerder was zich immers terdege bewust van zijn wettelijke zorgplicht om wateroverlast en overstroming door dijkdoorbraken te voorkomen. Echter, niet kan worden uitgesloten dat ook dreigende aansprakelijkheid in dit geval invloed heeft gehad op het ontstaan van het verantwoordelijkheidsbewustzijn.

Zo blijkt dat de eerste hypothese nuancering behoeft en dat de veronderstellingen omtrent de preventieve werking van aansprakelijkheidsrecht nadere empirische bestudering behoeven. Terughoudendheid met het trekken van slechts op theorieën gebaseerde conclusies lijkt op zijn plaats. Dreigende aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig overheidsnalaten blijkt in de twee onderzochte gevallen geen directe en zwaarwegende stimulans te zijn geweest voor het nemen van adaptatiemaatregelen. De betrokken overheden vonden deze aansporing vooral in het verantwoordelijkheidsbesef ten aanzien van hun publieke taakstelling. Een en ander neemt uiteraard niet weg dat watersysteembeheerders of andere overheden die zijn belast met bepaalde taken in het waterbeheer zich bij het nemen van adaptatiemaatregelen *in andere gevallen* wel (hoofdzakelijk) kunnen laten leiden door dreigende

143. Eventuele andere beïnvloedende factoren zijn hier overigens buiten beschouwing gelaten.

aansprakelijkheid. Er moet dus worden gewaakt voor een te vergaande vorm van generalisering. Om de bovenstaande uitkomsten nader te generaliseren, is verdergaand casusgericht empirisch onderzoek noodzakelijk.¹⁴⁴

Toch grijpen wij deze falsificatie aan om – tevens ten behoeve van vervolgonderzoek – een nieuwe hypothese te formuleren. Deze luidt:

De dreiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad speelt een beperkte rol bij de afwegingen die watersysteembeheerders maken in hun adaptatiebeleid. Het is veeleer een besef van verantwoordelijkheid voor de op hen rustende publieke taken, dat watersysteembeheerders stimuleert tot het nemen van adequate adaptatiemaatregelen.

4.4.3 Toetsing hypothese 2

De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad blijkt de overheden er in de twee onderhavige casus niet van te hebben weerhouden adaptatiemaatregelen te nemen. In beide casus werd immers benadrukt dat een eventuele verplichting tot het uitkeren van nadeelcompensatie nooit in de overweging is betrokken om al dan geen adaptatiemaatregelen te nemen. Dat is ook niet vreemd, omdat al gauw duidelijk werd dat enkel het niet nemen van maatregelen de betrokken overheden in beide gevallen kon vrijwaren van een verplichting tot nadeelcompensatie. Het niet nemen van maatregelen is in beide casus echter nooit een reële optie geweest. Wel lijkt de nadeelcompensatievraag invloed te hebben gehad op de overweging welke maatregelen in een concreet geval worden genomen, en in welke periode dat gebeurt. In beide casus heeft deze vraag de betrokken beheerders er namelijk toe gestimuleerd de schadelijke effecten van besluiten over adaptatiemaatregelen, waar mogelijk, te beperken. De nadeelcompensatievraag heeft dus vooral invloed gehad op de zorgvuldigheid van de besluitvorming inzake adaptatie aan klimaatverandering.

Zo is in de casus Noordwijk een aantal mogelijke duinversterkingsmaatregelen uitgewerkt. Bij de keuze voor een van deze maatregelen is nadrukkelijk de vraag aan de orde geweest hoe veel en welk nadeel deze afzonderlijke maatregelen met zich zouden brengen. Uiteindelijk is gekozen voor een maatregel die wat betreft de verwachte hoogte van de totale som aan uit te keren nadeelcompensatie niet het voordeligst was. Hieruit blijkt dat de nadeelcompensatievraag vroeg in de besluitvorming wel degelijk een rol heeft gespeeld, maar dat de invloed daarvan niet leidend

144. Gilissen voert dit onderzoek uit in het kader van zijn proefschrift. Dit wordt ook onderzocht binnen het onderzoeksprogramma Kennis voor Klimaat, in het bijzonder binnen werkpakket 5 (Normative principles for adaptation) van het KvK-Consortium ‘The governance of adaptation to climate change’.

in geweest bij de concrete keuze voor de te nemen adaptatiemaatregelen. Later in de besluitvorming, bij het opstellen van het duinversterkingsplan, heeft de nadeelcompensatievraag nogmaals een rol gespeeld. Tijdens die procedure is bewust getracht het nadeel van de uiteindelijk gekozen maatregel zo beperkt mogelijk te houden.

Ook in de casus Veendijken heeft de nadeelcompensatievraag een rol gespeeld in de besluitvorming. Kort na de kadeverschuiving in Wilnis is de betrokken watersysteembeheerder nagegaan op welke plaatsen in zijn beheersgebied zich een vergelijkbaar risico op kadeverschuiving voordeed. Dit heeft geresulteerd in een prioritering van maatregelen, waarbij de kans op de verwezenlijking van het risico en de omvang van gevolgen daarvan sturinggevend zijn geweest. In urgente gevallen is de verplichting nadeelcompensatie uit te keren voor lief genomen; hier is kennelijk het verantwoordelijkheidsbesef om risicobeperkende maatregelen te nemen dermate sterk geweest dat aan de nadeelcompensatievraag voorbij is gegaan. In minder urgente gevallen is wel rekening gehouden met nadeelcompensatie, in die zin dat is getracht het nadeel van de betreffende maatregel zo beperkt mogelijk te houden.

Op grond van bovenstaande is ook de tweede hypothese ontkracht. Dit hoeft niet te verbazen, maar juist de nuancering die met deze ontkrachting is aangebracht is in onze ogen van belang. De verplichting nadeelcompensatie uit te keren vormde in de besproken casus geen belemmering voor het nemen van adaptatiemaatregelen. Wel heeft deze verplichting invloed gehad op de concrete keuze voor maatregelen, en tevens op de zorgvuldigheid van de besluitvorming. Dit neemt niet weg dat het bestaan of de omvang van de nadeelcompensatieplicht er in andere gevallen, onder andere omstandigheden, aanleiding toe kan zijn om af te zien van het nemen van adaptatiemaatregelen. Ook hier moet dus worden gewaakt tegen een te vergaande vorm van generalisering van de uitkomsten van onze toetsing. Uitgebreider casusgericht empirisch onderzoek is dus ook hier op zijn plaats.¹⁴⁵

Ook hier maken wij van de uit de falsificatie voortvloeiende kans gebruik om een nieuwe hypothese te presenteren:

De dreiging van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad weerhoudt watersysteembeheerders er niet van adaptatiemaatregelen te nemen, maar is – wanneer de omstandigheden van het geval daartoe ruimte bieden – wel van invloed op de keuze voor concrete maatregelen in de voorprocedure, en tevens op uitvoeringsgerichte vragen tijdens de formele voorbereidingsprocedure.

145. Zie de vorige voetnoot.

4.4.4 *Twee vuren*

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, staan watersysteembeheerders bij de vraag of en hoe adaptief op te treden tegen de nadelige regionale gevolgen van klimaatverandering tussen twee vuren. Zij kunnen er kort gezegd voor kiezen geen (adequate) adaptatiemaatregelen te nemen, en daarmee tevens het risico op klimaatschade en aansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten voor lief te nemen. Zij kunnen er ook voor kiezen om wel adequate adaptatiemaatregelen te nemen, daarmee klimaatschade te voorkomen, maar zich neer te leggen bij de zeer waarschijnlijke verplichting om nadeelcompensatie uit te keren. In beide gevallen bestaat dus een concrete dreiging van aansprakelijkheid, zij het dat deze, afhankelijk van de keuze, van een andere aard is.

Nu stellen wij ons de vraag in welke richting beheerders het snelst geneigd zullen zijn te kiezen. Uit beide casus bleek expliciet de overtuiging dat het nemen van adaptatiemaatregelen noodzakelijk was; er zijn – zo daar al naar is gezocht – geen redenen gevonden of aangedragen om af te zien van het nemen van adaptatiemaatregelen. Het voorkomen dan wel beperken van waterrisico's is een wettelijke taak van de betrokken overheden, voor welke zorgplicht zij zich in de onderzochte gevallen ook met nadruk verantwoordelijk achtten. Kennelijk is aan dit verantwoordelijkheidsbesef in beide casus het zwaarste gewicht toegekomen. Hiermee is de kans op aansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten weggenomen, althans dat is het feitelijke gevolg van de expliciete keuze om daadwerkelijk adaptatiemaatregelen te nemen. Hieruit kan worden begrepen dat in beide casus de omstandigheden zo waren, dat de betrokken overheden, gestuurd door hun verantwoordelijkheidsbesef, wellicht onderbewust, de voorkeur hebben gegeven aan de vrijwel zekere aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, boven de onzekere maar dreigende aansprakelijkheid uit onrechtmatig nalaten. Deze keuze kan van positieve invloed zijn op het imago van de betrokken overheden en is daarom ook vanuit dat oogpunt niet onbegrijpelijk.

Rest nog de vraag of de betrokken watersysteembeheerders onder andere omstandigheden – bijvoorbeeld bij een minder omvangrijk of onzekerder risico – dezelfde keuze zouden hebben gemaakt. Deze vraag is ook van algemeen belang, want bij feitelijk elk overheidshandelen in de adaptatiesfeer zal sprake zijn van dreiging van beide soorten aansprakelijkheid. Wij sluiten niet uit dat overheden tot een andere keuze kunnen komen, wanneer bijvoorbeeld de kosten van nadeelcompensatie uitstijgen boven de kosten van de mogelijke verwezenlijking van bepaalde waterrisico's. Zij nemen dan wellicht een welbewust risico op aansprakelijkheid voor klimaatschade. Dat overheden in dergelijke gevallen een risico lopen op imagooverlies is daarbij eveneens een gegeven.

5 Conclusies

Hierboven is globaal uiteengezet op welke wijze watersysteembeheerders aansprakelijk kunnen zijn voor het al dan niet nemen van adaptatiemaatregelen. Daarbij is geredeneerd vanuit de verschillende juridische verantwoordelijkheden en zorgplichten die op deze overheden rusten (paragraaf 3.1). Overheidsaansprakelijkheid voor klimaatschade kan in de eerste plaats haar grondslag vinden in onrechtmatig nalaten (artikel 6:162 BW; schuldaansprakelijkheid). Daarnaast kan de overheid aansprakelijk zijn voor klimaatschade die ontstaat doordat inadequate maatregelen zijn genomen. De formele rechtskracht blijkt in deze gevallen een belangrijk obstakel voor succesvolle vorderingen tot schadevergoeding, maar kan de dreiging hiervan niet geheel wegnemen. Aansprakelijkheid kan ook worden gebaseerd op artikel 6:174 BW (risicoaansprakelijkheid). Ten slotte kan aansprakelijkheid een grondslag hebben in rechtmatig overheidshandelen (paragraaf 3.2 en 3.3). Aan de hand van twee casestudies (paragraaf 4.2 en 4.3) is een en ander getoetst aan de twee door ons in paragraaf 1 gepresenteerde hypothesen. Aangezien deze hypothesen werden gefalsificeerd, hebben wij in paragraaf 4.4.2 en 4.4.3, vooral met het oog op vervolgonderzoek, nieuwe hypothesen gepresenteerd.

In de eerste plaats werd tot uitgangspunt genomen dat uit de genoemde zorgplichten een zekere vrees voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad kan voortvloeien, op grond waarvan watersysteembeheerders geneigd zullen zijn over te gaan tot het nemen van adaptatiemaatregelen. Deze aanname vindt zijn wortels in de preventieve (gedragsbeïnvloedende) werking die door velen aan het aansprakelijkheidsrecht wordt toegedicht. Deze theorie is ontwikkeld in de rechtseconomie en wordt sinds enkele decennia ook door juristen aangehangen (paragraaf 3.4). Watersysteembeheerders blijken op basis van de casestudies echter goed op de hoogte te zijn van de verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de op hen rustende zorgplichten. In de praktijk van de twee casestudies heeft dit ertoe geleid dat zij zich ook daadwerkelijk verantwoordelijk voelen voor het nemen van adaptatiemaatregelen. Gebleken is dat juist dit verantwoordelijkheidsbesef hen heeft aangespoord om schadebeperkende maatregelen te nemen. Dreigende aansprakelijkheid speelde daarbij geen rol, of speelde slechts een (vermoedelijke) rol op de achtergrond (paragraaf 4.4).

