Sanne Akerboom
Chris Backes
Lianne Barnhoorn
Tim Bleeker
Marlon Boeve
Edward Brans
Berthy van den Broek
Willemijn van Doorn-Hoekveld
Harm Dotinga
Herman Kasper Gilissen
Frank Groothuijse
Sander van Hees
Rieneke Jager
Jacco Karens
Jasper van Kempen
Valérie van 't Lam
Ton Lavrijsen
Annalies Outhuijse
Marjan Peeters
Mathijs Peters
Marleen van Rijswick
Martijn Scheltema
Ben Schueler
Aart Jan van der Ven
Raf Vermolen
Detlef van Vuuren
Stefan Weishaar
Katrien Winterink

2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland

Vereniging voor Milieurecht

Redactie:
Chris Backes
Edward Brans
Herman Kasper Gilissen

Eindredactie:
N. Teesing

2020-1

Boomjuridisch

Is het huidige Nederlandse juridische instrumentarium afdoende om de ambitieuze klimaatdoelstellingen voor 2030 te verwezenlijken? Of bestaat er behoefte aan een andere interpretatie en toepassing van bestaande instrumenten, aan de doorontwikkeling van het bestaande recht of aan geheel nieuwe juridische instrumenten?

Deze bundel bestaat uit vier delen. In 21 bijdragen wordt u meegenomen langs diverse juridische vragen. Het eerste deel bevat een algemene analyse van de aard en omvang van de taakstelling waarvoor Nederland staat. Het centrale thema van het tweede deel is aansprakelijkheid in verband met klimaatverandering. In het derde deel wordt ingegaan op de energietransitie en in het vierde deel op klimaatadaptatie.

Dit boek is geschikt voor een ieder die geïnteresseerd is in de juridische aspecten van de mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland.

VERENIGING VOOR MILIEURECHT

ISBN 978-94-6290-852-9

9 789462 908529 >

Boomjuridisch

2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland

Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht

2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland

Redactie:
Chris Backes
Edward Brans
Herman Kasper Gilissen

Auteurs:
Sanne Akerboom, Jasper van Kempen, Chris Backes, Valérie van ’t Lam, Lianne Barnhoorn, Ton Lavrijsen, Tim Bleeker, Annalies Outhuijse, Marlon Boeve, Marjan Peeters, Edward Brans, Mathijs Peters, Berthy van den Broek, Marleen van Rijswick, Willemijn van Doorn-Hoekveld, Martijn Scheltema, Harm Dotinga, Ben Schueler, Herman Kasper Gilissen, Aart Jan van der Ven, Frank Groothuijse, Raf Vermolen, Sander van Hees, Detlef van Vuuren, Rieneke Jager, Stefan Weishaar, Jacco Karens, Katrien Winterink

Eindredactie:
N. Teesing

VMR 2020-1

Boom juridisch
Den Haag
2020

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2020 Vereniging voor Milieurecht | Boom juridisch

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 verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

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 978-94-6290-852-9
ISBN 978-90-5931-879-3 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

Afkortingen **9**

1 Inleiding **13**

DEEL I Aard en omvang van de taakstelling voor Nederland **25**

2 Wat betekent het Parijs Akkoord voor klimaatbeleid in Nederland? **27**
Detlef van Vuuren

3 Klimaatbeleid in Europa en Nederland: een overzicht van doelen en voortgang **45**
Sanne Akerboom en Chris Backes

DEEL II Klimaatverandering en aansprakelijkheid **59**

4 Wat betekent het *Urgenda*-arrest voor de bestuursrechter? **61**
Ben Schueler

5 Aansprakelijkheid van particuliere ondernemingen voor schade door klimaatverandering. Wat zijn de trends en welke ontwikkelingen doen zich naar verwachting voor? **79**
Edward Brans en Katrien Winterink

6 OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie? **97**
Martijn Scheltema

7 Nieuwe normen voor moderne risico's **115**
Tim Bleeker

DEEL III Transitie **133**

8 Het recht en energietransitie in de industrie **135**
Valérie van 't Lam

9 Energietransitie op en in het water: juridische belemmeringen en kansen **153**
Jasper van Kempen en Sander van Hees

10 Crisis- en herstelwet: een proeftuin voor de energietransitie **171**
Aart Jan van der Ven en Raf Vermolen

11 Juridische borging van de energiedoelstellingen voor hernieuwbare energie met de Omgevingswet? 187
Marlon Boeve, Frank Groothuijse, Sander van Hees

12 De kansen van flexibiliteit in de Omgevingswet voor de duurzame ontwikkeling 211
Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager

13 De toekomstbestendigheid van duurzaamheidsvoorschriften in het Besluit bouwwerken leefomgeving 227
Jacco Karens

14 Natuurinclusieve energietransitie: een potentiële oplossing voor de klimaatcrisis én de biodiversiteitscrisis? 245
Harm Dotinga

15 De nationale en Europese klimaatplan- en monitorings-mechanismen 267
Sanne Akerboom en Mathijs Peters

16 De betekenis van het EU-klimaatrecht voor Nederland: verplichte emissiereducties in 2030 als stap op weg naar een klimaatneutrale Unie in 2050 275
Marjan Peeters

17 Are the legal regimes concerning climate taxation and other pricing mechanisms fit for realizing the 2030 emission reduction aims? 299
Stefan Weishaar

DEEL IV Adaptatie 315

18 Participeren moet je leren 317
Sanne Akerboom en Marleen van Rijswick

19 Ruimte voor klimaatadaptatie. Het spanningsveld tussen gebiedsontwikkeling en toekomstbestendig overstromingsrisicobeheer 345
Berthy van den Broek en Frank Groothuijse

20 Het Nederlandse overstromingsrisicobeheer van de toekomst: méér (dan) dijken bouwen? 365
Herman Kasper Gilissen, Willemijn van Doorn-Hoekveld en Ton Lavrijsen

21 Naar een optimale beheersing van waterschaarsterisico's in 2030 – Meer aandacht voor zelfvoorzienendheid en de verkleining of verandering van de waterbehoefte **385**
Herman Kasper Gilissen en Annalies Outhuijse

Lijst van VMR-publicaties **405**

Over de Vereniging voor Milieurecht **409**

Afkortingen

AA	Ars Aequi, juridisch studentenblad
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
Abm	Activiteitenbesluit milieubeheer
A-G	advocaat-generaal
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	burgemeester en wethouders
Bal	Besluit activiteiten leefomgeving
Barro	Besluit algemene regels ruimtelijke ordening
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bbl	Besluit bouwwerken leefomgeving
BBT	Beste Beschikbare Technieken
BENG	Bijna energie-neutrale gebouwen
Bkmw	Besluit kwaliteitseisen en monitoring water
Bor	Besluit omgevingsrecht
BREF	BBT-Referentiedocumenten
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CBA	Commonwealth Bank of Australia
CCA	Climate Change Act
Chw	Crisis- en herstelwet
CJEL	Columbia Journal of Environmental Law
CO_2	koolstofdioxide
CPB	Centraal Planbureau
ECN	Energieonderzoek Centrum Nederland
EEA	European Environment Agency
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EMA	Europees Milieu Agentschap
EPC	energieprestatiecoëfficient
ETD	Energy Tax Directive
ETS	Emissions Trading System
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EZK	Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
GLB	Gemeenschappelijk Landbouwbeleid
GS	Gedeputeerde Staten
GVB	Gemeenschappelijk Visserijbeleid
I en W	ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
IBA	Important Bird Areas
IMVO	Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen
INEK	Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change

IPO	Interprovinciaal overleg
IPPC	Integrated Pollution, Prevention and Control
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
KEC	Kader Ecologie en Cumulatie
KEV	Klimaat- en Energieverkenning
KRW	Kaderrichtlijn Water
LULUCF	Land use, land use change and forestry
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MBA	milieubelastende activiteit
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MJA	Meerjarenafspraak energie-efficiëntie
MPG	Milieuprestatie gebouwen
MSR	Market Stability Reserve
NBR	Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht
NCP	Nationaal Contactpunt
NDC	Nationally Determined Contributions
NEA	Nederlandse Emissieautoriteit
NEV	Nationale Energieverkenning
NGFS	Network Greening Financial System
NGO	non-gouvernementele organisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NNN	Natuurnetwerk Nederland
NOVI	Nationale Omgevingsvisie
NSL	Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NWP	Nationaal Waterplan
NZHC	New Zealand High Court
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OJ	Official Journal of the EU
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Ow	Omgevingswet
PAS	Programma Aanpak Stikstof
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PBL	Planbureau voor de Leefomgeving
PFAS	poly- en perfluoralkylstoffen
PJ	petajoules
PKB	planologische kernbeslissing
PRI	UN Principles for Responsible Investment
PS	Provinciale Staten
RCP	Representative Concentration Pathways
RECIEL	Review of European, Comparative & International Environmental Law
RES	Regionale Energie Strategie

RIE	Richtlijn Industriële Emissies
Ror	Richtlijn overstromingsrisico's
RvdW	Rechtspraak van de Week
SEW	Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht
S&S	Schip & Schade
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TEL	Transnational Environmental Law
TEO	Thermische Energie uit Oppervlaktewater
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
TOO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid
TWh	terawattuur
UK	United Kingdom
UNEP	United Nations Environment Programme
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
VGR	Vastgoedrecht
VUE	versterkte uitvoering energiebesparing
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wm	Wet milieubeheer
Wnb	Wet natuurbescherming
Wonw	Woningwet
Wozep	Wind op zee ecologisch programma
Wro	Wet ruimtelijke ordening
Wtb	Waterbesluit
Wtr	Waterregeling
Wtw	Waterwet

1 Inleiding

Nederland staat voor een enorme uitdaging. Het streven is om de Nederlandse emissie aan broeikasgassen over tien jaar met 49% te hebben verminderd ten opzichte van 1990. Uitgaande van voorlopige cijfers was de uitstoot in 2019 18% lager dan in 1990.[1] De inschattingen voor 2020 komen uit op een emissiereductie van 20-21% (als middenwaarde).[2] Indien de effecten van de coronacrisis worden meegenomen zou Nederland in 2020 uit kunnen komen op 27 tot 29% reductie ten opzichte van 1990, waarbij moet worden opgemerkt dat niet zeker is dat de gevolgen van de coronacrisis op de omvang van de Nederlandse broeikasgasemissies blijvend zijn.[3]
Dit boek gaat vanuit verschillende perspectieven in op deze uitdaging. De centrale vraag daarbij is welke rol het recht speelt of kan spelen bij enerzijds het realiseren en mogelijk afdwingen van de energietransitie, en anderzijds de maatregelen die worden of kunnen worden genomen om de negatieve effecten van klimaatverandering te ondervangen of daarmee om te gaan. Is het Nederlandse juridische instrumentarium geschikt en voldoende geëquipeerd om de ambitieuze doelstellingen voor 2030 te kunnen verwezenlijken? Of bestaat er behoefte aan een andere interpretatie en toepassing van bestaande instrumenten, aan de doorontwikkeling van het bestaande recht of aan geheel nieuwe juridische instrumenten? Met andere woorden: is de juridische gereedschapskist toegerust voor de talrijke klussen die op veel verschillende werkplaatsen moeten worden uitgevoerd om de Nederlandse emissies te reduceren en Nederland klimaatbestendig te maken? In dat kader merken wij op dat ook als Nederland – en de Europese Unie – de emissiereductiedoelstellingen voor 2030 en 2050 weten te realiseren, het lang niet zeker is dat hiermee de negatieve effecten van klimaatverandering kunnen worden voorkomen. Het aandeel van Nederland en dat van de Europese Unie in de mondiale emissie van broeikasgassen is daarvoor te klein.[4] De gevolgen van klimaatverandering kunnen echter zeer ingrijpend zijn en nemen toe in intensiteit – denk aan langdurigere periodes van droogte, maar ook aan

1 Compendium voor de Leefomgeving, *Emissies broeikasgassen*, 1990-2019, 12 mei 2020, www.clo.nl/indicatoren/nl0165-broeikasgasemissies-in-nederland?ond=20883.

2 PBL, *Notitie – Recente marktontwikkelingen verhogen raming broeikasgasemissies 2020*, 17 december 2019, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/12/17/recente-marktontwikkelingen-verhogen-raming-broeikasgasemissies-2020.

3 PBL, *De invloed van de coronacrisis op de Nederlandse broeikasgasemissies in 2020,* 24 april 2020, p. 4, www.pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2020-de-invloed-van-de-coronacrisis-op-nederlandse-broeikasgasemissies_4173.pdf.

4 De EU nam in 2018 9% van de wereldwijde emissie van broeikasgassen voor haar rekening en Nederland in 2018 0,46%. Zie resp. PBL, *Trends in global CO_2 and total greenhouse gas emissions: 2019*, Report, mei 2020, p. 38, www.pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2020-trends-in-global-co2-and-total-greenhouse-gas-emissions-2019-report_4068.pdf en www.worldometers.info/co2-emissions/netherlands-co2-emissions/#:~:text=CO2%20emissions%20per%20capita%20in,in%20CO2%20emissions%20per%20capita.

toenemende wateroverlast en hittestress. Aangezien deze gevolgen reeds merkbaar en (gedeeltelijk) onafwendbaar zijn, is ook klimaatadaptatie een noodzakelijkheid.

2 Klimaatverandering en aansprakelijkheid, energietransitie en klimaatadaptatie

Dit boek bestaat uit vier delen. De eerste twee bijdragen – van Van Vuuren en Akerboom/Backes – analyseren de aard en omvang van de taakstelling waarvoor Nederland staat. Dit eerste deel vormt daarmee een algemene grondslag en het vertrekpunt voor alles wat volgt. Het centrale thema van het tweede deel is aansprakelijkheid in verband met klimaatverandering. In het derde deel wordt ingegaan op de energietransitie en in het vierde deel op klimaatadaptatie. In onze ogen zijn aansprakelijkheid, mitigatie en adaptatie de drie kernthema's van een onderzoek naar het recht en klimaatverandering. De 21 bijdragen in het boek tonen aan hoe divers de rechtsvragen zijn die binnen deze drie thema's spelen. Het boek bevat slechts een kleine selectie van de, zich in snel tempo ontwikkelende, juridische vragen en aspecten. Het is geenszins volledig en streeft ook geen volledigheid na, maar is wel illustratief voor wat juridisch aan de orde is bij klimaataansprakelijkheid, energietransitie, mitigatie en adaptatie.

3 Klimaatdoelstellingen

In het eerste hoofdstuk van het eerste deel van dit boek gaat Detlef van Vuuren in op de doelstelling van het Akkoord van Parijs en de vraag of het klimaatbeleid van Nederland consistent is met die doelstelling. Zoals bekend is de doelstelling van het Akkoord van Parijs de mondiale temperatuurstijging te beperken tot ruim onder de 2º C en bij voorkeur tot 1,5º C. Van Vuuren gaat aan de hand van drie scenario's na of het klimaatbeleid van Nederland voor 2030 en 2050 in overeenstemming is met de doelstellingen van Parijs. Daarbij wordt ook rekening gehouden met technieken die negatieve emissies opleveren, zoals Carbon Capture and Storage (CCS). Niet alleen concludeert Van Vuuren dat de komende tien jaar voor Nederland en de wereldgemeenschap cruciaal zijn om de temperatuurstijging te beperken tot de doelstellingen uit het Akkoord van Parijs, maar ook dat Nederland het klimaatbeleid moet aanscherpen wil in overeenstemming met de Parijse doelen worden gehandeld.
In het tweede hoofdstuk van dit eerste deel, geschreven door Sanne Akerboom en Chris Backes, wordt een overzicht gegeven van de klimaatdoelstellingen van de EU en Nederland voor 2020, 2030 en 2050 en wordt vervolgens nagegaan of de gestelde doelen voor 2020 worden gehaald. In het hoofdstuk wordt niet alleen ingegaan op emissiereductiedoelstellingen, maar ook op de doelstellingen die gelden voor het aandeel hernieuwbare energie en energie-efficiëntie. Verder wordt ook kort ingegaan op de mogelijke gevolgen van de EU Green Deal die onlangs tot stand is gekomen en die moet gaan resulteren in een EU-Klimaatwet. Het is goed mogelijk dat op basis hiervan de Nederlandse emissiereductiedoelstelling voor 2030 zal worden aangescherpt.