De invloed van nadeelcompensatie op het gedrag van watersysteembeheerders (en andere overheden) is in de literatuur tot nu toe ten onrechte onderbelicht gebleven. Uit de case studies blijkt dat die invloed er wel degelijk is, en dat die verschillende facetten heeft. Nadeelcompensatie is niet zozeer van invloed gebleken op de keuze om al dan niet adaptatiemaatregelen te nemen; het heeft de betrokken watersys-

teembeheerders daar in elk geval niet van weerhouden. Nadeelcompensatie bleek wel van invloed te zijn op de keuze tussen de verschillende mogelijke maatregelenvarianten, mocht er tijd en ruimte bestaan voor een dergelijke keuze. Met het oog op nadeelcompensatie kozen de betrokken watersysteembeheerders op basis van zorgvuldigheid voor de minst ingrijpende maatregel, tenzij andere belangen en overwegingen noopten tot de keuze voor een meer ingrijpende maatregel. In urgente gevallen bleek de invloed van de nadeelcompensatieplicht overigens beperkt. Ook in de uitvoeringsfase, die doorgaans aanvangt met het opstellen van een projectplan, had de nadeelcompensatievraag nog de nodige invloed op de zorgvuldigheid waarmee overheden tot bepaalde keuzen kwamen ten aanzien van de concrete adaptatiemaatregelen. Deze invloed leidde tot bewuste schadepreventie (paragraaf 4.4).

Welke algemene les valt ten slotte te leren uit de falsificatie van de bovengenoemde hypothesen? Wat kunnen we met deze twee witte zwanen, terwijl we weten dat er nog veel meer zwanen rondvliegen, waarvan we de kleur niet kennen? Hoewel de preventietheorie aannemelijk en weldoordacht overkomt, lijkt het onverstandig deze zonder meer – vooral zonder empirisch bewijs! – in alle gevallen voor waar te nemen. Waar van preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht in het verkeer tussen natuurlijke en rechtspersonen (het ‘zuivere privaatrecht’) best eens sprake kan zijn,¹⁴⁶ kan dit niet zonder meer worden gezegd over de invloed daarvan op overheidsgedrag, in het bijzonder in het kader van adaptatie aan klimaatverandering in het watersysteembeheer. Vooral daar blijkt deze preventieve werking op grond van de twee casestudies namelijk plaats te moeten maken voor verantwoordelijkheidsbesef als sturinggevende factor. Met deze bijdrage maken wij dan ook een uiterst voorzichtig begin met het weerleggen, althans het nuanceren van deze theorie.

In vervolgonderzoek hopen wij op basis van een grotere hoeveelheid empirisch materiaal steeds fermere uitspraken te kunnen doen over de invloed van overheidsaansprakelijkheid op adaptatie aan klimaatverandering. Daarbij zullen wij ons niet alleen richten op het handelen van watersysteembeheerders, maar ook op het handelen van andere overheden die zijn belast met taken in het waterbeheer, bijvoorbeeld gemeenten. Evenmin zullen wij ons beperken tot veiligheidsmaatregelen; ook bijvoorbeeld maatregelen ter aanpassing van ecologisch waardevolle gebieden en ter garantie van voldoende zoet (drink)water zullen onderwerp van onderzoek zijn. Ter afsluiting van deze bijdrage kunnen wij dus kort en bondig zijn: wordt vervolgd!

146. Dat is niet het onderwerp geweest van deze bijdrage, maar ook daar lijkt het empirisch bewijs uiterst mager. Zie Vranken 2005, p. 54.

VII Who done it? Multicausaliteit en klimaatschade

Mw. mr. M. (Marga) A. Robesin*

1 Inleiding

Iedere uitstoot van broeikasgassen draagt bij aan klimaatverandering. Daar is men het inmiddels vrij algemeen over eens. Bij schade door klimaatverandering is dus eigenlijk iedereen dader. De een meer dan de ander, maar wie is aansprakelijk te stellen? En in welke mate?

2 Feitelijke causaliteit en normatieve causaliteit¹

Een dader (of liever: veroorzaker) is pas aansprakelijk te stellen als hij/zij iets doet of nalaat dat feitelijk (een deel van) de (dreigende) schade veroorzaakt.

Bij schade door klimaatverandering (hierna: klimaatschade) moet er dus een feitelijk causaal verband bestaan tussen de uitstoot van broeikasgassen en klimaatverandering en door die verandering ontstane (of dreigende) schade. Over het feitelijke causale verband tussen de door mensen veroorzaakte emissie van broeikasgassen en klimaatverandering bestaat weliswaar nog steeds discussie, maar dit verband is vrij algemeen maatschappelijk aanvaard. Ook door (sommige) rechters. Zie bijvoorbeeld de uitspraak in de Australische *Taralga Windfarm*-zaak.² En door (sommige) gedaagden. Zoals de United States Environmental Protection Agency (EPA):

‘EPA does not dispute the existence of a causal connection between man-made greenhouse gas emissions and global warming. At a minimum, therefore, EPA’s refusal to regulate such emissions “contributes” to Massachusetts’ injuries.’³

* Marga Robesin is werkzaam als juriste bij de Stichting Natuur en Milieu

1. Zie over het onderscheid tussen feitelijke en normatieve causaliteit: M.F.H.S. Haan, *Oorzaak: onbekend. Het aantonen van het feitelijke verband bij meervoudig veroorzaakte milieuschade*. Centrum voor Milieurecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 14-15: ‘De schade is dus een ijkpunt van waaruit in twee richtingen gekeken moet worden: feitelijk naar het verleden (leidde de gebeurtenis tot de schade?) en normatief naar de toekomst (moet de schade ook vergoed worden, en zo ja, hoeveel moet de vergoeding dan bedragen?)’.
2. *Taralga Landscape Guardians v Minister for Planning* [2007] *NSWLEC* 59.
3. in de zaak voor de Supreme Court of the US van *Massachusetts e.a. v. Environmental Protection Agency e.a.*, no. 05-1120, uitspraak 2 april 2007. <www.law.cornell.edu/supct/html/05-1120.ZO.html> en <www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-1120.pdf>.

Vervolgens is het de vraag of een (dreigende) schade (zoals sterfte door een extreme hittegolf, materiële schade door een overstroming of de kosten van dijkverhogingen in verband met te verwachten zeespiegelrijzing) het gevolg is van klimaatverandering.

Of er sprake is van een direct causaal verband tussen een bepaalde uitstoot van broeikasgassen en een specifieke schade is echter niet relevant, aangezien elke emissie van broeikasgassen waar ook ter wereld bijdraagt aan klimaatverandering.

Stel dat het feitelijk causaal verband tussen klimaatverandering en een bepaalde (dreigende) schade is vastgesteld (bijvoorbeeld overstroming van een bepaald gebied als gevolg van zeespiegelrijzing door klimaatverandering).

Een inwoner van dat gebied wil voorkomen dat zijn huis schade zal lijden door een overstroming en besluit daarom een aantal energieproducenten, die nieuwe kolengestookte elektriciteitscentrales in bedrijf willen nemen, te dagvaarden (fictief voorbeeld!). Hij vordert dat ze de kolencentrales niet mogen exploiteren zonder dat ze alle CO₂-emissies afvangen. Het staat vast dat de nieuwe kolencentrales CO₂ zullen uitstoten. Daarmee zullen ze bijdragen aan klimaatverandering.

Dat betekent echter niet dat de (dreigende) schade aan de exploitanten kan worden toegerekend, dus dat zij handelingen moeten verrichten of nalaten om de (dreigende) schade te voorkomen of beperken (normatieve causaliteit).

Bovengenoemde zaak, waarin EPA werd aangesproken om legislatieve maatregelen te treffen, illustreert dat de normatieve causaliteit bij multicausale schade zoals schade door klimaatverandering waarschijnlijk een (nog) groter struikelblok is dan de feitelijke causaliteit.

Een belangrijk kenmerk van klimaatschade is als gezegd immers dat iedere emissie van CO₂ en andere broeikasgassen, waar ook ter wereld en op welke wijze ook veroorzaakt, bijdraagt aan (een toename van) deze schade. Daardoor is het lastig een of meer van de veroorzakers aan te spreken. Zij kunnen gemakkelijk verwijzen naar het diffuse karakter van de schade en het feit dat ook anderen (voor een – groter – deel) veroorzaker zijn. Dat deed ook EPA:

‘EPA nevertheless maintains that its decision not to regulate greenhouse gas emissions from new motor vehicles contributes so insignificantly to petitioners’ injuries that the agency cannot be haled into federal court to answer for them. For the same reason, EPA does not believe that any realistic possibility exists that the relief petitioners seek would mitigate global climate change and remedy their injuries. That is especially so because predicted increases in greenhouse gas emissions from developing nations, particularly China and India, are likely to offset any marginal domestic decrease’.

Met andere woorden: het nalaten van EPA draagt niet significant bij aan de schade en bovendien zijn anderen (in toenemende mate) verantwoordelijk voor een (groter) deel van de schade.

De Supreme Court dacht daar echter anders over: ook het achterwege laten van een kleine, voorzichtige eerste stap om de (dreigende) schade te voorkomen of verminderen kan in rechte worden aangevochten. Bovendien was er in dit geval nauwelijks sprake van een voorzichtige stap, omdat de emissies van voertuigen in de VS in aanzienlijke mate bijdragen aan broeikasgasemissies en dus aan klimaatverandering.⁴

In deze zaak was de Supreme Court dus van oordeel dat men ook aangesproken kan worden op het achterwege laten van een handeling (i.c. regelgeving) die een (kleine) bijdrage aan emissiereductie kan leveren.

In Nederland zijn, voor zover mij bekend, nog geen procedures gevoerd waarin een overheid, bedrijf of andere partij voor de burgerlijke rechter is gedaagd wegens het veroorzaken van (dreigende) klimaatschade door een bepaald handelen of nalaten. Het is dus de vraag hoe een Nederlandse rechter zou oordelen over de hierboven genoemde fictieve vordering van de inwoner van een door mogelijke overstromingen bedreigd gebied. De advocaat van de energieproducenten zou zeker wijzen op het feit dat het afvangen van de CO₂-emissies niet zal voorkomen dat (verdergaande) klimaatverandering met zeespiegelrijzing als gevolg zal optreden, omdat anderen nog (meer) broeikasgasemissies veroorzaken.

4. De Supreme Court zegt: 'But EPA overstates its case. Its argument rests on the erroneous assumption that a small incremental step, because it is incremental, can never be attacked in a federal judicial forum. Yet accepting that premise would doom most challenges to regulatory action. Agencies, like legislatures, do not generally resolve massive problems in one fell regulatory swoop. See *Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc.*, <348 U. S. 483>, 489 (1955) ("[A] reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind"). They instead whittle away at them over time, refining their preferred approach as circumstances change and as they develop a more-nuanced understanding of how best to proceed. Cf. *SEC v. Chenery Corp.*, <332 U. S. 194>, 202 (1947) ("Some principles must await their own development, while others must be adjusted to meet particular, unforeseeable situations"). That a first step might be tentative does not by itself support the notion that federal courts lack jurisdiction to determine whether that step conforms to law. And reducing domestic automobile emissions is hardly a tentative step. Even leaving aside the other greenhouse gases, the United States transportation sector emits an enormous quantity of carbon dioxide into the atmosphere—according to the MacCracken affidavit, more than 1.7 billion metric tons in 1999 alone. 30, Stdg. App. 219. That accounts for more than 6% of worldwide carbon dioxide emissions. *Id.*, at 232 (Oppenheimer Decl. 3); see also MacCracken Decl. 31, at 220. To put this in perspective: Considering just emissions from the transportation sector, which represent less than one-third of this country's total carbon dioxide emissions, the United States would still rank as the third-largest emitter of carbon dioxide in the world, outpaced only by the European Union and China. Judged by any standard, U. S. motor-vehicle emissions make a meaningful contribution to greenhouse gas concentrations and hence, according to petitioners, to global warming.'

3 Multicausaliteit

Er zijn wel voorbeelden bekend van zaken voor de Nederlandse rechter waarin sprake was van andersoortige schade veroorzaakt door meerdere daders.

In geval van dergelijke multicausale schade worden diverse begrippen gehanteerd. De verschillen in terminologie zijn niet zonder praktische betekenis. Daarom lijkt het me goed om eerst stil te staan bij deze begrippen:

Meerdaderschap: uitsluitend twee of meer door verschillende personen verrichte handelingen zijn bij de schadeveroorzaking betrokken. In geval van klimaatschade spelen niet alleen door personen verrichte handelingen of nalaten een rol. Er is ook sprake van natuurlijke factoren. Daarom spreek ik liever over multicausaliteit.

Groepshandeling: nog afgezien van het bestaan van natuurlijke oorzaken is er bij klimaatschade geen sprake van verschillende personen die met elkaar gehandeld hebben als groep in de zin van artikel 6:166 BW.⁵

Het belangrijkste onderscheid is dat tussen gevallen waarin door elk van de schadeveroorzakende handelingen of gebeurtenissen afzonderlijk de gehele schade kan zijn ontstaan (zelfstandige oorzaken), en gevallen waarin de schade uitsluitend door een gebeurtenis of handeling in combinatie met andere gebeurtenissen of handelingen kan zijn ontstaan en die gebeurtenis of handeling zonder de aanwezigheid van de andere gebeurtenissen of handelingen niet de schade tot gevolg zou hebben gehad (noodzakelijke voorwaarden).⁶

In het fictieve voorbeeld van de kolencentrales: de CO₂emissies van deze centrales veroorzaken op zichzelf niet de (dreigende) schade. Het zijn dus geen zelfstandige oorzaken. Alleen in combinatie met andere broeikasgasemissies kunnen ze de (dreigende) schade veroorzaken.