4 Klimaatverandering en aansprakelijkheid

In het tweede deel gaan vier bijdragen vanuit verschillende perspectieven in op de (on)mogelijkheid juridische instrumenten in te zetten om aan te sturen op emissiereductie. De centrale vraag luidt dus: wie kan hoe aansprakelijk worden gehouden om emissiereductie af te dwingen of om te stimuleren dat mitigatiemaatregelen worden genomen? Zo gaat Ben Schueler in zijn bijdrage (hoofdstuk 4) in op de Urgenda-uitspraak en vraagt zich af of de bestuursrechter in een situatie kan worden gebracht waarbij deze rechtstreeks moet oordelen over Nederlandse emissiereductiedoelstellingen en de doelstellingen van Nederlands klimaatbeleid, zoals is gedaan door de burgerlijke rechter in de *Urgenda*-zaak. Schueler betrekt in zijn analyse de Klimaatwet en de daarin opgenomen reductiedoelstellingen, maar concludeert dat, nu de Klimaatwet geen grondslag biedt voor het nemen van voor beroep vatbare besluiten, het moeilijk is om van de bestuursrechter een uitspraak te krijgen over de vraag of Nederlands reductiebeleid wel voldoende ambitieus is. De enige mogelijkheid die Schueler ziet, is indien de bestuursrechter een besluit voorgelegd krijgt dat een negatieve invloed heeft op een gesteld en bijna gerealiseerd reductiedoel of ingeval de bestuursrechter door middel van exceptieve toetsing moet beoordelen of een wettelijk voorschrift in strijd is met de uit de artikelen 2 en 8 EVRM afgeleide inspanningsverplichting. Verder wordt in de bijdrage ingegaan op de vraag of de overheid met betrekking tot bestuursrechtelijke besluiten die moeten worden genomen om de energietransitie te realiseren, een beroep kan doen op de voor de Staat uit het *Urgenda*-arrest volgende zorgplicht.

Edward Brans en Katrien Winterink signaleren in hun bijdrage (hoofdstuk 5) niet alleen een toename aan klimaatzaken in de wereld, maar ook dat meer en meer procedures worden aangespannen tegen andere partijen dan overheden, zoals bedrijven in de olie-, gas- en kolenwinning – en dan met name de 'carbon majors' – maar ook pensioenfondsen die investeringen hebben gedaan of overwegen dat te doen in niet duurzame energiebronnen. Schrijvers signaleren een trend en verwachten dat op basis van de steeds gedetailleerdere data over de 'emission gap', emissiereductiepaden en de specifieke uitstoot van bedrijven, de druk op bedrijven toeneemt om reductiemaatregelen te nemen dan wel investeringen in olie, gas en kolen te beperken.

Ook Martijn Scheltema gaat in zijn bijdrage (hoofdstuk 6) in op de positie van (grotere) bedrijven bij klimaatverandering, maar de invalshoek is anders dan die welke Brans en Winterink hebben gekozen in hun bijdrage. Scheltema bespreekt de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen, waarbij hij de nadruk legt op het 'due diligence' proces dat dergelijke bedrijven (zouden) moeten doorlopen. Dat proces is gericht op het in kaart brengen van de (potentiële) risico's van de activiteiten van multinationale ondernemingen op het terrein van verantwoord ondernemen, waarbij er – en dat is van belang – ook oog is voor toeleveringsketens en zakenrelaties: de waardeketens. Geïnventariseerd moet worden of en in hoeverre er sprake is van significante risico's in de sector waarin deze bedrijven opereren ten aanzien van de producten die toeleveranciers produceren en de daarvoor gebruikte grondstoffen.

Op deze manier kunnen ongunstige maatschappelijke effecten, bijvoorbeeld waar het betreft de uitstoot van broeikasgassen, worden geïdentificeerd en beoordeeld en kunnen prioriteiten worden gesteld indien er sprake is van milieu-, klimaat- of andere risico's. Scheltema gaat in zijn bijdrage in op de vraag of het uitvoeren van een OESO due diligence ook effectief is in het beteugelen van negatieve klimaateffecten van de activiteiten van bedrijven. Scheltema geeft aan dat dit in beginsel het geval is, maar constateert dat klimaateffecten nog lastig objectief meetbaar zijn en er vele standaarden zijn voor het meten van klimaateffecten, hetgeen het instrument minder effectief maakt. Scheltema signaleert echter ook initiatieven om de OESO due diligence op het terrein van klimaat beter te laten functioneren.

De laatste bijdrage in dit deel van het boek is van Tim Bleeker (hoofdstuk 7). Bleeker gaat aan de hand van de risicotheorie van Ulrich Beck in op de rol van het milieuaansprakelijkheidsrecht in de periode tot 2030 en vraagt zich af op welke wijze het aansprakelijkheidsrecht een bijdrage kan leveren aan een verantwoorde omgang met de risico's van klimaatverandering. In de bijdrage wordt ingegaan op de vraag of het huidige aansprakelijkheidsrecht wel voldoende rekening houdt met de onzekerheden en de ernst van de gevolgen van moderne risico's, waaronder die van klimaatverandering. Bleeker betoogt dat deze risico's niet in het keurslijf passen van het huidige aansprakelijkheidsrecht, bijvoorbeeld vanwege hoge eisen die de causaliteitsleer stelt indien een procedure aanhangig wordt gemaakt, en de beperkte mogelijkheden van het recht preventief mitigerende maatregelen af te dwingen via een rechtelijk gebod. Bleeker bepleit een andere invulling van de milieuzorgplicht zodat rekening kan worden gehouden met de kenmerken van moderne risico's en het milieuaansprakelijkheidsrecht een bijdrage kan leveren aan een eerlijke en verantwoorde omgang met klimaatverandering en de gevolgen ervan.

Het eerste en tweede deel van dit boek maken duidelijk dat de toename aan kennis over klimaatrisico's, de omvang van de 'emission gap' en emissiereductiepaden die kunnen worden gevolgd om te kunnen voldoen aan de doelstellingen van Parijs, een belangrijke rol spelen bij het vaststellen van nationale en Europese reductiedoelstellingen en van het klimaatbeleid op nationaal en Europees niveau. Dit gecombineerd met het verbeterde inzicht in de omvang van de uitstoot van bedrijven en bedrijfssectoren, en de voortgang die wordt geboekt bij het realiseren van nationale en Europese reductiedoelstellingen op de korte en voor de langere termijn, maakt het aannemelijk dat de druk zal toenemen op alle actoren die enige rol spelen of kunnen spelen bij het reduceren van broeikasgasemissies. Dat zijn niet alleen de 'carbon majors' of overheden, maar ook investeerders zoals banken en pensioenfondsen, en grote ondernemingen die afhankelijk zijn van toeleveranciers en invloed kunnen uitoefenen op broeikasgasuitstoot door deze partijen. Het is onze inschatting dat dit ook zal leiden tot juridische procedures en daarmee tot een verdere vormgeving van het Nederlandse en Europese milieuaansprakelijkheidsrecht en de diverse onderdelen daarvan zoals zorgplichten en het voorzorgbeginsel.

5 Energietransitie

Het derde deel van het boek betreft de vraag of wij voldoende en effectieve instrumenten hebben om de mitigerende maatregelen te nemen die nodig zijn om de noodzakelijke emissiereducties te realiseren. De tien bijdragen in samenhang bezien tonen aan hoe divers de maatregelen zijn die hiervoor nodig zijn en, derhalve, hoe divers ook de juridische uitdagingen en vragen zijn die hierbij spelen. Of het nu gaat om energiebesparing bij bedrijven (Van 't Lam), het energiearm maken van nieuwe en bestaande gebouwen (Karens) of het realiseren van duurzame energiebronnen (Vermolen/Van der Ven en Groothuijse/Boeve/Van Hees), mitigatie speelt op talloze fronten en betreft juridisch heel verschillende vraagstukken. De tien bijdragen geven voorbeelden van dergelijke vraagstukken die door vele andere voorbeelden en juridische vragen zouden kunnen worden aangevuld. Duidelijk wordt daarbij ook dat klimaatmitigatie talloze actoren en verantwoordelijken kent. De ambitieuze doelstellingen zullen alleen kunnen worden bereikt met een 'all hands on deck' mentaliteit, en dan niet alleen door initiatieven van overheden. Dat een ieders bijdrage nodig is, vergt, naast effectieve communicatie, coördinatie en samenwerking/participatie, echter ook een sterke regie, monitoring en handhaving door de overheid. Dit zal een belangrijk thema voor (verder) onderzoek blijven.

In dat kader is de bijdrage van Sanne Akerboom en Mathijs Peters relevant (hoofdstuk 15). Zij geven een overzicht van de monitoringsmechanismen en rapportageverplichtingen die inmiddels zijn geïntroduceerd om na te gaan of de maatregelen die Nederland neemt om de reductiedoelstellingen voor 2030 en 2050 te realiseren – waaronder maatregelen op het gebied van de energietransitie – voldoende reductie opleveren en of bijstelling van klimaatplannen en beleidsvoornemens noodzakelijk is. Ook de Klimaatwet voorziet in dit soort instrumenten. Schrijvers bespreken deze instrumenten en maken daarbij een vergelijking met de Britse *Climate Change Act 2008*, die ook dit soort instrumenten kent.

Valérie van 't Lam (hoofdstuk 8) bespreekt in haar bijdrage de vraag of met de bestaande regelgeving over energiebesparing de gestelde doelstellingen voor de industrie uit het klimaatakkoord kunnen worden bereikt. Zij betwijfelt dat, met de kanttekening dat energiebesparing niet de enige manier is om die doelen te bereiken. Van 't Lam wijst op een aantal beperkingen van het huidige (en toekomstige) systeem van regelgeving. Zo is het recht inzake energiebesparing in de eerste plaats sterk versnipperd over verschillende regelgeving en convenanten, waardoor een duidelijk overzicht van geldende regels ontbreekt. Daarnaast blijkt het inhoudelijk lastig om duidelijke, uitvoerbare en handhaafbare regels op te stellen, waardoor de naleving en handhaving momenteel nog tekortschieten. Ten slotte is ook de huidige systematiek van vergunningverlening volgens Van 't Lam niet geschikt om energiebesparing te effectueren. Het belangrijkste pijnpunt is dat in omgevingsvergunningen geen gebruik van andere energievormen, grondstoffen of productiemethoden dan is aangevraagd mag worden voorgeschreven. Om dat wel mogelijk te maken, dient de betreffende wet- en regelgeving te worden aangepast. Dat is bepaald geen sinecure omdat dit raakt aan de fundamenten van het omgevingsrecht. Momenteel bestaan

wel mogelijkheden om voorschriften met betrekking tot doelmatig energiegebruik aan omgevingsvergunningen te verbinden. Dit is positief, maar deze mogelijkheden zijn evenzeer beperkt tot de regulering van de inrichting/milieubelastende activiteit en strekken niet tot de regulering van de milieugevolgen van het gebruik van producten.

Jacco Karens (hoofdstuk 13) neemt het (komende) Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) onder de loep. Hier moet de wettelijke grondslag worden gevonden voor maatregelen die leiden tot de noodzakelijke emissiereductie van de gebouwde omgeving. Zijn oordeel is kritisch. Het wettelijk kader kent een grote mate aan vrijwilligheid. Bovendien zijn vooral de mogelijkheden om standaarden en streefwaarden voor emissiereductie met betrekking tot bestaande bouwwerken om te zetten in bindende regels beperkt. Met het oog op de bijdrage die de bouw tot 2030 moet leveren beveelt hij aanpassing van het Besluit bouwwerken leefomgeving aan.

Een reeks van bijdragen gaat in op de vraag in hoeverre instrumenten van het omgevingsrecht die niet met het oog op klimaatmitigatie zijn ontworpen wel daarvoor kunnen worden ingezet. Frank Groothuijse, Marlon Boeve en Sander van Hees (hoofdstuk 11) onderzoeken of de doelstellingen voor de realisatie van hernieuwbare energiebronnen geborgd kunnen worden met de instrumenten van de Omgevingswet. Het juridisch afdwingbaar maken van deze doelstellingen, bijvoorbeeld door ze als omgevingswaarde vast te stellen, is met instrumenten uit de Omgevingswet niet mogelijk, aldus de auteurs. Wel zullen instrumenten uit de Omgevingswet kunnen en moeten worden ingezet om het realiseren van hernieuwbare energiebronnen te faciliteren, zoals omgevingsvisies en omgevingsplannen.

Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager (hoofdstuk 12) bekijken hoe de flexibiliteitsinstrumenten van de Omgevingswet door decentrale overheden kunnen worden ingezet om de energietransitie op lokaal niveau te versnellen. Zij komen tot de conclusie dat het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) thans nog beperkte flexibiliteitsmogelijkheden kent. Hoewel het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) in ruimere mogelijkheden tot maatwerk voorziet, is een verdere verruiming van de mogelijkheden in het Bal en het Bbl volgens auteurs aan te bevelen.

Ook Aart Jan van der Ven en Raf Vermolen (hoofdstuk 10) gaan in op het gebruik van flexibiliteitsinstrumenten, namelijk de experimenteerregelingen uit de Crisis- en herstelwet voor energietransitieprojecten. Ook onder de Omgevingswet blijft experimenteerruimte nodig voor de energietransitie, zo stellen de auteurs. Deze behoefte wordt door de Omgevingswet gelukkig ook gefaciliteerd. De ervaringen uit de in het verleden doorgevoerde experimenten zijn ‘goud waard’ voor nieuwe ontwikkelingen zoals de energietransitie, zo merken de auteurs op. Er is veel om van te leren en inspiratie van op te doen.

De bijdrage van Jasper van Kempen en Sander van Hees over energietransitie op en in het water (hoofdstuk 9) toont aan dat, vanwege juridische gebreken, belemmeringen en onduidelijkheden, nog niet alle mogelijkheden tot het opwekken van duurzame

energie op/uit water ten volle lijken te worden benut, terwijl benutting van die energievormen wel noodzakelijk is om de doelstellingen te halen. De Rijksoverheid moet duidelijker maken welke rol de waterbeheerders bij de energietransitie mogen en moeten spelen. Met de potentie van de bijdrage van waterbeheerders aan de energietransitie wordt nog onvoldoende rekening gehouden in het integraal energie- en klimaatplan en vervolgens ook in de regionale energiestrategieën. Als die duidelijkheid wordt gegeven kunnen waterbeheerders veel doelgerichter sturen om de mogelijkheden van opwekking van duurzame energie te faciliteren, zelfs als dat in een enkel geval, weloverwogen, ten laste zou gaan van het (tijdig) realiseren van de waterkwaliteitsdoelstellingen.

In meerdere bijdragen wordt duidelijk dat het juridisch faciliteren van een zo grote opgave als klimaatmitigatie en energietransitie een voortdurende leeropgave is. Daarbij krijgen bestaande instrumenten soms een andere insteek. Zo wijzen Van der Ven en Vermolen (hoofdstuk 10) erop dat de Crisis- en herstelwet, oorspronkelijk vooral bedoeld om de vorige economische crisis te bestrijden, zich deels heeft ontwikkeld tot een instrument waarbij de spoedige voortgang van de energietransitie als doelstelling centraal komt te staan. En ander (mogelijk) leereffect staat centraal in de bijdrage van Akerboom en Van Rijswick (hoofdstuk 18). De regionale energiestrategieën zijn onder andere ontwikkeld om de participatie te verbeteren bij het verwezenlijken van duurzame energieprojecten op land. Daarmee moet, nadat weerstand tot veel vertraging heeft geleid, meer draagvlak voor dergelijke projecten worden gecreëerd. De auteurs gaan ook na of de participatie in het kader van de Ruimte voor de Rivier-projecten als voorbeeld kan dienen voor participatie bij de regionale energiestrategieën. Belangrijke lessen zijn dat participatie een leerproces is, waarbij het van belang is dat alleen het in algemene zin voorschrijven van participatie in de Omgevingswet niet voldoende is, dat de inbreng van burgers serieus moet worden genomen, dat duidelijk moet zijn waarover kan worden geparticipeerd en welke vormen van participatie daarvoor beschikbaar en geschikt zijn. Daarbij speelt een rol dat het bij klimaatverandering niet alleen gaat om lokale particuliere belangen, maar dat er een groot overkoepelend algemeen belang aan de orde is.

De bijdrage van Harm Dotinga (hoofdstuk 14) sluit in zekere zin deels aan bij of hangt samen met die van Sanne Akerboom en Marleen van Rijswick. Ook hij gaat in op het nieuwe proces van het bepalen van locaties voor duurzame energieprojecten via de regionale energiestrategieën. Dotinga toont echter aan dat er daarbij weinig aandacht is voor de gevolgen van dergelijke projecten voor de biodiversiteit, een conclusie die samenhangt met de bevindingen uit de bijdrage van Van Kempen en Van Hees. Het benadrukken van participatie en het creëren van meer draagvlak onder de bevolking voor klimaatmaatregelen lijkt ten koste te gaan van het mede laten bepalen van de locatiekeuze door de noodzaak de gevolgen van een maatregel voor biodiversiteit te minimaliseren. Ook de mogelijkheden om klimaatmaatregelen te combineren met natuurontwikkeling en herstel worden te weinig benut. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan een andere, even belangrijke transitieopgave; de bescherming van biodiversiteit. Zijn bijdrage illustreert een belangrijk aandachtspunt bij de juridische instrumentatie van klimaatmitigatie: het klimaatbeleid staat

niet op zichzelf en maatregelen om de doelstellingen voor 2030 te kunnen halen moeten worden afgestemd met andere, soms even of minstens zo belangrijke taken van de overheid. Ook Karens wijst op deze samenhang. Bij het energieneutraal maken van gebouwen zou ook naar de circulariteit van een bouwwerk en andere milieuaspecten dan het energiegebruik moeten worden gekeken. Alleen een holistische benadering van al deze aspecten lijkt zinvol.