Dit onderscheid leidt tot meerdere typen causaliteit: alternatieve causaliteit, cumulatieve causaliteit en multiconditionaliteit.

Het type causaliteit dat in een bepaald geval aan de orde is, is van belang voor het antwoord op belangrijke vragen: of er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid en of alle schadeveroorzakers in de procedure moeten worden betrokken.

5. P.A. Kottenhagen-Edzes heeft in 1992 in haar dissertatie *Onrechtmatige daad en milieu* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 218 e.v. uiteengezet waarom in de meeste gevallen van milieuschade geen sprake is van een groepshandeling of mededaderschap. In zijn noot onder het DES-arrest (zie hierna) is Van Dunné van mening dat groepsaansprakelijkheid i.c. wel van toepassing te achten zou zijn. Ik ben het met de Hoge Raad in dat arrest eens dat dat niet het geval is, omdat de bedrijven niet als een groep optraden.

6. A.J. Van, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid bij Multi-causaliteit. Beschouwingen naar aanleiding van HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230', *TMA* 1998, 2, p. 32-37.

4 Alternatieve causaliteit

Bij dit type causaliteit is sprake van twee of meer zelfstandige oorzaken en het is onduidelijk welke daarvan de schade in werkelijkheid heeft veroorzaakt.

Artikel 6:99 BW bepaalt dat wanneer de schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en vaststaat dat de schade door ten minste een van deze gebeurtenissen is ontstaan, de verplichting om de schade te vergoeden rust op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.

In twee arresten van de Hoge Raad was de kwestie van alternatieve causaliteit aan de orde, in de *DES*-zaak en in het *Moerman-Bakker*-arrest.

4.1 *DES*

In de *DES*-zaak eisten zes ‘DES-dochters’ (dochters van moeders die tijdens hun zwangerschap het middel DES slikten waardoor de dochters lijdten/leden aan ernstige lichamelijke aandoeningen) schadevergoeding van tien farmaceutische bedrijven, die in de periode 1953 tot medio 1967 het middel DES op de markt hebben gebracht. Annotator Van Dunné vermeldt dat de gedaagde producenten volgens de stellingen van eiseressen indertijd ongeveer 90% van de Nederlandse medicijnenmarkt in handen hadden, en een aandeel in de afzet van DES dat aanzienlijk groter was dan 50%. De tien gedaagden vormden dus een substantiële groep producenten, maar niet alle potentiële daders. De Hoge Raad was van oordeel dat benadeelden kunnen volstaan met het dagvaarden van een van de aansprakelijk geachte personen en dat men niet hoeft vast te stellen wie tot de kring van aansprakelijke personen behoort:

‘Aangenomen moet worden dat een benadeelde kan volstaan met dagvaarding van een der aansprakelijke personen. Evenmin kan worden geëist dat de benadeelde stelt – en dat komt vast te staan – wie tot de kring van de aansprakelijke personen behoort. Een dergelijke eis leidt al tot een onredelijk resultaat in de klassieke onder het bereik van artikel 6:99 BW vallende situaties, te weten die waarin meer personen in dezelfde richting schieten of stenen gooien: wanneer niet alle schutters of gooiers zouden kunnen worden geïdentificeerd, zou de benadeelde zelf zijn schade moeten dragen. In een situatie als in dit geding aan de orde, leidt een eis als evenbedoeld eens te meer tot een onredelijk resultaat: de benadeelde zou zelf haar schade moeten

dragen, indien zij niet alle producenten die in de relevante periode Des op de markt hebben gebracht, kan identificeren, hoewel een dergelijke identificatie van alle producenten in feite vrijwel onmogelijk zal zijn. (...))

Ten aanzien van de stelplicht en de bewijslast geldt hier het volgende. Elk der DES-dochters kan, zoals zij in dit geding ook heeft gedaan, ten aanzien van elk der farmaceutische bedrijven volstaan met te stellen:

- i) dat het betrokken farmaceutische bedrijf in de relevante periode Des in het verkeer heeft gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is;
- ii) dat er nog een of meer andere – al dan niet in het geding betrokken – producenten zijn die in de relevante periode eveneens Des in het verkeer heeft (hebben) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk is (zijn);
- en iii) dat zij schade heeft geleden en dat die schade het gevolg is van Des-gebruik, maar dat niet meer is vast te stellen van wie het gebruikte Des afkomstig is. In beginsel rust de bewijslast van een en ander op de betrokken Des-dochter.⁷

4.2 *Moerman v. Bakker*

In een zaak over saneringskosten van een vervuilde sloot was de Hoge Raad evenals het Hof Leeuwarden van oordeel:⁸

7. HR 9 oktober 1992, *RvdW* 1992, 219. *TMA* 1993, 1, p. 15 e.v. m.nt. J.M. van Dunné. Volgens Van Dunné is de les van het *DES*-arrest voor milieuaansprakelijkheid:
‘Het probleem van meerdaderschap bij milieuvervuiling is, dat het veelal zal gaan om een onrechtmatige daad jegens de benadeelde die bestaat in de som van alle lozingshandelingen. (...) De tegenstanders van hoofdelijke aansprakelijkheid bij milieuschade in geval van meerdaderschap en multi-causaliteit hebben in het verleden steeds benadrukt dat de schuld van de individuele dader niet vastgesteld kan worden of gewoon niet vaststaat, aangezien de individuele bijdrage tot de totale schade daartoe niet toereikend is. Ik ben nooit erg onder de indruk van dat argument geweest; wat daarvan zij, na de *DES*-uitspraak is dat standpunt geheel op losse schroeven komen te staan. De combinatie van art. 6:99 BW met art. 6:102 BW biedt naar mijn mening een ijzersterke positie voor de benadeelde bij multi-causaal veroorzaakte milieuschade.’ (...) Als men bij de onrechtmatige daad de preventie hoog in het vaandel heeft staan, is hoofdelijke aansprakelijkheid een aantrekkelijk middel daartoe. Hoe krijgt men in vredesnaam gezamenlijke daders – denk aan onze 10 lozers, of eerder de *DES*-producenten – ertoe om orde op zaken te stellen, onderzoek te doen naar het schadelijk karakter van hun handelen en vervolgens maatregelen te nemen om het toebrengen van schade te voorkomen? Toch niet door ieder in de rustige wetenschap te laten nooit gepakt te kunnen worden omdat hun individuele aandeel in de lozingen niet de schade als zodanig (of: de totale schade) veroorzaakt? Er moet een stok achter de deur zijn, in rechte, om hen in beweging te krijgen, en hoofdelijke aansprakelijkheid is zo’n stok.’
8. HR 17 januari 1997, *TMA* 1997, 2, p. 49 e.v. m.nt. J.M. van Dunné (*Moerman v. Bakker*). Annotator Van Dunné was verheugd over deze formulering, omdat naar zijn mening de Hoge Raad met dit arrest een volgende stap had gezet en de *DES*-regel in milieuzaken hanteerde. Hij betoogde dat bij

‘Aldus heeft het Hof kennelijk de gedachtengang gevolgd, die ook aan het huidige artikel 6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is, erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is. Voormelde gedachten-gang geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’

Tijdens een studiedag over de betekenis van het *Moerman v. Bakker*-arrest in juni 1997 kwam de figuur aan de orde van de sluipende schade,

‘waarbij het gaat om schade als gevolg van een geleidelijk proces, waarbij elk der oorzaken weliswaar zelfstandig verantwoordelijk is voor een bepaalde beschadiging, maar zij slechts gezamenlijk, na het overschrijden van een kritische drempel, schade veroorzaakt. Spier bepleit in dit soort gevallen een pro-rata aansprakelijkheid.’⁹

Dat gaat in de richting van cumulatieve aansprakelijkheid.

5 Cumulatieve causaliteit

Bij cumulatieve aansprakelijkheid is sprake van twee of meer zelfstandige oorzaken die in combinatie met elkaar hebben geleid tot het ontstaan van de schade. Artikel 6:99 BW is in een dergelijk geval niet van toepassing.

alternatieve causaliteit niet is vereist dat de gehele schade door de aangesprokene is veroorzaakt. Indien de aangesprokene echter bewijst dat de gehele schade niet door hem is veroorzaakt, is hij ook niet voor het geheel aansprakelijk. ‘Engelengezang voor benarde milieuschadtoffers, en voor het milieu in het algemeen, gezien de preventieve werking die van deze regel uitgaat.’ (...) Het is naar mijn mening een doorbraak, zowel wat de gestelde regel van alternatieve causaliteit betreft, als de toepassing in het type geval dat aan de orde was: milieuschade veroorzaakt door een onduidelijke groep van veroorzakers onder onduidelijke omstandigheden.’

9. A.E. Dek & J.J. Smale, ‘Congresverslag Studiedag “De toepassing van de DES-regel bij milieuschade: alternatieve causaliteit na HR 17 januari 1997, Moerman-Bakker”, georganiseerd door het Instituut voor Milieuschade te Rotterdam, 4 juni 1997’, *TMA* 1997, 6, p. 137- 139. Zie ook J. Spier, *Sluipende schade*, (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

5.1 *Kalimijnen*

In de bekende *Kalimijnen*-zaak vorderden een aantal tuinders, die door het hoge zoutgehalte het water van de Rijn niet meer konden gebruiken voor de bevoeiing van hun gewassen, schadevergoeding van de Franse Kalimijnen, die verantwoordelijk waren voor 20% van het zout in de Rijn. De rest was afkomstig van andere lozingen en natuurlijke bronnen. De tuinders vorderden vergoeding van de kosten van maatregelen die ze hadden getroffen om de schade door het zout te beperken. Er was i.c. geen sprake van alternatieve causaliteit, omdat de verschillende oorzaken van het hoge zoutgehalte in de Rijn op zichzelf niet voldoende waren om de totale schade van de tuinders te veroorzaken.

De Hoge Raad was van oordeel dat een bedrijf dat milieu-aantasting veroorzaakt in bepaalde omstandigheden onzorgvuldig handelt, ook als het slechts bijdraagt aan het verergeren van een vorm van milieu-aantasting die mede het gevolg is van andere oorzaken. De veroorzaker werd vervolgens aansprakelijk gehouden voor een zodanig aandeel in de schade als overeenkwam met zijn bijdrage aan de betreffende aantasting van het milieu. Het feit dat de schade ook zou zijn geleden als de gedaagde niet zou hebben bijgedragen aan de schade stond daaraan niet in de weg.¹⁰

Bij een pro rata aansprakelijkheid¹¹ als in het geval van de *Kalimijnen* is het voor de eiser van belang om zoveel mogelijk hem bekende veroorzakers te dagvaarden. Alleen op die manier zal hij een zo groot mogelijk deel van zijn schade vergoed kunnen krijgen. Dat is echter zeer belastend voor de benadeelde partij.

6 Multi-conditionaliteit

Bij multi-conditionaliteit is sprake van twee of meer noodzakelijke voorwaarden die ieder in juridisch opzicht relevant zijn voor de beoordeling van de causaliteitsvraag.

Londen&Lancashire-Huygen

In gevallen als in *Londen Lancashire Insurance co-Huygen*¹² is het handelen of nalaten van elk van de veroorzakers op zichzelf niet voldoende om de schade te veroorzaken, maar hun daden (of nalaten) zijn wel noodzakelijk om de schade te laten ontstaan. Een auto slaat onvoorzichtig linksaf, een andere auto remt en een derde

10. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743. P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 241.

11. Zie ook: A.J. Akkermans, 'Veroorzaking van deelschade', *WNPR* 1992, p. 249-255.

12. HR 4 november 1955, *NJ* 1956, 1 m.nt. LEHR.

auto rijdt (onrechtmatig) achterop de tweede. Dit wordt ook wel ‘onbewust mededaderschap’ genoemd.

De eerste en derde auto zijn beide hoofdelijk aansprakelijk, maar de benadeelde moet wel kunnen aangeven wie erbij betrokken waren en dat zij onrechtmatig hebben gehandeld.¹³

7 Conclusie

Bij schade door klimaatverandering is naar mijn voorlopige mening sprake van cumulatieve causaliteit. Weliswaar veroorzaakt geen van de emissies afzonderlijk de hele schade, maar net als in de *Kalimijnen*-zaak draagt iedere emissie bij aan het verergeren van de schade. In die zaak (en in de andere hierboven aangehaalde arresten van de Nederlandse Hoge Raad) ging het overigens steeds om vergoeding van de schade. In het fictieve voorbeeld hierboven van aansprakelijkstelling van exploitanten van kolencentrales gaat het om het nemen van preventieve maatregelen, om de emissie van broeikasgassen te beperken of te voorkomen. In een met de *Kalimijnen* vergelijkbaar geval over lozing van schadelijke stoffen op de Schelde door het Belgische bedrijf Sopar ging het ook over het nemen van emissiereducerende maatregelen.¹⁴

Iedere reductie van de emissie van broeikasgassen is niet meer dan een – om met de Supreme Court te spreken – ‘voorzichtige stap’ in de richting van de oplossing van het probleem van klimaatverandering of beperking van klimaatschade.

In de *Kalimijnen*-zaak noemt de Hoge Raad een aantal omstandigheden waaronder een bepaalde emissie, die slechts een deel van de milieuverontreiniging veroorzaakt die tot schade leidt, toch onzorgvuldig kan zijn. Zelfs een geringe bijdrage aan de schade kan onder omstandigheden tot het oordeel leiden dat onrechtmatig werd gehandeld.

Het nalaten van emissiereductie kan wel degelijk leiden tot aansprakelijkheid en dus tot een gebod tot het treffen van maatregelen.

Druppels op een gloeiende plaat misschien, maar zonder druppels kun je niet blussen.

13. Kottenhagen-Edzes 1992, p. 219.

14. Pres. Rb. Middelburg 8 maart 1991, *TMA* 1992, p. 22 m.nt. N. Frenk; Hof Den Haag 19 november 1992, *BR* 1993, 207, *KG* 1993, 15; HR 25 februari 1994, *NJ* 1996, 362.

Slotbeschouwing

*Mw. mr. dr. L. (Lidy) F. Wiggers-Rust**

1 Inleiding

Op 30 november 2011 is tijdens de najaarsledenvergadering van de VMR levendig gedebatteerd over de (concept-)bijdragen aan deze bundel van de leden van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering. Onderzoek naar en debat over de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht op dat gebied is van groot belang. De gevolgen van klimaatverandering die ons met toenemende mate van zekerheid worden voorspeld zijn immers dermate desastreus, dat inzicht in oplossingen die het recht voor die problematiek kan bieden van groot gewicht is.

Het debat werd ingeleid door voortreffelijke referenties van achtereenvolgens prof. mr. P.A. Nollkaemper (Universiteit van Amsterdam) (bijdragen I en II), prof. mr. T. Barkhuysen (Stibbe en Universiteit Leiden) (bijdragen III en IV), mr. dr. M.K.G. Tjepkema (Universiteit Leiden) (bijdragen V en VI) en prof. mr. I. Giesen (Universiteit Utrecht) (bijdrage VII), steeds gevolgd door reacties van de betrokken werkgroepleden en aanwezigen.

Van een en ander geef ik in dit slothoofdstuk een kort verslag op hoofdpunten aan de hand van (de onderwerpen van) de bijdragen aan deze bundel:

- internationale staatsaansprakelijkheid; verwachting van het aansprakelijkheidsrecht (bijdragen I en II);
- sancties op onrechtmatige wetgeving; ruimte voor aansprakelijkheid van het bedrijfsleven in aanvulling op bestaande regulering (bijdragen III en IV);
- de rol van het voorzorgsbeginsel voor overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; invloed dreigende overheidsaansprakelijkheid in het watersysteembeheer (bijdragen V en VI);
- causaliteit (bijdrage VII).

Ik sluit af met enkele bespiegelingen mijnerzijds.

* Lidy Wiggers-Rust is werkzaam als raadsheer in het gerechtshof Arnhem en voorzitter van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering.

2 Internationale staatsaansprakelijkheid; verwachting van het aansprakelijkheidsrecht (bijdragen I en II)

Indien sprake is van schending van een volkenrechtelijke verplichting die aan een staat kan worden toegerekend, bestaat de mogelijkheid van internationale staatsaansprakelijkheid. Hierover gaat de bijdrage van Okkerse.

Zoals *Nollkaemper* opmerkte, is primair van belang de ter zake relevante normen te identificeren. Omdat het aansprakelijkheidsrecht naar volkenrechtelijke maatstaven niet verder kan gaan dan primaire normen is een kritische beoordeling daarvan vereist. Dit betekent, aldus *Nollkaemper*, tevens dat het belang van het voorzorgs-beginsel internationaal niet mag worden overschat; het heeft daar in het bijzonder een interpretatieve betekenis bij de invulling van bedoelde 'primaire normen'. Nationaal kan voorts mogelijk gelden dat publiekrechtelijke permissie geen vrijbrief oplevert (zie hierna onder 3 naar aanleiding van bijdrage IV), volkenrechtelijk is het ondenkbaar om een staat buiten 'primaire normen' aan te spreken. Het aansprakelijkheidsrecht kan een verdergaande last – mede uit overwegingen van ontbrekende legitimiteit – niet dragen.

Nollkaemper gaat ervan uit dat individuen in de eerste plaats belanghebbenden zijn als het gaat om klimaatproblemen. Dat neemt niet weg dat het volkenrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zich met name richt op de bescherming van staten. Voor 'standing' zal in elk geval sprake moeten zijn van een relevante representatie van belangen. Internationaal kan daarbij behalve aan staten worden gedacht aan internationale organisaties.

De causaliteitsproblematiek houdt *Nollkaemper* nog bezig. Enerzijds ziet hij mogelijkheden individuele staten voor de eigen bijdragen aan schade aansprakelijk te houden, anderzijds beseft hij dat in geval van cumulatieve aansprakelijkheid onduidelijk zal zijn welke staat voor welk deel aansprakelijk is. Het internationaal procesrecht is bovendien niet toegesneden op de aansprakelijkheid van meerdere staten in één procedure. Nadere analyse en studie, mede aan de hand van het nationale recht, zijn hier nodig.

Voor de – door *Kronemeijer* in het algemeen behandelde – vraag wat van het aansprakelijkheidsrecht is te verwachten, acht *Nollkaemper* op internationaal niveau van belang dat herstel van legaliteit, dat wil zeggen naleving van geldende normen, volkenrechtelijk voorop staat. Een actie tot schadevergoeding kan op papier een oplossing vormen, in de volkenrechtelijke praktijk is deze, behalve indien het EVRM daarvoor aanknoping biedt, minder van belang.

Okkerse onderschrijft de reactie van *Nollkaemper*. Het mondiale karakter van het klimaatprobleem maakt de reikwijdte van het toepasselijk volkenrecht van grote betekenis.

Kronemeijer reageert op de visie van Nollkaemper over de verwachtingen van het aansprakelijkheidsrecht. Het uitgangspunt van haar bijdrage is niet volkenrechtelijk van aard, zodat zij in zoverre niet gebonden is aan de door Nollkaemper geschetste beperkingen. Met betrekking tot een zo verstrekkend probleem als het onderhavige, hecht zij voor die verwachtingen – mede uit overwegingen van legitimiteit – grote waarde aan maatschappelijke gedragenheid voor oplossingsrichtingen, bijvoorbeeld voor wenselijke preventie.

Vanuit *de zaal* wordt als belangrijk punt onder meer ervaren de suggestie van Nollkaemper niet op schadevergoeding maar op de naleving van normen te focussen. Als mogelijke remedie in geval van normschending wordt tevens de verklaring van recht genoemd. Een schadevergoedingsactie wordt gezien als extra drukmiddel.

3 Sancties op onrechtmatige wetgeving; ruimte voor aansprakelijkheid van het bedrijfsleven in aanvulling op bestaande regulering (bijdragen III en IV)

Vanuit de visie dat de regelgeving over klimaatverandering ontoereikend is, onderzoekt Mertens in haar bijdrage de vraag of de overheid, met behulp van het EVRM, tot wetgeving kan worden aangezet. *Barkhuysen* acht het afdwingen van goede wetgeving op basis van het EVRM niet onmogelijk, maar wel moeilijk. Het EVRM is immers in het bijzonder van toepassing in geval van gevaarlijke activiteiten en zeer ernstige hinder. Buitendien heeft de overheid een ruime *margin of appreciation*. Als het klimaatprobleem pregnanter wordt, in het bijzonder in geval van concretere schade, zou de rechtsontwikkeling de door Mertens gewenste kant kunnen opgaan. Anders voorziet *Barkhuysen* ‘grote hordes’. Ook ten aanzien van de vraag of de rechter een wetgevingsbevel kan uitvaardigen, acht hij de kans zeer gering. Zijn conclusie luidt dat het aansprakelijkheidsrecht op dit moment slechts beperkte mogelijkheden biedt om de overheid tot regelgeving aan te zetten.

In een poging tot meedenken signaleert hij wel een aantal aanvullende argumenten om het EVRM een rol te laten spelen in het kader van de strijd tegen de klimaatverandering. Zo noemt hij:

- het feit dat EVRM-rechten nu ook beschermd worden in het EU-Grondrechtenhandvest, zodat de mogelijkheid bestaat een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;
- de betekenis van *soft law*, die feitelijk bindend wordt door deze in te lezen in EVRM-bepalingen;
- de plicht tot handhaving van nationale normen (de niet-handhaving van geschonden normen kan strijdig zijn met artikel 8 EVRM (*Morena Gomez v. Spanje*));

- het voorzorgsbeginsel kan een rol spelen bij de schending van artikel 8 EVRM (*Tatar v. Roemenië*).

Als alternatief voor een wetgevingsbevel, aldus nog steeds Barkhuysen, valt te denken aan een verklaring van recht (de vaststelling van onrechtmatig handelen van een staat door de rechter kan aanleiding vormen tot wetgeving) dan wel aan het buiten toepassing laten van wetgeving.

Voor Peeters is onderzoek naar de mogelijke privaatrechtelijke aansprakelijkheid van vervuulende bedrijven (kolencentrales) vertrekpunt van haar bijdrage, omdat het wettelijk kader hun te veel ruimte tot broeikasgasemissies laat. Haar bijdrage betreft in het bijzonder de vraag naar de vrijwarende werking van handelen conform het publiekrechtelijk regime.

Barkhuysen werpt de vraag op of het EU-recht wel ruimte laat voor strengere eisen op grond van het aansprakelijkheidsrecht dan die welke voortvloeien uit EU-regelgeving; dat vergt zijns inziens onderzoek naar de aard van de EU-regels (het niveau van de beoogde harmonisatie) en het besef dat erkenning van een claim kan leiden tot marktverstoring in de elektriciteitsbranche.

Hij vraagt zich voorts af of het belang van klimaatbescherming in de regelgeving over emissiehandel niet uitdrukkelijk is verdisconteerd, wat aan de visie ‘geen vrijwarende werking’ in de weg zou kunnen staan. Naar Nederlands recht geldt volgens vaste rechtspraak immers: geen vrijwarende werking tenzij het belang van de derde (die schade lijdt, in dit geval door uitstoot) publiekrechtelijk nadrukkelijk is meegewogen.

Meer aansprekend in dit verband acht Barkhuysen de constatering van Peeters dat het emissiehandelssysteem niet is te vergelijken met een vergunning zoals in bedoelde rechtspraak aan de orde is; in die systematiek zijn de belangen immers alleen op macroniveau afgewogen. Barkhuysen concludeert daaruit dat EU-regelgeving inzake emissiehandel op zichzelf geen vrijwaring biedt voor aansprakelijkheid uit onrechtmatig handelen. Het effect is echter – en daarover zijn hij en Peeters het eens – beperkt, omdat eventueel na een claim vrijvallende rechten elders in de EU weer kunnen worden gebruikt (het zogenoemde waterbedeffect). Dit betekent, aldus Barkhuysen, dat beter kan worden ingezet op adequatere EU-regelgeving, waarin de vervuiler voor schade verantwoordelijk wordt gemaakt. Het is dus ijveren voor de daartoe, vooralsnog ontbrekende, politieke steun.

Ook al is de inzet van het aansprakelijkheidsrecht derhalve ook hier zeer moeilijk, als extra drukmiddel zou deze toch het proberen waard kunnen zijn, zodra duidelijk is dat er vooralsnog geen geschikt publiekrechtelijk kader komt. Op die manier wordt ook aangesloten bij de EU-wens op andere terreinen (met name inzake mededinging) van meer private handhaving. Nodig is dan wel – en daarvoor zou

in Europa mogelijk steun kunnen worden verkregen – dat er een verbod kan worden gevorderd op het opnieuw gebruiken/in de markt zetten van na een succesvolle claim vrijvallende emissierechten.

De conclusie van Barkhuysen met betrekking tot de bijdragen van Mertens en Peeters luidt, dat:

- primair zowel nationaal als internationaal de wetgever aan zet is;
- voor de wetgever een stimulans kan uitgaan van het aansprakelijkheidsrecht, met name vanuit de grondrechten (het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest), maar daarvoor moet serieus bewijs van ernstige schade op tafel liggen;
- private handhaving een aanvullende rol kan en moet spelen; Barkhuysen verwacht daarbij vooralsnog meer van aanbesteding en/of maatschappelijk verantwoord ondernemen dan van aansprakelijkheidsacties, maar dat kan veranderen als de onmacht van de wetgever komt vast te staan en de gevaren nog zichtbaarder worden.

In haar reactie attendeert *Mertens* erop dat het denken van politici helaas op de korte termijn is gericht. Het vorderen van een verklaring van recht dan wel het stellen van prejudiciële vragen spreekt haar voorts minder aan, omdat men daarmee in België soms weinig doet!