Last, but absoluut *not least* moet klimaatmitigatie in Nederland worden bekeken in een Europese context. Dat wordt belicht in de bijdragen van Stefan Weishaar (hoofdstuk 17) en Marjan Peeters (hoofdstuk 16). Weishaar analyseert de Europese financiële instrumenten die ingezet kunnen worden om emissiereductie te stimuleren. Hij acht die instrumenten onvoldoende vergaand om de ambitieuze reductiedoelen te bereiken. Een interessante conclusie van Weishaar betreft de relatie van Europese prijsmechanismen tot de gevolgen van het vaak nationale energietransitiebeleid. De som van succesvolle transitieprojecten, zoals de versnelde uitfasering van kolen (bijvoorbeeld als gevolg van *Urgenda*), het realiseren van extra capaciteit van duurzame energiebronnen, aangevuld met de gevolgen van de coronacrisis, hebben tot gevolg dat de prijs voor energie omlaag gaat waardoor de beoogde 'incentive' voor verdere vernieuwing en energiebesparing achterwege blijft. Een krachtige koolstoftax zou een uitkomst kunnen bieden, maar is vanwege de eis van unanimiteit voor dergelijke maatregelen niet te verwachten.

Marjan Peeters analyseert hoe het Nederlandse emissiereductiebeleid Europeesrechtelijk is ingebed. Zoals Nederland thans gebruikmaakt van een Deense 'oververvulling' van de taakstelling voor duurzame energiebronnen om zijn eigen falen te compenseren, kunnen andere landen die hun emissiereductiedoelstellingen niet halen omgekeerd mogelijk gebruik maken van de 'oververvulling' van de emissiereductiedoelstellingen door Nederland. Daarmee leiden de extra reducties van broeikasgassen die, onder andere op grond van het *Urgenda*-arrest, moeten worden gerealiseerd uiteindelijk wellicht niet tot een vermindering van de Europese (en dus wereldwijde) emissies. Nederland zou er echter ook voor kunnen kiezen om, net als Zweden, zijn 'overschot' aan reductie te annuleren en daarmee te onttrekken aan het gebruik door andere lidstaten. Het *Urgenda*-arrest laat deze, voor de klimaateffectiviteit van het arrest cruciale aspecten, volstrekt buiten beschouwing. Peeters wijst erop dat diverse lidstaten – waaronder bijvoorbeeld Duitsland – problemen ondervonden met het naleven van de voor 2020 gestelde Europeesrechtelijke reductiedoelen, hetgeen een ernstige waarschuwing is voor de betrouwbaarheid van het op EU-niveau besloten emissiereductiepad naar 2030.

6 Klimaatadaptatie

In het vierde deel van dit boek staat de adaptatie aan klimaatverandering centraal. Dit deel bestaat uit drie bijdragen (Van den Broek/Groothuijse, Gilissen/Van Doorn-Hoekveld/Lavrijsen, en Gilissen/Outhuijse). Ook de hierboven reeds besproken bijdrage van Akerboom en Van Rijswick gaat deels over klimaatadaptatie, in

het bijzonder de burgerparticipatie in dat verband (hoofdstuk 18). Adaptatie is een wezenlijk thema binnen het klimaatdebat, aangezien veel gevolgen van klimaatverandering reeds merkbaar en onafwendbaar zijn en het risico op klimaatschade steeds verder toeneemt. Zo krijgt Nederland, naast zeespiegelstijging, te maken met steeds extremere weerpatronen. Hevigere buien vergroten het risico op wateroverlast, terwijl steeds langdurigere periodes van droogte en hitte het risico op waterschaarste vergroten met mogelijk schade voor vele van water afhankelijke sectoren. De vraag die de bijdragen in dit deel van het boek verbindt, is in hoeverre het huidige juridische instrumentarium toereikend is om ook op de middellange (2030) en langere termijn (2050) bescherming te bieden tegen dergelijk klimaatrisico's. Een overkoepelende conclusie is dat de effectiviteit van het huidige instrumentarium niet steeds kan worden gewaarborgd. Oorzaken hiervan zijn de versnippering van taken en bevoegdheden, gebrekkige communicatie en coördinatie, en dat er vooralsnog te weinig aandacht bestaat voor (de juridische implementatie van) complementaire strategieën voor risicobeheersing om de veerkracht van kwetsbare sectoren en de maatschappij te vergroten. In het kader van het Deltaprogramma zijn ontwikkelingen in gang gezet die beogen deze (en andere) knelpunten weg te nemen. Het is de vraag of dat met de huidige inspanningen op de gewenste termijn gaat lukken; mocht dit niet het geval blijken, dan zijn extra investeringen op hun plaats.

Wat betreft participatie concluderen Sanne Akerboom en Marleen van Rijswick (hoofdstuk 18) bovendien nog dat de wettelijke minimumeisen ontoereikend zijn. De noodzaak van hoogwaterbescherming zit bij Nederlanders nog wel tussen de oren, maar voor andere adaptatiemaatregelen in landelijk en stedelijk gebied zijn vaak meer inspanningen nodig om betrokkenen te overtuigen van de noodzaak van maatregelen en om hen op een passende manier te betrekken bij de besluitvorming, nu het vaak zal gaan om maatregelen op particuliere eigendommen (wateroverlast) of aanpassing van gedrag ten aanzien van bijvoorbeeld waterbesparing dat is gebaseerd op de gedachte dat er in Nederland water genoeg is. De introductie van een verder uitgewerkte wettelijke participatieregeling ligt hier volgens Akerboom en Van Rijswick dus in de rede, zodat per adaptatieopgave en de schaal waarop maatregelen worden genomen een passende vorm van participatie wordt gekozen. Vanzelfsprekend vraagt dit een intrinsieke bereidheid van overheden en initiatiefnemers om de inbreng van burgers serieus te nemen.

Berthy van den Broek en Frank Groothuijse bespreken in hun bijdrage (hoofdstuk 19) het spanningsveld tussen de noodzaak tot ruimtelijke reserveringen voor toekomstige dijkversterkingen en de toenemende behoefte aan woningbouw en andere vormen van ruimte-intensieve gebiedsontwikkeling. Zij concluderen dat er sprake is van een brede erkenning dat klimaatadaptieve inrichting een gezamenlijke inspanning van alle betrokken partijen vergt en dat het juridische instrumentarium op zichzelf geschikt is om de gestelde doelen te realiseren. De fragmentatie van taken en bevoegdheden binnen het ruimtelijke en het waterspoor en een ruime mate van beleidsvrijheid van betrokken bestuursorganen kunnen de effectiviteit van dergelijke instrumenten echter wel beperken. Daarom is het volgens Van den Broek en Groothuijse van belang dat alle betrokken partijen in verschillende stadia van de

beleids- en besluitvorming overleggen om een breed gedragen strategische gebiedsvisie te ontwikkelen en, bijvoorbeeld via bestuursakkoorden, concretere gebiedsgerichte afspraken te maken. Zij wijzen daarbij ook op de cruciale en in belang toenemende rol van de provincie als gebiedsregisseur bij het bereiken van concrete resultaten in de afstemming tussen toekomstbestendig overstromingsrisicobeheer en gebiedsontwikkeling, vooral waar waterschappen en gemeenten er samen niet uit komen.

Herman Kasper Gilissen, Willemijn van Doorn-Hoekveld en Ton Lavrijsen stellen in hun bijdrage (hoofdstuk 20) de meest recente juridische en beleidsontwikkelingen in het Nederlandse overstromingsrisicobeheer centraal. Zij onderscheiden verschillende kans- en gevolgbeperkende strategieën voor de beheersing van overstromingsrisico's. Deze zijn duidelijk herkenbaar in het Nederlandse overstromingsrisicobeheer, hoewel de nadruk daarin sterk ligt op de beperking van de kans op een overstroming door middel van het aanleggen van waterkeringen en rivierverruimende maatregelen. Toch vinden er in het kader van het beleidsconcept 'meerlaagsveiligheid' ook steeds meer complementaire ontwikkelingen plaats die het beperken van de gevolgen van een eventuele overstroming centraal stellen. Gevolgbeperking kan plaatsvinden in het ruimtelijke spoor (ruimtelijke adaptatie; 'laag 2') of in het spoor van de rampenbeheersing ('laag 3'). Gilissen, Van Doorn-Hoekveld en Lavrijsen achten dit positieve ontwikkelingen, maar menen dat deze in de huidige wetgeving niet voldoende tot hun recht komen. Daarom doen de auteurs aanbevelingen voor de juridische verankering van deze twee gevolgbeperkende strategieën. De eerste aanbeveling strekt ertoe om op rijksniveau te voorzien in instructieregels in verband met de beoordeling van de toelaatbaarheid van (grootschalige) ruimtelijke ontwikkelingen die ertoe dwingen om overstromingsrisico's een passende plaats te geven in de ruimtelijke besluitvorming. Daarbij kan inspiratie worden ontleend aan de in het natuurbeschermingsrecht gehanteerde ADC-toets. De tweede aanbeveling strekt ertoe om de rampenbeheersingscomponent van de meerlaagsveiligheid een genormeerd onderdeel van het takenpakket van de veiligheidsregio's te maken, door de zogenoemde evacuatiefractie op grond van artikel 37 lid 1 Wet veiligheidsregio's te formaliseren in de vorm van landelijke doelstellingen. Met deze aanbevelingen kunnen de effectiviteit en de veerkracht van het Nederlandse overstromingsrisicobeheer worden bevorderd en wordt bijgedragen aan het bereiken van de waterveiligheidsdoelen op de middellange (2030) en de langere termijn (2050).

In de laatste bijdrage van dit boek behandelen Herman Kasper Gilissen en Annalies Outhuijse (hoofdstuk 21) de vraag in hoeverre het huidige juridische en beleidsinstrumentarium ter beheersing van waterschaarsterisico's toereikend is voor de toekomst. Waterschaarste is een groeiend maatschappelijk probleem dat bij het uitblijven van effectieve maatregelen op de middellange (2030) en langere termijn (2050) tot steeds meer maatschappelijke en economische ontwrichting en schade zal leiden. Net als bij overstromingsrisico's kunnen bij de beheersing van waterschaarsterisico's kans- en gevolgbeperkende strategieën worden onderscheiden. In deze bijdrage richten Gilissen en Outhuijse zich vooral op de kansbeperkende strategieën. Daarbij onderscheiden zij een 'vraaggestuurde' strategie ter vergroting van de beschikbare

hoeveelheid water en een 'aanbodgestuurde' strategie ter verkleining of verandering van de waterbehoefte. De vraag welk type strategieën en maatregelen het best kan worden toegepast, dient per gebied te worden beoordeeld. Dat is in belangrijke mate een politieke beslissing. In de huidige systematiek is de vraaggestuurde strategie dominant en heeft de overheid een sterke faciliterende rol; het juridische instrumentarium is daar ook op toegesneden. In het licht van klimaat- en duurzaamheidsdoelstellingen pleiten Gilissen en Outhuijse ervoor om naast deze strategie en maatregelen van overheidswege meer te investeren in het vergroten van de zelfvoorzienendheid van watergebruikers en de verkleining en verandering van de waterbehoefte binnen gebruikssectoren. Zij bespreken enkele mogelijkheden daartoe in de agrarische sector en in het particuliere drinkwatergebruik. Zij concluderen dat er wat dat betreft een cultuuromslag en een heldere verantwoordelijkheidsverdeling nodig zijn.

7 Slot

Wij hopen dat dit boek aanzet tot een verdere gedachtevorming over de rol die het recht speelt bij het omgaan met de gevolgen van klimaatverandering, de invulling en vormgeving van de energietransitie en met klimaatadaptatie. Het zijn uitdagende maar ook complexe onderwerpen, waarbij het een illusie is te verwachten dat er geen juridische geschillen ontstaan over invulling, tempo en keuzes die worden gemaakt door burgers, bedrijven en overheden.
Wij bedanken de schrijvers die ondanks de lastigheden die de coronacrisis heeft veroorzaakt hun bijdragen hebben geschreven, en Natasja Teesing van de Vereniging voor Milieurecht voor de inspanningen die zij heeft verricht om publicatie van dit boek mogelijk te maken.

Dit is het derde boek van de VMR over klimaatverandering. In 2009 publiceerde de VMR het boek *Juridische aspecten van klimaatverandering* en in 2012 het boek *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering.*

Chris Backes, Edward Brans en Herman Kasper Gilissen

DEEL I
Aard en omvang van de taakstelling voor Nederland

2 Wat betekent het Parijs Akkoord voor klimaatbeleid in Nederland?

Detlef van Vuuren[1]

Samenvatting

De 'vertaling' van het Akkoord van Parijs (ruim beneden 2 °C en bij voorkeur 1,5 °C) naar de ambitie van het Nederlands klimaatbeleid vereist verschillende maatschappelijke en politieke keuzes, onder meer wat betreft de verwachtingen over zogenoemde negatieve emissies, de verantwoordelijkheid voor het reduceren van emissies en het terugdringen van risico's. Ondanks deze keuzes lijkt het redelijk te veronderstellen dat het energiesysteem in Nederland halverwege deze eeuw zo goed als 'CO_2-emissie-vrij' zal moeten zijn om de doelstellingen van het Parijs Akkoord te halen.

1 Het Parijs Akkoord en de ambities van Nederland

In 2015 hebben de meeste landen in de wereld, waaronder ook Nederland, zich met het Parijs Akkoord vastgelegd op een ambitieus klimaatbeleid (UNFCCC, 2015). Dit akkoord is gericht op het beperken van de mondiale temperatuurstijging tot ruim onder de 2° C, en bij voorkeur zelfs tot minder dan 1,5 °C ten opzichte van het pre-industriële niveau. Bij het implementeren van dit doel gaat het Parijs Akkoord uit van een benadering waarbij elk land zijn eigen doelen en beleid moet formuleren (de zogenoemde *nationally determined contributions* of NDC's) (zie ook kader 1). Daarbij wordt een proces voorzien waarbij landen gezamenlijk zullen toetsen of de som van het nationaal beleid voldoet aan de internationaal overeengekomen doelstelling (*stocktake*), waarna, indien nodig, landen wordt gevraagd het nationale beleid aan te scherpen.
De vraag welke ambitie van het Nederlands klimaatbeleid consistent is met het Parijs Akkoord, is dan ook niet simpel. Het hangt af van de vraag welke reducties wereldwijd noodzakelijk zijn om aan de temperatuurdoelen te voldoen en welke bijdrage Nederland vervolgens zou moeten, kunnen of willen leveren. Daarbij spelen verschillende overwegingen, die enerzijds samenhangen met wetenschappelijke onzekerheden, maar anderzijds ook met maatschappelijke en politieke keuzes. Het is dan ook niet mogelijk een eenduidig 'objectief' wetenschappelijk antwoord te geven op de vraag wat het Akkoord van Parijs betekent voor Nederland. Maar het is wel mogelijk op transparante wijze inzicht te geven in wat de keuzes zijn, en hoe ze een

1 Detlef van Vuuren is werkzaam als senior researcher bij het Planbureau voor de Leefomgeving bij de sector Klimaat, Lucht en Energie en als hoogleraar integrale analyse van mondiale milieuproblemen bij de Universiteit Utrecht.

passend doel voor Nederland kunnen beïnvloeden. Het is bovendien mogelijk om op basis van enkele voorbeeldberekeningen in de grote lijnen te schetsen hoe een passend Nederlands doel er uit kan zien.