Peeters beargumenteert dat de op zich reeds omvangrijke EU-regelgeving geen maximale bescherming biedt. De EU sluit aan bij artikel 2 van het Klimaatverdrag dat slechts ziet op het voorkomen van ‘gevaarlijke klimaatverandering’, wat de drempel te hoog of laag maakt al naar gelang de invalshoek: terwijl volgens het IPCC en beleidsuitspraken van de EU de doelstelling voor ontwikkelde landen minimaal 25% beperking dient te zijn in 2020, volstaat de EU met een lager beschermingsniveau van 20%.

Voor het geval verder kan worden gegaan dan EU-regelgeving, wat Peeters niet bij voorbaat uitgesloten acht, ligt dit niet voor de hand als gevolg van het al genoemde waterbedeffect. Zij vraagt zich af of te overwegen zou zijn dat potentiële slachtoffers in verschillende lidstaten via een gelijktijdige actie met behulp van het privaatrecht grote Europese emittenten, bijvoorbeeld de cementindustrie, aanspreken.

Vanuit *de zaal* worden diverse opmerkingen gemaakt. Een ervan betreft een geval van luchtvervuiling in Griekenland waarin het voorzorgsbeginsel een rol speelde. Voorts wordt onder meer aandacht gevraagd voor het primaat van de politiek.

In zijn reactie beklemtoont Barkhuysen dat in geval van schending van recht remediëring noodzakelijk is en van de rechter een slagvaardig oordeel mag worden verwacht, zij het dat deze bij voorkeur eerst de reactie van de politiek zal afwachten. Pas als door de politiek niet wordt ingegrepen, zal de rechter knopen doorhakken. Hierin wordt Barkhuysen in het debat bijgevallen.

4 Rol voorzorgsbeginsel in het overheidsaansprakelijkheidsrecht; invloed dreigende overheidsaansprakelijkheid in het watersysteembeheer (bijdragen V en VI)

Brans en Winterink benadrukken, aldus *Tjepkema*, met recht dat overheden bij het nemen van maatregelen om klimaatschade tegen te gaan een zekere beleidsvrijheid hebben. Auteurs brengen dit eens te meer tot uitdrukking bij de bespreking van EHRM-jurisprudentie. Tjepkema waarschuwt er echter voor het nationale regime met de zogenoemde *Kelderluik*-criteria op één lijn te stellen met het EVRM-regime. Daardoor zou namelijk ten onrechte de indruk gewekt kunnen worden dat de lidstaat zich bij het vormgeven van het eigen aansprakelijkheidsregime zou dienen te laten leiden door wat Straatsburg ‘dicteert’. Meer zou kunnen worden benadrukt dat het EVRM slechts een ondergrens stelt en dat het EHRM in veel arresten tot uitdrukking heeft gebracht dat Straatsburg slechts een beperkte rol voor zichzelf ziet weggelegd bij het (nader) vormgeven van de (omvang van) de verplichtingen die nationale overheden moeten respecteren om milieuschade te voorkomen (vgl. bijvoorbeeld *Atanasov v. Bulgarije*). Boodschap van het Hof is zijns inziens: de bescherming van het milieu is vooral een nationaalrechtelijk vraagstuk.

Tjepkema acht het voorgaande ook van belang in verband met het verder ‘operationalisieren van het voorzorgsbeginsel’. Betoogd kan worden dat dit primair aan de nationale overheden moet worden overgelaten, die dit beginsel in hun beleid voorop kunnen stellen (zie bijvoorbeeld PKB Waddenzee) en op die wijze de (nationale) rechter een handvat kunnen bieden om aan dit beginsel te toetsen, onafhankelijk van de vraag of Straatsburg (of Brussel) dit voorschrijft.

In het verlengde daarvan werpt Tjepkema de vraag op hoe het voorzorgsbeginsel in de rechterlijke praktijk toepasbaar kan worden gemaakt. In hun bijdrage leggen Brans en Winterink – zijns inziens gelet op de huidige rechtspraak terecht – sterk de nadruk op het feit dat van de overheid meer mag worden verwacht naarmate meer bekend is over de aard en omvang van risico’s. Hieruit zou echter – a contrario – kunnen worden afgeleid dat van het voorzorgsbeginsel als toetsingsmaatstaf in het aansprakelijkheidsrecht (bijvoorbeeld bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW) weinig behoefte te worden verwacht in situaties waarin fundamentele wetenschappelijke onzekerheid bestaat. Tjepkema stelt Brans en Winterink de vraag wat naar hun mening nu precies de toegevoegde waarde is van het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht in situaties waarin er echt wetenschappelijke onzekerheid bestaat. Vloeien de door hen beschreven verplichtingen tot het nemen van maatregelen bij risico’s nu voort uit het voorzorgsbeginsel of zouden deze verplichtingen in beginsel ook gelden zonder dit beginsel en bijvoorbeeld reeds voortvloeien uit het *Kelderluik*-arrest? Indien het laatste het geval zou zijn, is de toegevoegde waarde dan misschien vooral te zoeken in procedurele verplichtin-

gen (het bestuur dient zich op de hoogte te (laten) stellen van wetenschappelijk onderzoek) en voegt het voorzorgsbeginsel in dit verband iets toe aan artikel 3:2 Awb, in die zin dat de rechter nagaat of het bestuursorgaan de stand van de wetenschap bij zijn besluitvorming wel voldoende ‘pessimistisch’ (en dus pro-milieu) heeft geïnterpreteerd?

Gilissen en Schueler concentreren zich in hun bijdrage op de invloed van dreigende overheidsaansprakelijkheid in het watersysteembeheer.

Tjepkema complimenteert hen met de in hun bijdrage opgenomen casestudies; voor zover hem bekend, bestaat weinig praktijkonderzoek naar de effecten van aansprakelijkheid op het gedrag van bestuursorganen.

Hij acht het een interessant gegeven dat uit de casestudies die auteurs bespreken het beeld naar voren komt dat het openbaar gezag zich bij het nemen van maatregelen om risico’s in te dammen niet sterk laat leiden door de dreiging aansprakelijk gesteld te worden. Voorts benadrukt hij dat naar zijn indruk nadeelcompensatie bij veel besluitvorming in het adaptiebeleid de functie heeft van ‘smeerolie’: met behulp van nadeelcompensatie kunnen bestuursorganen beleid realiseren dat zij anders niet gerealiseerd zouden kunnen krijgen. Dit zou in de bijdrage sterker kunnen worden benadrukt.

Tjepkema suggereert een rol voor het voorzorgsbeginsel indien de overheid niet kiest voor ‘normale’ preventieve maatregelen maar voor een (extreem) voorzichtig alternatief. De daardoor voor een burger ontstane schade zal niet snel voorzienbaar zijn; rigoureuze beschermingsmaatregelen waarmee overheden elk risico voor de toekomst voor willen zijn, zullen minder snel ‘in de lijn der verwachtingen’ liggen. In hun bijdrage stellen auteurs dat een uitzondering op de formele rechtskracht zou kunnen worden gemaakt wanneer zich na verloop van tijd ‘relevante nieuwe omstandigheden’ hebben voorgedaan, die nopen tot het ‘herijken’ van de situatie en tot het nemen van nieuwe beschermingsmaatregelen. In elk geval kan de burgerlijke rechter zich dan volgens auteurs een inhoudelijk oordeel vormen over de rechtmatigheid van het latere nalaten. Tjepkema vraagt auteurs deze passage toe te lichten. Wat verstaan zij bijvoorbeeld onder ‘relevante nieuwe omstandigheden’? Moet daarin een soort algemene ‘actualiseringsplicht’ worden gelezen, waarbij overheden zich niet kunnen verschuilen achter de formele rechtskracht van een besluit uit het verleden maar, gelet op nieuw beschikbare informatie, een nieuw besluit hadden moeten nemen?

Tot slot staat Tjepkema stil bij de mogelijkheid nadeelcompensatie af te wentelen en bij de vraag of het nadeelcompensatieleerstuk – dat traditioneel vooral ‘slachtoffergericht’ is – op die wijze te verenigen zou zijn met de preventieve functie van aansprakelijkheidsrecht. Bij wijze van voorbeeld vermeldt hij in dit verband de in Afdeling 8 van de Luchtvaartwet (artikel 38 en verder) voor de overheid voorziene

mogelijkheid luchtvaartmaatschappijen een heffing op te leggen. De hoogte van die heffing varieert afhankelijk van de grootte van de vliegtuigen en de mate van uitstoot en lawaai die deze produceren. De overheid kan op deze wijze de kosten van maatregelen (bijvoorbeeld de wijziging van een bestemmingsplan of de vaststelling van een geluidszone, waardoor omwonenden schade – meestal waardedaling van woningen – kunnen lijden) verhalen. De luchtvaartmaatschappijen zullen deze heffingen verdisconteren in de prijs van vliegtickets waardoor de aantrekkelijkheid van het vervoersmiddel zou kunnen afnemen. Daarvan zal mogelijk een preventieve werking ten opzichte van klimaatschade uitgaan.

Brans onderschrijft de visie van Tjepkema dat de voorzienbaarheid van schade als gevolg van de desbetreffende schade voor overheidsaansprakelijkheid nog steeds voorop staat. Hij leidt dit af uit uitspraken à la *Enschede* en *Wilnis*: kenbaarheid geldt als voorwaarde. Van belang is evenwel dat kennis als bedoeld in het *Wilnis*-arrest nu bij de waterschappen bestaat. Actie kan thans daarom niet meer worden nagelaten met een beroep op het ontbreken van die kenbaarheid. Brans merkt daarbij wel op dat beleidsvrijheid en (beperkte) financiële middelen grenzen stellen aan wat van overheden aan preventieve en schadebeperkende maatregelen mag worden verwacht.

In verband met de toegevoegde waarde van het voorzorgsbeginsel attendeert Brans erop dat het bij klimaatschade, anders dan in het *Kelderluik*-arrest, gaat om generieke onzekerheid. Het voorzorgsbeginsel kan daar een overeenkomstige rol spelen, met name voor de preventieve en/of beschermende maatregelen die van overheden mogen worden verwacht. Diverse factoren zijn te onderscheiden die bepalend zijn voor de vraag wanneer op basis van het voorzorgsbeginsel verwacht mag worden dat dergelijke maatregelen worden genomen en voor de omvang daarvan. Te denken is daarbij met name aan de aard en omvang van de potentiële schadelijke gevolgen van een niet-handelen, de omvang van de (wetenschappelijke) onzekerheid over oorzaak- en effectrelaties en de omvang en kosten van de preventieve en/of beschermende maatregelen die kunnen worden genomen. Interessant is ook dat de overheid niet alleen tekort kan schieten in het nemen van veiligheidsmaatregelen maar ook in het doen van onderzoek als er op basis van wetenschappelijke data twijfel ontstaat over het bestaan van een bepaald risico.

Gilissen begrijpt de vingerwijzing van Tjepkema dat het aan burgers in verband met nadeelcompensatie gestelde voorzienbaarheidsvereiste niet al te zeer mag worden opgerekt.

Hij gaat voorts onder andere in op de hypothese van remmende werking als gevolg van dreigende aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Daarvan blijkt in de voorfase geen sprake. Invloed is er niet of nauwelijks op de vraag óf maatregelen worden genomen, maar wel op de vraag welke maatregelen en wanneer. Het is vol-

gens hem dan ook niet zozeer de verwerping van de hypothese die moet verrassen, het is juist de nuancering daarvan die belang wekt.

Gilissen vraagt zich voorts af of er in verband met het doorberekenen van nadeelcompensatie niet een beginsel zal moeten bestaan dat de profijttrekker betaalt. Hij wijst bij wijze van voorbeeld op de plannen om het peil van het IJsselmeer te verhogen, teneinde onder meer te kunnen voorzien in de zoetwaterbehoefte van tuinders ten tijde van langdurige droogte. Zij hebben daarvan profijt, terwijl anderen daardoor kunnen worden benadeeld. Het is volgens hem niet zonder meer onredelijk de (compensatie)kosten door te berekenen aan de profijttrekker. Nader onderzoek is hier wel op zijn plaats.

Vanuit *de zaal* wordt onderschreven dat hetgeen van overheidswege uit voorzorg plaats vindt, voor de burger niet zonder meer voorzienbaar is. Voorts ontstaat een discussie over de noodzaak om een uitzondering op de formele rechtskracht te maken. Een burger zou immers ook kunnen betogen dat op grond van de actualiseringsplicht een nieuw besluit moet worden genomen. Het niet of niet tijdig reageren op een dergelijk verzoek kan een nieuw appellabel besluit opleveren, waartegen de gebruikelijke rechtswegen openstaan. Via die weg is een nadere uitzondering op de formele rechtskracht wellicht niet noodzakelijk.

5 Causaliteit (bijdrage VII)

Als laatste kwam aan de orde de bijdrage van Robesin over het problematische causaliteitsvraagstuk. Robesin onderscheidt een aantal vormen van causaliteit. Naar haar mening hebben we hier van doen met een vorm van cumulatieve causaliteit.