Kader 1 Internationaal klimaatbeleid

In 1992 heeft de internationale gemeenschap het zogenoemde United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) afgesloten met als doel 'gevaarlijke menselijke beïnvloeding van het klimaatsysteem' te voorkomen.[2] Het UNFCCC-verdrag geeft hierbij voornamelijk een kader, waarbij concrete afspraken moeten worden gemaakt door verdere onderhandelingen. Een belangrijk onderdeel hiervan is de jaarlijkse Conference of the Parties (COP). Op verschillende momenten in de tijd zijn aanvullende verdragen aangenomen om het internationaal klimaatbeleid verder in te vullen. Een belangrijke eerste stap was het zogenoemde Kyoto Protocol waarin emissiereductiedoelstellingen werden afgesproken voor 2010 voor de geïndustrialiseerde landen (zogenoemde Annex-1 landen). In de onderhandelingen voor een opvolger van het Kyoto Protocol is de inzet, met name van Europa, lange tijd geweest om bindende emissiereductiedoelstellingen af te spreken op landen- (of regio)niveau. De onderhandelingen voor zo'n bindend verdrag faalden echter in 2008 in Kopenhagen, mede omdat landen ertegen opzagen zich aan mogelijk vergaande financiële verplichtingen te binden, gegeven ook de onzekerheid in de bijdrage van anderen.[3] Het Parijs Akkoord, gebaseerd op de onderhandelingen na Kopenhagen, heeft daarom een andere insteek gekozen waarbij een mondiale doelstelling is afgesproken, maar deze wordt ingevuld door vrijwillige bijdragen van landen. Periodiek wordt getoetst of de beloften van landen (nationally determined contributions) in lijn zijn met het mondiale doel. Het Parijs Akkoord heeft daarmee twee gezichten. Enerzijds geeft het een duidelijke richting aan het klimaatbeleid. Anderzijds is de invulling op landenniveau dus onzeker.

2 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 1992, document FCCC/INFORMAL/84 GE.05-62220 (E) 200705, https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf

3 J. Stiglitz, 'Overcoming the Copenhagen failure with flexible commitments', *Economics of Energy and Environmental Policy 4*, 2015, nr. 2, p. 29-36.

2 De risico's van klimaatverandering

Sinds de industriële revolutie is de gemiddelde temperatuur op aarde met net iets meer dan één graad gestegen als gevolg van menselijk handelen.[4] Wetenschappelijke studies laten zien dat klimaatverandering grote gevolgen kan hebben, variërend van het verlies van bepaalde diersoorten tot een grootschalige verstoring van het klimaatsysteem.[5] Het internationale klimaatpanel IPCC vat deze studies regelmatig samen in *assessment reports*. Logischerwijs zijn de risico's van klimaatverandering gekoppeld aan de stijging van de mondiale temperatuur (figuur 1a).
Bij een stijging van 1°C (zoals nu het geval is) zijn de gevolgen nog beperkt, maar wel al waarneembaar. Zo leidt klimaatverandering reeds tot gevolgen voor de natuur, verandering van klimaatpatronen en daarmee landbouwproductiviteit, stijging van de zeespiegel en verandering in weersextremen.[6] Bij een grotere temperatuursverandering nemen de risico's op nadelige effecten toe. Als bijvoorbeeld de temperatuur vier graden toeneemt, zal de zeespiegel aan het eind van deze eeuw mogelijk al met 1,5 meter kunnen stijgen, maar op de langere termijn kan de stijging zelfs tientallen meters bedragen. De verwachting is ook dat de landbouw op verschillende plekken op aarde zeer negatief zal worden beïnvloed. Het feit dat er op andere plekken positieve landbouweffecten zullen zijn, biedt hierbij gedeeltelijk compensatie. Het zou echter wel betekenen dat gebieden met negatieve effecten (zoals Afrika en India) afhankelijker zouden kunnen worden voor hun voedselvoorziening van landbouwexport uit gematigde gebieden. IPCC geeft verder onder meer ook risico's aan voor de biodiversiteit (zeker voor kwetsbare ecosystemen zoals koraalrif), gezondheid en droogten. Er is bovendien het risico van zichzelf versterkende processen. Een voorbeeld is dat de opwarming van de aarde kan leiden tot het ontdooien van de permafrost. Daarbij kunnen koolstofdioxide en methaan vrijkomen, wat weer bijdraagt aan verdere opwarming. Vergelijkbare effecten spelen rond het smelten van de ijskappen en de verminderde reflectie van zonlicht, en rond de afname van de capaciteit van bossen om CO_2 op te nemen bij hogere temperaturen. In Nederland zelf spelen vergelijkbare risico's rond zeespiegelstijging, landbouw, gezondheid en natuur. Veel wetenschappers benadrukken dan ook de noodzaak om deze risico's te beperken door middel van verregaande reducties van broeikasgasemissies.

4 IPCC, 'Global Warming of 1.5 °C', Geneva, Switzerland: Intergovernmental panel on climate change 2018; H. Visser, S. Dangendorf, D.P. van Vuuren, B. Bregman & A.C. Petersen, 'Signal detection in global mean temperatures after "Paris": An uncertainty and sensitivity analysis', *Climate of the Past 14*, 2018, p. 139-155.

5 IPCC, 'Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', in: R.K. Pachauri & L.A. Meyer (red.), *Core Writing Team*, Geneva, Switzerland: IPCC 2014; IPCC, 'Global Warming of 1.5 °C', *Intergovernmental panel on climate change,* Geneva, Switzerland: IPCC 2018.

6 IPCC, 'Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change', in: R.K. Pachauri & L.A. Meyer (red.), *Core Writing Team*.

3 Mondiaal koolstofbudget

Klimaatverandering wordt veroorzaakt door verschillende broeikasgassen (kader 2). Voor de lange termijn is echter de (cumulatieve) emissie van koolstofdioxide (CO_2) dominant, zowel vanwege de omvang van de totale emissies als de lange verblijfstijd van dit gas in de atmosfeer. We concentreren ons daarom voor het gemak op CO_2-emissies. Figuur 1b toont dat er een sterke, vrijwel lineaire relatie is tussen cumulatieve CO_2-emissies en de temperatuursverandering, zowel historisch als (naar verwachting op basis van modellen) voor de toekomst.[7] Het gekleurde gebied in het figuur geeft de uitkomst van een groot aantal verschillende klimaatmodellen weer. De totale oppervlakte (veroorzaakt door de verschillen tussen de modellen) vormt een indicatie van de onzekerheid als gevolg van de beperkte kennis van het klimaatsysteem. Vanwege deze onzekerheid correspondeert een bepaalde hoeveelheid cumulatieve CO_2-emissie dus met een bandbreedte van temperatuurniveaus.

Kader 2 Broeikasgasemissies

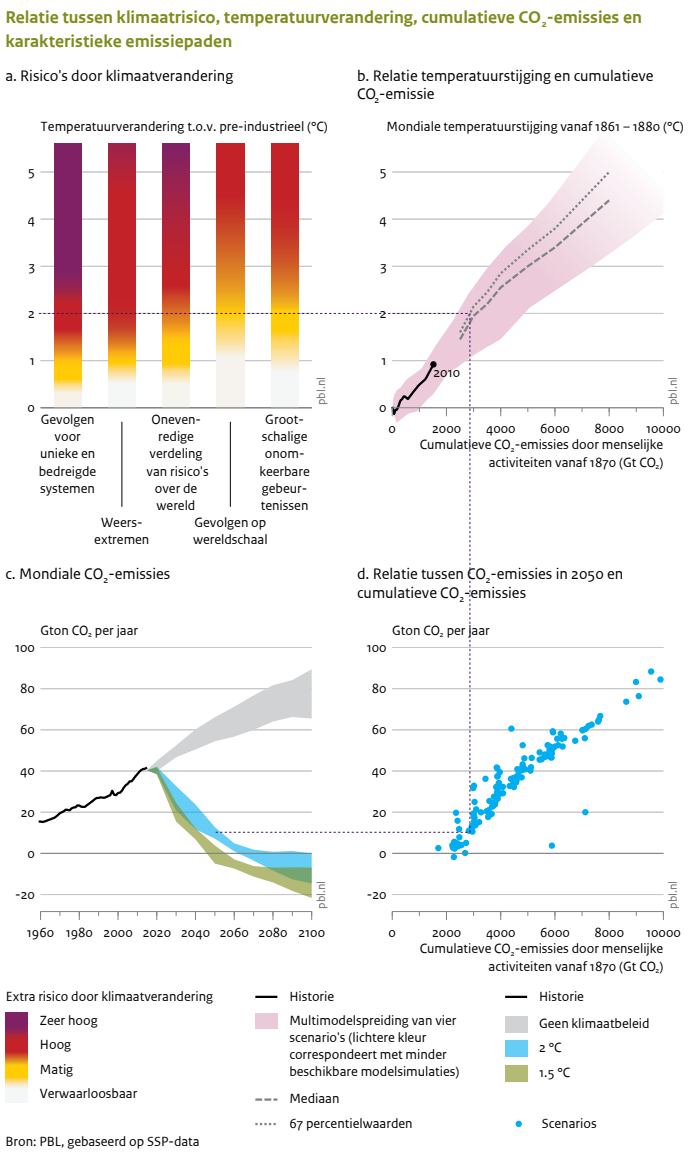
Naast CO_2 dragen ook emissies van andere gassen bij aan de klimaatverandering, waaronder vooral methaan (CH_4), lachgas (N_2O), gehalogeneerde koolwaterstoffen en aerosolen (onder meer rookdeeltjes). Het is niet makkelijk om de bijdrage van al deze stoffen direct te vergelijken, vanwege verschillende atmosferische eigenschappen en levensduur. Desondanks wordt dit vaak toch gedaan in zogenoemde CO_2-equivalente emissies. Op basis hiervan is de bijdrage van CO_2 nu zo'n zeventig procent van de totale emissies. Terwijl op korte termijn het terugdringen van een deel van de broeikasgasemissies, anders dan CO_2, vaak relatief goedkoop is, is het op lange termijn nog niet mogelijk om alle uitstoot van bijvoorbeeld CH_4 en N_2O technisch te reduceren.[8] Want veel van deze uitstoot is namelijk onlosmakelijk verbonden met landbouwactiviteiten, en de technologische maatregelen om deze emissies tot nul te reduceren ontbreken nog.