In aanvulling op de door haar behandelde rechtspraak en literatuur wijst *Giesen* op het arrest *Nefalit v. Karamus* (HR 23 maart 2006, *NJ* 2011, 250). Daarin wordt, aldus *Giesen*, een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid (artikel 7:658 BW). Het betrof een werknemer uit de asbestindustrie, *Karamus*, die getroffen werd door longkanker. Het causaliteitsprobleem dat ontstond, lag hierin dat zijn longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij werkzaamheden, maar tevens door het roken van *Karamus* of door een combinatie van beide.

Giesen ziet in dit arrest ook voor klimaatschade mogelijkheden, temeer als gekeken wordt naar de precieze inhoud van het arrest van de Hoge Raad. Het gaat daarin namelijk om een aansprakelijkheid voor het geheel met aftrek van iemands eigen verantwoordelijkheid. De Hoge Raad immers overwoog dat:

‘(...) de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting

berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’

Vergoeding van de gehele schade staat dus voorop, gevolgd door een vermindering in evenredigheid met het aandeel dat aan de werknemer zelf is toe te rekenen (het roken en natuurlijke oorzaken). Vertaald naar het klimaat biedt Giesen een 100%-aansprakelijkheid voor de overheid die onrechtmatig weigerde de maatregelen tegen klimaatverandering te nemen, onder aftrek van het aandeel van de andere schadeveroorzakende omstandigheden en gebeurtenissen die aan de eisende partij toe te rekenen zijn. Ook al kan dat laatste aandeel heel groot zijn, het vertrekpunt blijft dan dat er in elk geval enige schadevergoeding zal volgen. Op die wijze ziet Giesen mooie perspectieven voor de verdere rechtsontwikkeling ten gunste van het klimaat.

Robesin in haar reactie ziet het mooie van de gedachtegang van Giesen zeker in, maar zet een aantal vraagtekens bij het realiteitsgehalte ervan. Zoals Giesen – blijkens zijn anticipatie op haar reactie – ook zelf heeft ingezien, is klimaatschade door vele ‘daders’ veroorzaakt met allen slechts een heel klein percentage verantwoordelijkheid voor de *global warming* en de daaruit resulterende schade. De Hoge Raad heeft in zijn door Giesen genoemde arrest duidelijk gemaakt dat bij een te laag percentage aansprakelijkheid geheel moet worden afgewezen, wat een struikelblok is waarmee Robesin blijft zitten. In het arrest *Nefalit v. Karamus* ging het om een vordering tot schadevergoeding. Zij houdt ook voor mogelijk dat geen schadevergoeding wordt geëist maar preventieve maatregelen worden gevorderd. Daarbij is van belang dat veroorzakers niet achterover gaan leunen vanuit de gedachte dat zij niet kunnen worden aangesproken, omdat er nog zo veel medeveroorzakers zijn. Een ander verschil met de *Karamus*-casus is dat daarin werkgeversaansprakelijkheid aan de orde was. Het is haars inziens de vraag of de Hoge Raad in geval van een klimaatzaak dezelfde criteria zou hanteren.

Vanuit de zaal wordt de visie van Robesin onderschreven, met verwijzing ook naar het *Kalimijnen*-arrest.

Giesen begrijpt de voorkeur van Robesin voor preventieve actie en doet de suggestie de kosten van maatregelen proportioneel te verdelen en bijdragen in een fonds ‘à la Dexia’ onder te brengen.

Vanuit de zaal wordt aandacht gevraagd voor de normstelling: normale activiteiten dienen van aansprakelijkheid te worden uitgesloten. Alleen bij bovenmatig vervuilen moet aansprakelijkheid aan de orde kunnen komen. Algemeen wordt immers van de diensten van vervuilers, zoals bijvoorbeeld de grote energiebedrijven, gebruikgemaakt.

Daartegenover wordt in het midden gebracht dat leveranciers ook kunnen kiezen voor milieuvriendelijke energie!

Giesen onderschrijft dat uitsluitend aan causaliteitsvraagstukken wordt toegekomen, indien de horde van toerekenbaar onrechtmatig handelen is genomen. Over de problematiek van de maatstaf ter zake gaat in het bijzonder bijdrage II van Krommeijer.

6 Enkele bespiegelingen

Aan auteurs en referenten is dank verschuldigd. Ofschoon het in de bundel dan wel in het debat niet tot eindoordeel is gekomen, bevatten de bijdragen van auteurs veel informatie en heeft het debat mede als gevolg van de vakkundige referenties nieuwe inzichten opgeleverd.

Heel voorzichtig zou ik in deze ‘proeftuin van recht’, zoals de klimaatproblematiek in de literatuur wel is aangeduid, de navolgende bevindingen willen formuleren:

- klimaatverandering betreft een mondiale problematiek die nauwelijks is op te lossen op nationaal niveau. Actie op nationaal niveau, ook in rechte, kan de druk op – nationale en internationale – adequate regelgeving en andere maatregelen echter wel verhogen en daarmee onder omstandigheden tot de effectivering daarvan leiden;
- behoudens op bedoelde regelgeving is eerste actie te richten op de naleving van bestaande normen, op handhaving dus;
- handhaving kan – zoals bekend – plaatsvinden met gebruikmaking van het bestuursrecht, het privaatrecht en het strafrecht. Het laatste laat ik hier buiten beschouwing;
- in het bestuursprocesrecht zullen overheidsbesluiten op overeenstemming met bestaande normen, inclusief het voorzorgsbeginsel, kunnen en moeten worden getoetst. Voorts wordt in het bestuursrecht volgens de rechtspraak nog steeds uitgegaan van een beginselplicht tot handhaving; de overheid kan ook daarop dus zo nodig in rechte worden aangesproken;
- in het privaatrecht kan naleving van bestaande – nationale en internationale – normen in geval van overtreding ervan in beginsel worden afgedwongen door het vragen van een ge- of verbod, eventueel versterkt door een dwangsom. Ook de vordering van een verklaring van recht kan ter zake worden overwogen;
- als het gaat om maatregelen van wetgevende aard ligt het vragen van een verklaring van recht het meest voor de hand. Een ge- of verbod zal hier snel afstuiten op het primaat van de politiek. Ik wijs daarbij wel op gezaghebbend commentaar op rechtspraak die van dat primaat uitgaat en dat erop neerkomt dat een wetgevingsbevel mogelijk zou moeten zijn, indien uit het internationale recht dwingend voortvloeit dat de nationale regelgever bepaalde regelgeving

- tot stand moet brengen. Bij een dergelijke rechtsplicht die op de wetgever rust, zou een zodanig bevel de trias machtenscheiding niet behoeven te verstoren;
- voordeel van de hiervoor bedoelde vorderingen boven een schadevergoedingsactie is dat de discussie over de omvang van schade en de lastige causaliteitsproblematiek wordt vermeden, althans beperkt;
 - om te voorkomen dat ‘naleving’ van toch reeds geldende normen wordt uitgesteld totdat ter zake een veroordeling voorligt, zou een boetesystematiek kunnen worden overwogen. Behoudens daarvoor te vinden maatstaven, kan ook daarbij immers van verdere discussie omtrent de (exacte) omvang van de schade worden geabstraheerd. Steun hiervoor kan worden gevonden in artikel 16 lid 3 Richtlijn 2003/87/EG inzake de broeikasgashandel (zie ter zake ook artikel 18.16 a lid 2 jo. artikel 16.37 lid 1 Wet milieubeheer);
 - van deze boetes zou – het kwam ook in de discussie naar voren – een fonds kunnen worden gevormd voor maatregelen in het belang van het voorkomen van dan wel de adaptatie aan (de gevolgen van) klimaatverandering;
 - als sprake is van een concrete dreiging van (ernstige) schade zonder dat doen of nalaten in strijd met wettelijke plichten (reeds) in het geding is, kan met enige kans van slagen mogelijk een ge- of verbod (bijvoorbeeld tot reductie van emissies of andere maatregelen) worden gevorderd op grond van overtreding van de zorgvuldigheidsnorm (mede bepaald door het voorzorgsbeginsel). Hiervoor is mogelijk steun te vinden in de EU-regelgeving voor industriële emissies die het voorkomen van significante plaatselijke verontreiniging uitzondert van de verboden emissiegrenswaarde voor directe emissies van broeikasgas in vergunningen voor bedrijven die onder het Europese emissiehandelssysteem vallen (vgl. artikel 9 lid 1 IE-Richtlijn (2010/75/EG));
 - bedoelde concrete dreiging van (ernstige) schade is zowel nodig als ondergrens voor de toepassing van het voorzorgsbeginsel als voor het vereiste van volgende belang volgens artikel 3:303 BW (zie HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 217);
 - actie gericht op handelen of nalaten in overeenstemming met wettelijke plichten in combinatie met ex ante acties in geval van concrete dreiging van (ernstige) schade op grond van schending van de zorgvuldigheidsnorm (in de vorm van de vordering van een ge- of verbod versterkt met dwangsommen dan wel een declaratoir) zou een relevante bijdrage aan de klimaatproblematiek kunnen leveren;
 - voor de keuze van acties als in het voorgaande omschreven is tevens van belang, dat:
 - de bewijslast van de dreiging van schade met behulp van het voorzorgsbeginsel onder omstandigheden zal kunnen worden omgekeerd (*Tatar v. Roemenië*);

- dergelijke acties (anders dan vorderingen tot schadevergoeding in geld), althans in Nederland, ook door NGO's kunnen worden ingesteld;
- het laatste voor succesvolle acties ter zake van (dreigende) klimaatschade van groot belang kan zijn, omdat deze schade nogal eens algemeen dan wel collectief van aard zal zijn, zodat individuen voor bedoelde acties niet over een toereikend belang zullen beschikken;
- de concrete inzet van bedoeld arsenaal tevens zal kunnen inspelen op andere – in het debat reeds naar voren gekomen – instrumenten, zoals aanbesteding en MVO, en op termijn mogelijk ook op schadevergoedingsacties.

In deze 'proeftuin van recht' lijkt het aansprakelijkheidsrecht mij dan ook een plaats te verdienen; een (proef)procedure is gelet op het voorgaande niet bij voorbaat uitgesloten.

Lijst van in verband met aansprakelijkheid van overheid en bedrijfsleven relevante literatuur

(2002-2011)

1. Selectie van boekwerken

- Barboza, J., *The environment, risk and liability in international law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2011, 204 p.
- Braams, W., Van Rijn, A. & Scheltema, M., *Klimaat en recht. Is het recht klaar voor klimaatverandering?*, Deventer: Kluwer 2010, 219 p.
- Faure, M. & Peeters M., *Climate change liability*, Cheltenham Edward Elgar 2011, 287 p.
- Faure, M., *Milieuaansprakelijkheid goed geregeld? : een analyse van het geheel aan privaatrechtelijke en publiekrechtelijke milieuaansprakelijkheidsregelingen in het Nederlandse milieurecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 157 p.
- Haritz, M., *An inconvenient deliberation : the precautionary principle's contribution to the uncertainties surrounding climate change liability*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2011, 457 p.
- Hinteregger, M., *Environmental liability and ecological damage in European law*, Cambridge Cambridge University Press 2008, 697 p.
- Reis, T.H., *Compensation for environmental damages under international law: the role of the international judge*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2011, 215 p.
- Verheyen, R., *Climate change damage and international law : prevention duties and state responsibility*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005, 406 p.
- Wiggers-Rust, L.F., *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht, Eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, 254 p.

2. Selectie van tijdschriftbijdragen

2002

- Bauw, E., 'Het lange wachten beloond? Het voorstel voor een richtlijn milieuaansprakelijkheid', *NTER* 2002, p. 186-190.
- Bergkamp, L., 'The Proposed Environmental Liability Directive', *EELR* 2002, p. 294-314.

- Betlem, G., 'Voorstel Richtlijn Milieuaansprakelijkheid: een eerste indruk', *TMA* 2002, p. 29-32.
- Bocken, H., 'Het Working Paper on Prevention and Restoration of Significant Environmental Damage. Het Witboek betreffende milieuaansprakelijkheid terzijde gelegd', *TMR* 2001, p. 350-355.
- Brans, E., 'Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn milieuaansprakelijkheid (COM(2002) 17)', *Men R* 2002, p. 137-145.
- De Smedt, P., 'Aansprakelijkheid voor en herstel van schade door aantasting van het mariene leefmilieu: beroerde baren van de vergramde Neptunus?', *TPR* 2002, p. 1067-1185.
- Dommering-van Rongen, L., 'De Richtlijn productaansprakelijkheid; Geen minimumharmonisatie', *NTER* 2002, p. 212-215.
- Faure, M. & De Smedt, K., 'Harmonisatie van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie: een rechtseconomische analyse', *TMR* 2001, p. 356-365.
- Lierman, S., 'Het "voorzorgsbeginsel" en zijn invloed op gezondheidsbescherming en aansprakelijkheid', *RW* 2001-02, p. 865-881.
- Louage, P., 'Bodemverontreiniging: de aansprakelijkheid van de huurder', *T.Huur* 2001, p. 127-133.
- Van Dunne, J., 'Verjaring van aansprakelijkheid. Recente ontwikkelingen op het gebied van latente schade, zoals bij asbestziekten. Deel I', *TMA* 2002, p. 119-129.
- Van Dunne, J., 'Verjaring van aansprakelijkheid. Recente ontwikkelingen op het gebied van latente schade, zoals asbestziekten. Deel II', *TMA* 2002, p. 143-152.
- Van Dunne, J., 'Mijn en dijn in de ontwerp-Mijnbouwwet. De noodzaak van bewijslastomkering en aansprakelijkheid van de staat bij mijnbouwschade van particulieren als gevolg van bodemdaling en aardbevingen.', *NJB* 2002, p. 560-570.
- Williamson, C., "'But You Said We Could Do It!": Oil Companies' Liability for the Unintended Consequence of MTBE Water Contamination', *ELQ* 2002, Vol. 29, p. 315-345.

2003

- Bazelmans, J., 'Aansprakelijkheid bij handel in emissierechten', *TMA* 2003, p. 100-107.
- Bergkamp, L., 'Doorbraak van aansprakelijkheid', *Men R* 2003, p. 248-254.
- Braams, W., 'Déjà Vu. Het voorzorgsbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren', *TMA* 2003, p. 147-150.
- Brans, E., 'Het akkoord van de EU-lidstaten over het voorstel voor een Richtlijn Milieuaansprakelijkheid', *TMA* 2003, p. 124-128.
- Clarke, C., 'The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision', *RECIEL* 2003, p. 254-268.

- De Clippele, F., 'Olie op de golven. De buitencontractuele aansprakelijkheid inzake olieverontreiniging door tankerschepen', *RW* 2002-03, p. 1321-1340.
- Delvaux, B., 'Shout to the Top: Environmental Liability of Companies and Directors under Belgian and UK Law', *EELR* 2003, p. 273-283.
- Hulst, E., 'Risicoaansprakelijkheid in het verschiets of niet?', *TMA* 2003, p. 95-99.
- Martens, C.-P., 'Environmental Liability of Parent Companies and Subsidiaries under German Law', *EELR* 2003, p. 135-147.
- Nell, M. & Richter, A., 'The design of liability rules for highly risky activities – Is strict liability superior when risk allocation matters?', *IRLE* 2003, p. 31-47.
- Rodgers, C., 'Liability for the Release of GMOs into the Environment: Exploring the Boundaries of Nuisance', *CLJ* 2003, p. 371-402.

2004

- Betlem, G., 'GGO's en aansprakelijkheid in Engeland', *TMA* 2004, p. 203-207.
- Brunnée, J., 'Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection', *ICLQ* 2004, p. 351-367.
- Descamps, H., 'Het gemeenschappelijk standpunt inzake de richtlijn Milieuaansprakelijkheid. The state of the art of een monster uit de pijplijn?', *MER* 2003, p. 162-199.
- Grossman, M., Centner, T. & Hall, P., 'Environmental liability of US farmers for pesticide use, livestock production, and genetically modified crops', *AR* 2004, p. 275-291.
- Hallo, R. & De Lange, F., 'De EU-richtlijn milieuaansprakelijkheid en de rol van milieuorganisaties', *TMA* 2004, p. 119-122.
- Rao, P. S., 'International Liability for Transboundary Harm', *Env Pol* 2004, p. 224-231.
- Roggenkamp, M. & Verwer, C., 'De aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door bodembeweging', *NTER* 2004, p. 213-222.
- Spaepen, A., 'Bodemsaneringsdecreet: aansprakelijkheid van de verhuurder voor risico-activiteiten van de huurder', *T. Huur.* 2004, p. 26-34.
- Tormans, S., 'Internationale milieuaansprakelijkheid en Europa', *MER* 2004, p. 272-287.

2005

- Backes, C., 'Samenhang in het Europees milieurecht? De relatie tussen de Richtlijn milieuaansprakelijkheid, de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Kaderrichtlijn Water', *TMA* 2005, p. 167-170.

- Bastmeijer, C. & De Vries, J., 'Implementatie van de EG milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in Nederland', *TMA* 2005, p. 135-140.
- Bergkamp, L., 'The European Court of Justice's Texaco Ruling and the Environmental Liability Directive', *TMA* 2005, p. 150-155.
- Bergkamp, L., 'The Proposed Waste Framework Directive and Liability for Soil and Groundwater Contamination', *TMA* 2006, p. 89-93.
- Bocken, H., 'Financial Guarantees in the Environmental Liability Directive: Next Time Better', *EELR* 2006, p. 13-32.
- Betlem, G., 'De rol en betekenis van "exploitant-aansprakelijkheid"', *TMA* 2005, p. 171-176.
- Brans, E., 'De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid', *Bouwrecht* 2005, p. 14-28.
- Hulst, E., 'Specifiteitsvereiste zet rem op civiele aansprakelijkheid', *TMA* 2005, p. 83-88.
- Ibrahima, D., 'Recovering Damage to the Environment per se Following an Oil Spill: The Shadows and Lights of the Civil Liability and Fund Conventions of 1992', *RECIEL* 2005, p. 63-72.
- Joyce, O., 'Environmental Liability in Ireland', *EELR* 2005, p. 193-199.
- Krämer, L., 'Directive 2004/35 on environmental liability and environmental principles', *TMA* 2005, p. 131-134.
- Meijer, R., 'De Schutznorm in het gemeenschapsrecht: over de rol van rechten van particulieren bij rechtstreekse werking en aansprakelijkheid', *TMA* 2005, p. 189-194.
- Schueler, B., 'Aansprakelijkheid van de gemeente voor onrechtmatig verleende bouwvergunningen', *Bouwrecht* 2005, p. 177-183.
- Skove, T., 'CERCLA Owner and Operator Liability', *Env Pol* 2005, p. 130-133.
- Van Der Veen, G., 'De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid in verhouding tot de Wet milieubeheer en de Wet bodembescherming', *TMA* 2005, p. 141-149.
- Van Dunné, J., 'Beperking van aansprakelijkheid in contracten: exoneration en verzekering, zoals in geval van "bewuste roekeloosheid"', *TMA* 2005, p. 89-104.

2006

- Barkhuysen, T., & Van Emmerick, M. L., 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006, p. 130-142.
- Crowhurst, G., 'Receivers' Liability for Contamination in the UK', *EELR* 2006, p. 34-36.
- Crowhurst, G., 'The Environmental Liability Directive: A UK Perspective', *EELR* 2006, p. 266-276.
- Ingelson, A., Urzúa, A. & Holden, W., 'Mine Operator Liability for the Spill of an Independent Contractor in Peru', *JENRL* 2006, p. 53-65.

- Jacobs, G., 'De verjaringstermijn voor aansprakelijkheidsvorderingen inzake bodemverontreiniging', (noot bij Rb. Gent 18 juni 2004), *RABG* 2006, p. 441-447.
- Kortmann, J., 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid? Aansprakelijkheid voor longkanker na asbestblootstelling in het licht van HR 31 maart 2006', *RvdW* 2006, 328 (Karamus/Nefalit)', *NJB* 2006, p. 1404-1412.
- Rehbinder, E. & Loperena, D., 'Liability for Genetic Contamination of non-GM Crops', *Env Pol* 2006, p. 265-274.
- Van Dunné, J., 'Recente ontwikkelingen bij verjaring. 'Daadwerkelijke bekendheid' bij de relatieve termijn van art. 3:310 BW en de toepassing bij vorderingen tegen de overheid bij milieu-aansprakelijkheid. De laatste stuip trekkingen van de Wet van 1924?', *TMA* 2006, p. 194-206.

2007

- Brans, E., 'Het wetsvoorstel tot implementatie van de EU richtlijn Milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG)', *M en R* 2007, p. 536-545.
- Chang, H. & Sigman, H., 'The effect of joint and several liability under superfund on brownfields', *IRLE* 2007, p. 363-384.
- De Hek, M., 'Omvang van de bewijslast van de milieuaansprakelijkheid in recente Duitse jurisprudentie inzake de Umwelthaftungsgesetz en het burennrecht', *TMA* 2007, p. 3-7.
- De Smedt, K., 'Environmental Liability in a Federal System: A Law and Economics Analysis', *EELR* 2008, p. 106-117.
- Faure, M. & Nollkaemper, A., 'International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change', *SELJ* 2007, p. 123-179.
- Handl, G., 'International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for 'State Liability'?', *Env Pol* 2007, p. 116-125.
- Lammers, J., 'International Responsibility and Liability for Damage Caused by Environmental Interferences – New Developments', *Env Pol* 2007, p. 103-116.
- Lyster, R., Chiam, L. & Bortoluzzi, D., 'Sustainability and climate change: Liability of corporations', *CSLJ* 2007, p. 427-438.
- Nollkaemper, P.A., 'Internationale aansprakelijkheid voor klimaatverandering', *NJB* 2007, p. 2873-2880.
- Van Der Veen, G., 'Europese strategie voor bodembescherming: aardige aansprakelijkheids- en handhavingsaspecten of vooral doorkruising van nationaal beleid', *TMA* 2007, p. 35-38.
- Van Dijk, C.H., 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde', *NJB* 2007, p. 2861-2871.
- Van Dunné, J., 'De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezien naar aanleiding van

de arresten Duwbak Linda (2004) en Barneveld – Gasunie (2007). Een terugblik op Total (2002) en Akzo (2001) en relativiteit bij bodemvervuiling’, *TMA* 2007, p. 123-143.

2008

De Smedt, K., ‘Is harmonisatie altijd effectief? Het verhaal van de Richtlijn Milieu-aansprakelijkheid’, *M en R* 2008, p. 544-556.

Franken, S., ‘Voorzorg: beginsel in het aansprakelijkheidsrecht?’, *NJB* 2008, p. 2056-2060.

Ganten, R., ‘Developments in Oil Pollution Liability’, *Env Pol* 2008, p. 312-315.

Hewitt, T., ‘Who is to Blame? Allocating Liability in Upstream Project Contracts’, *JENRL* 2008, p. 177-206.

Van Liempt, F., ‘Overheidsaansprakelijkheid voor onwettige vergunningen en voordeelstoerekening’, (noot bij Rb. Gent 7 april 2006), *TROS* 2007, p. 269-279.

Vanheusden, B., ‘De saneringsplicht en –aansprakelijkheid in het nieuwe bodem-decreet en recente ontwikkelingen in de rechtspraak’, *CDPK* 2008, p. 497-518.

2009

Hulst, E., ‘Grondrechten en civiele aansprakelijkheid, van Zutphen tot Europa’, *TMA* 2009, p. 4-14.

Feess, E., Muelheusser, G., Wohlschlegel, A., ‘Environmental Liability under certain causation’, *EJLE* 2009, p. 133-148.

Kilinski, J., ‘International Climate Change Liability : a Myth or a Reality?’, *JTLP* 2009, p. 377-417.

Van Dunné, J., ‘De Franse Kalimijnen revisited: aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De Rechtbank Rotterdam zet de klok terug bij grensoverschrijdende watervervuiling (Deel I)’, *TMA* 2009, p. 15-23.

2010

Bruggeman, V., ‘De schadeloosstelling van slachtoffers van natuurrampen. België als wenkend voorbeeld?’, *MER* 2010/4, p. 223-234.

Enneking, L., ‘Aansprakelijkheid via “foreign direct liability claims”. Den Haag is weer even de Legal Capital of the World’, *NJB* 2010, p. 400-406.

Van Dunné, J., ‘De Franse Kalimijnen revisited: aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De Rechtbank Rotterdam zet de klok terug bij grensoverschrijdende watervervuiling (Deel II)’, *TMA* 2009, p. 143-151.

2011

- Bergsten, M., 'Environmental Liability regarding Carbon Capture and Storage (CCS) Operations in the EU', *EELR* 2011, p. 108-116.
- Desmedt, K., 'Naar een beter zicht op de milieuaansprakelijkheidswetgeving in Nederland?', *TGMA* 2011, p. 3-11.
- Glazier, D.M., 'A Game of Old Maid: The Ninth-Circuit establishes when the Owner-Operator is determined for CERCLA-liability in California vs. Hearthside Residential Corp.', *BYULR* 2011, p. 117-131.
- Noussia, K., 'The BP Oil Spill Environmental Pollution Liability and other Legal Ramifications', *EELR* 2011, p. 98-108.
- Phelan, L., Taplin, R., Hendersonsellers, A. & Albrecht, G., 'Ecological Viability or Liability? Insurance System Responses to Climate Risk', *Eur Env* 2011, p. 112-131.

Deelnemerslijst

Dhr. prof. mr. T. Barkhuysen	Universiteit Leiden
Dhr. mr. drs. L.M.M. Bos	Hannover Risk Consultants BV
Dhr. ir. M.W.L. Bovy	Bovy Sustainability Guidance
Dhr. mr. W.Th. Braams	Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn N.V.
Dhr. mr. E.H.P. Brans	Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn N.V.
Mw. mr. W.M. Broadbelt	Ministerie van Infrastructuur en Milieu
Dhr. mr. J.W.O. Croockewit	Croockewit Advocatuur
Dhr. mr. H. Descamps	DGM, Europese Commissie
Mw. mr. D.H. Dongelmans	Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn N.V.
Dhr. W. Duyvendak	Zzp'er
Dhr. prof. dr. M.G. Faure LL.M	Universiteit Maastricht, Instituut METRO
Dhr. mr. E.A. Fontijn	P&O SG
Dhr. prof. mr. I. Giesen	Universiteit Utrecht
Dhr. mr. H.K. Gilissen	C. v. Omgevingsrecht en -Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht
Mw. mr. C.M. van Hoorn	Rijkswaterstaat
Mw. mr. M.C. van Houtert	Ministerie van Infrastructuur en Milieu
Dhr. mr. M.W. Huijbers	Van Breevoort & Ter Meulen Advocaten
Mw. mr. A.H. Jonkhoff	Verkerke & Vos Advocaten
Dhr. J.P. Juffermans	Voor Mondiale Duurzaamheid
Dhr. mr. H.H.L. Krans	Bestuursdienst Gemeente Amsterdam
Mw. mr. drs. E. Kronemeijer	DAS-Rechtsbijstand
Mw. T. van Laer	LDR-Milieuadvocaten
Mw. mr. K. Mertens LL.M	Universiteit Hasselt
Mw. mr. J.J.H. Mineur	Milieudefensie
Dhr. prof. mr. P.A. Nollkaemper	Universiteit van Amsterdam
Dhr. mr. C.A. Okkerse	Ministerie EL&I
Mw. C. Pasteuning	Boekel De Nerée N.V.
Mw. prof. mr. M. Peeters	Universiteit Maastricht, Metro
Dhr. mr. T.J.A. Rammelt	Stichting de Noordzee
Dhr. mr. G.P. Ramselaar	Houtzager Strijker advocaten
Dhr. mr. J.M.J. van Rijn van Alkemade	Afd. Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden
Mw. prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk	C. v. Omgevingsrecht en -Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht
Mw. mr. M.A. Robesin	Stichting Natuur en Milieu

Dhr. mr. J.R.A. Röschlau	Advocatenkantoor Roschlau
Dhr. mr. A. van Rossem	Nauta Dutilh N.V.
Dhr. mr. drs. J. Rutteman	HABITAT, advocatenkantoor voor omgevingsrecht
Dhr. prof. mr. B.J. Schueler	Universiteit Utrecht
Mw. mr. drs. G.C. Sicking	Shell International B.V.
Mw. mr. H.A.H. Stam	Boekel De Nerée N.V.
Mw. mr. N. Teesing	Vereniging voor Milieurecht
Dhr. mr. dr. M.K.G. Tjepkema	Universiteit Leiden
Mw. mr. K. Ulmer	Agentschap NL, afd. Juridische Zaken
Mw. prof. mr. R. Uylenburg	C. voor Milieurecht/ACELS, Universiteit van Amsterdam
Dhr. J.W. ter Veen	student
Mw. mr. dr. A.M.E. Veldkamp	DHV juristen
Dhr. mr. J.I. van de Venis	JustLaw, Corporate Law and Human Rights
Mw. mr. I.J. Verbaan	Yacht
Dhr. J.P. van de Water	Nederlandse Aardolie Maatschappij BV
Mw. mr. B.S. Webster	Van Doorne NV
Mw. M.H. Weijer	IMSA Amsterdam
Mw. mr. L.F. Wiggers-Rust	Gerechtshof Arnhem
Mw. mr. K. Winterink	Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
Mw. mr. drs. M. Woestenenk	
Mw. mr. W. Zwier	AKD

Uitgaven van de Vereniging voor Milieurecht

- De herziene Hinderwet (1982)
- De aansprakelijkheid voor milieuschade (1983)
- De evaluatie van de Wet algemene bepalingen Milieuhygiëne (1983)
- Deregulering, toegespitst op de basisvergunning en de integrale vergunning (1983)
- Bodembescherming in het landelijk gebied (1984-1)
- Het EEG-milieurecht (1984-2)
- De Wet chemische afvalstoffen (1984-3)
- Rechtsbescherming in de milieuwetgeving (1985-1)
- Grensoverschrijdende rechtsbescherming (1985-2)
- WABM Algemene regels en vergunningenstelsel voor inrichtingen (1985-3)
- Wet geluidhinder (1986-1)
- De Wet bodembescherming (1986-2)
- Waterbeheer en milieubeheer (1986-3)
- Afvalstoffenwet (1987-1)
- Voorontwerp Hoofdstukken Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1987-2)
- Strafrechtelijke handhaving van milieurecht (1987-3)
- Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade (1987-4)
- AMvB's op grond van artikel 2a van de Hinderwet (1988-1)
- De uitvoering van EG-milieurichtlijnen, toegespitst op milieugevaarlijke stoffen (1988-2)
- Grondwaterbeheer (1988-3)
- De Natuurbeschermingswet (1988-4)
- Kostenverhaal bij (water)bodemsanering (1989-1)
- Juridische en bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan (1989-2)
- Grensoverschrijdende milieuwetgeving Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten (1989-3)
- Afvalstoffenbeleid (1990-1)
- Vrijwillige of willekeurige sanering van (bedrijfs)terreinen? (1990-2)
- Milieubescherming: privaatrecht of publiekrecht?, waarin opgenomen selectie milieujurisprudentie 1987-1990 (1990-3)
- Het juridische en financiële instrumentarium van het NMP-plus (1990-4)
- Artikel 21 Interimwet bodemsanering (1990-5)
- Bedrijfsinterne milieuzorg (1991-1)
- Het Plan van aanpak Schiphol (1991-2)

- Risico-aansprakelijkheid voor milieuschade (1991-3)
- Rechtsbescherming in het milieurecht (1991-4)
- Gebiedsgericht milieubeleid (1992-1)
- Bestrijdingsmiddelenwet (1992-2)
- De rol van het recht bij een duurzame ontwikkeling (1992-3)
- Inbouw hoofdstuk bodemsanering in de Wet bodembescherming (1992-4)
- Het milieustrafrecht nader beschouwd (1993-1)
- Gedoogrecht(spraak) (1993-2)
- Flora- en Faunawet (1993-3)
- Waste Prevention (1993-4)
- Openbaarheid van milieurelevante bedrijfsgegevens (1993-5)
- De Algemene wet bestuursrecht in haar betekenis voor het milieurecht (1994-1)
- Naar een nieuwe Natuurbeschermingswet (1994-2)
- De terugtrekkende overheid (1994-3)
- Ecotax en andere financiële instrumenten in het milieurecht (1994-4)
- Produktgericht milieurecht (1995-1)
- Deregulering (1995-2)
- Strafrechtelijke aanpak van grensoverschrijdende milieucriminaliteit, cap. Selecta (1995-3)
- Bodemsanering (1995-4)
- Europese milieurechtspraak (1996-1)
- Europese milieurechtspraak, verslag ledenvergadering (1996-2)
- Stad en Milieu (1996-3)
- Afstemmingsregelingen in de Wet milieubeheer (1996-4)
- Landbouw en milieu (1996-5)
- Afval: provinciaal, landelijk of Europees probleem? (1997-1)
- Gemeentelijk milieubeleid (1997-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1996 (1997-3)
- Bedrijfsinterne milieuzorg en vergunningverlening ‘is het gras groener bij de burens?’ (1997-4)
- Internationaal milieurecht in Nederland: De consequenties van het internationale milieurecht voor de nationale rechtspraak (1998-1)
- Water: ontwikkelingen in (inter)nationale regelgeving en beleid (1998-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1997 (1998-3)
- (Nb. 1998-4 is niet verschenen).
- Functiegerichte bodemsanering (1998-5)
- Jurisprudentie milieurecht 1998 (1999-1)
- Artikel 95 EG-Verdrag: De (on)mogelijkheden voor lidstaten om af te wijken van geharmoniseerd EG-beleid (2000-1)
- Bouwstoffenbesluit (2000-2)

- Interregionale handhavingssamenwerking (2000-3)
- Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn (2000-4)
- Meldingenstelsel Wet milieubeheer (2000-5)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland (2001-1)
- Landbouw en milieu (2001-2)
- Bestrijdingsmiddelen (2001-3)
- Duurzaam ondernemen en regelgeving (2001-4)
- De positie van derden-belanghebbenden bij nieuwe instrumenten in het milieurecht (2001-5)
- Omgaan met risico's in het milieu- en ruimtelijke ordeningsrecht (2001-6)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht (verslag studiemiddag) (2001-7)
- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (2002-1) Preadviezen
- Lokale milieuhinder (2002-2)
- Milieu en de fundamentele herziening van de WRO (2002-3)
- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (verslag studiemiddag) (2002-4)
- Over de grenzen van het milieurecht (2003-1)
- Milieuaansprakelijkheid (2003-2)
- Handhaving van milieurecht vanuit Europees perspectief (2003-3)
- Flora- en faunawet (2004-1)
- Emissiehandel (2004-2)
- De toekomst van de m.e.r. (2004-3)
- Ruimtelijke inrichting en handhaving op de Noordzee (2004-4)
- Herijking milieuregelgeving (2005-1)
- IPPC: in wetgeving en praktijk (2005-2)
- Regeling inzake luchtkwaliteit; Nederland op slot? (2006-1)
- Waarborgen in het milieurecht; actuele ontwikkelingen in besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming (2006-2)
- Externe veiligheid (2006-3)
- Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005 (2006-4)
- De omgevingsvergunning; de toepassing in de praktijk (2006-5)
- Modernisering algemene regels Wet milieubeheer (2006-6)
- Milieu en Luchtvaart (2007-1)
- De nieuwe Waterwet (2007-2)
- Agrarisch milieurecht (2007-3)
- Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken (2007-4)
- Aan de grenzen van de milieuvergunning (2007-5)
- Klimaatverandering en de rol van het milieurecht (2007-6)

- Ontwikkelingen in het Europees milieustrafrecht (2008-1)
- Interbestuurlijk toezicht in het omgevingsrecht (2008-2)
- Wie beschermt het natuurbeschermingsrecht? (2008-3)
- De nieuwe Wet ruimtelijke ordening en de bescherming van natuur en milieu (2008-4)
- Juridische aspecten van klimaatverandering (2009-1)
- Europees milieurecht in de Lage Landen (2009-2)
- Bij twijfel (niet) doen (2009-3)
- Crisis- en herstelwet: duurzame versnelling (2009-4)
- Wabo: antwoorden op praktijkvragen (2010-1)
- Natuur(lijk) met recht beschermd (2010-2)
- Het dilemma van de Noordzee: intensief gebruik én het grootste natuurgebied van Nederland (2011-1)
- Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? (2012-1)

Uitgaven vanaf 2003-1 kunnen worden besteld bij Boom distributiecentrum, tel. 0522-23 75 55, fax. 0522-25 38 64, e-mail budh@boomdistributiecentrum.nl. Van de uitgaven daarvoor zijn enkele nog voorradig bij de VMR.

Over de Vereniging voor Milieurecht

De Vereniging voor Milieurecht (VMR) heeft zich sinds de oprichting in 1982 ontwikkeld tot een onafhankelijk kennisnetwerk voor milieu- en natuurbeschermingsrecht. In het netwerk bundelen professionals hun kennis en ervaring over de juridische aspecten van de bescherming van het milieu en de bevordering van het natuur- en landschapsbehoud. Die informatie wordt toegankelijk gemaakt via studie- en discussiemiddagen, lezingen van deskundigen en bijeenkomsten van werkgroepen. De VMR publiceert regelmatig verslagen van de bijeenkomsten. Via de online kennisdatabank vindt u zowel verwijzingen naar recente literatuur en documenten, als recente jurisprudentie.

Onder de ongeveer 800 leden van de VMR bevinden zich wetenschappers en vertegenwoordigers van natuur- en milieuorganisaties, maar ook advocaten, adviseurs en ambtenaren.

Met een lidmaatschap krijgt u veel voordelen. U krijgt gratis toegang tot studiemiddagen over actuele onderwerpen uit het milieu- en natuurbeschermingsrecht. U krijgt korting op de toegang tot de jaarlijkse VMR Actualiteitendag, waarbij u in één dag op de hoogte wordt gebracht van de belangrijkste actuele ontwikkelingen in het milieurecht. U kunt deelnemen aan werkgroepen. Daarnaast krijgt u toegang tot de online kennisdatabank met een grote verzameling milieurechtelijke uitspraken en verwijzingen naar de voor het milieurecht relevante literatuur en documenten. Deze databank wordt door de leden zelf gevuld, u kunt informatie bekijken en toevoegen, waardoor specialistische kennis voor alle leden toegankelijk wordt. Leden ontvangen de publicaties die worden uitgebracht naar aanleiding van studiemiddagen of werkgroepactiviteiten. Leden maken deel uit van het ledennetwerk. Eveneens ontvangen de leden korting op een aantal vaktijdschriften, zoals het *Tijdschrift voor Milieu en Recht* en het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*.

Nadere informatie over de VMR is te krijgen op het verenigingsbureau: Drieharingstraat 25, 3511 BH Utrecht, tel. 030-231 22 21, e-mail info@milieurecht.nl of via de website www.milieurecht.nl.