7 P. Friedlingstein, R.M. Andrew, J. Rogelj, G.P. Peters, J.G. Canadell, R. Knutti, G. Luderer, M.R. Raupach, M. Schaeffer, D.P. van Vuuren & C. Le Quéré, 'Persistent growth of CO_2 emissions and implications for reaching climate targets', *Nature Geoscience 7*, 2014, p. 709-715; M. Meinshausen, N. Meinshausen, W. Hare, S.C.B. Raper, K. Frieler, R. Knutti, D.J. Frame & M.R. Allen, 'Greenhouse-gas emission targets for limiting global warming to 2°C', *Nature 458*, 2009, p. 1158-1162; en IPCC 2014 en 2018, zie voetnoten 4 en 6.

8 D.E.H.J. Gernaat, K. Calvin, P.L. Lucas, G. Luderer, S.A.C, Otto, S. Rao, J. Strefler & D.P. van Vuuren, 'Understanding the contribution of non-carbon dioxide gases in deep mitigation scenarios', *Global Environmental Change 33*, 2015, p. 142-153.

Figuur 1 kan omgekeerd ook worden gebruikt om af te leiden hoeveel uitstoot we ons nog kunnen veroorloven voordat er een bepaalde temperatuurdoelstelling wordt overschreden. Deze hoeveelheid wordt ook wel het 'koolstofbudget' genoemd. Een punt midden in het gekleurde gebied van figuur 1b (de mediaanlijn) correspondeert met een koolstofbudget (x-as) dat ongeveer een kans van vijftig procent heeft om beneden de temperatuurwaarde te blijven (y-as). Punten boven of onder deze lijn hebben dus een grotere of kleinere kans om beneden het temperatuurniveau te blijven. De bovenste stippellijn in dezelfde figuur toont de punten die meer dan twee derde kans hebben om aan een bijbehorend temperatuurdoel te voldoen. Momenteel wordt deze kans vaak gebruikt bij het bepalen van de noodzakelijke reducties. Er gelden nu dus enkele belangrijke keuzes als men tot een interpretatie van Parijs wil komen wat betreft de toegestane CO_2-emissies.

- Ten eerste is er het doel zelf: is het ruim onder de 2 °C of maximaal 1,5 °C? Ten tweede is er de vraag met welke zekerheid we proberen aan deze doelen te voldoen, gegeven dus de onzekerheid van onze klimaatkennis. Is twee derde kans voldoende? Want als de broeikasgassen eenmaal in de atmosfeer zijn, kan niet meer worden gecorrigeerd.
- Daarbij moet worden aangetekend dat de onzekerheid tussen broeikasgasemissies en temperatuurstijging groter is dan gesuggereerd door de exacte mediaan en de twee derde-lijn in figuur 1b. De exacte kansverdeling binnen het gekleurde vlak is nauwelijks bekend. Bovendien noemt het meest recente IPCC-rapport enkele onzekerheden die nog niet met modellen worden bekeken. Deze dragen bij tot extra onzekerheid.
- Verder speelt de emissie van broeikasgassen anders dan CO_2 een belangrijke rol (met name CH_4 en de zogenoemde aerosolen). De overige broeikasgassen vormen ongeveer 30% van de totale emissies, maar hun rol kan bij ambitieuze emissiedoelstellingen en op de korte termijn zelfs nog wat groter zijn.



Figuur 1 Relatie tussen klimaatrisico's, temperatuurverandering, cumulatieve CO_2-emissies en karakteristieke emissiepaden. Het figuur geeft (a) een samenvatting van de klimaatrisico's als functie van temperatuur volgens het IPCC's 5e Assessment Report (linksboven), (b) de relatie tussen cumulatieve CO_2-emissies en deze temperatuurniveaus (rechtsboven), (c) de emissies in 2050 en de cumulatieve emissies (rechtsonder) en (d) de bijbehorende emissiepaden voor twee temperatuurniveaus. De stippellijnen laten zien hoe (ongewenste) klimaatrisico's, temperatuurverandering en emissiepaden zijn verbonden.

Ten slotte is de grafiek dus ook afhankelijk van veranderende wetenschappelijk inzichten. In lijn met bovengenoemde onzekerheid en de maatschappelijke keuzes zijn er de laatste jaren verschillende studies verschenen met een hele reeks aan schattingen voor het koolstofbudget. Sinds de publicatie van het laatste IPCC-rapport zijn de budgetten in eerste instantie naar boven aangepast, voornamelijk om methodische redenen.[9] Recent laten veel klimaatmodellen echter een grotere gevoeligheid van het klimaatsysteem voor toenemende broeikasgasconcentraties zien. Dit kan mogelijk tot een bijstelling van de budgetten naar beneden leiden in het volgende IPCC-rapport in 2022/2023.[10]

Hoewel er dus sprake is van een flinke onzekerheid, is de belangrijkste boodschap dat het koolstofbudget zeer klein. Dit wordt ook duidelijk wanneer het budget wordt vergeleken met de huidige emissies. Het koolstofbudget vanaf 2010 dat hoort bij het doel om de temperatuurstijging te beperken tot ruim onder de 2 °C ten opzichte van het pre-industriële niveau ligt naar schatting rond de 1.000 tot 1.400 $GtCO_2$. De waarde voor 1,5 graden ligt ergens rond 400 tot 600 $GtCO_2$. Ter vergelijking: de huidige emissies waren in 2019 wereldwijd net boven de 42 $GtCO_2$ per jaar.[11] Dat betekent dus dat, met de huidige emissies, het koolstofbudget voor 1,5 graden al binnen vijf tot vijftien jaar wordt overschreden; het budget voor 2 graden over vijftien tot dertig jaar.

9 R.J. Millar, J.S. Fuglestvedt, P. Friedlingstein, J. Rogelj, M.J. Grubb, H.D. Matthews, R.B. Skeie, P.M. Forster, D.J. Frame & M.R. Allen, 'Emission budgets and pathways consistent with limiting warming to 1.5 °c', *Nature Geoscience 10*, 2017, p. 741-747; IPCC, *Global Warming of 1.5 °C.* Geneva, Switzerland: Intergovernmental panel on climate change 2018.

10 P. Voossen, 'New climate models predict a warming surge', *Science* april 2019.

11 G.P. Peters, R.M. Andrew, J.G. Canadell, P. Friedlingstein, R.B. Jackson, J.I. Korsbakken, C. Le Quéré & A. Peregon, 'Carbon dioxide emissions continue to grow amidst slowly emerging climate policies', *Nature Climate Change 10*, 2020, p. 3-6; zie www.nature.com/articles/s41558-019-0659-6.

Kader 3 De impact van COVID-19

In 2020 zullen de wereldwijde CO_2-emissies naar verwachting sterk dalen ten opzichte van 2019, waarbij schattingen op dit moment uitgaan van een daling van mogelijk 2-13%.[12] Hoewel dit een forse emissiereductie is, heeft dit op lange termijn weinig effect als er geen structurele veranderingen plaatsvinden in de samenleving. In dat geval zullen namelijk bij economisch herstel de emissies weer gaan groeien, zoals ook al waargenomen in landen die de (meest) strenge maatregelen al achter de rug hebben. De grote vraag is dan ook of mogelijk gedrag blijvend is aangepast (bijvoorbeeld minder reizen) wat tot minder emissies zou kunnen leiden, en hoe economische herstelpakketten worden ingericht.

4 Mondiale emissiepaden

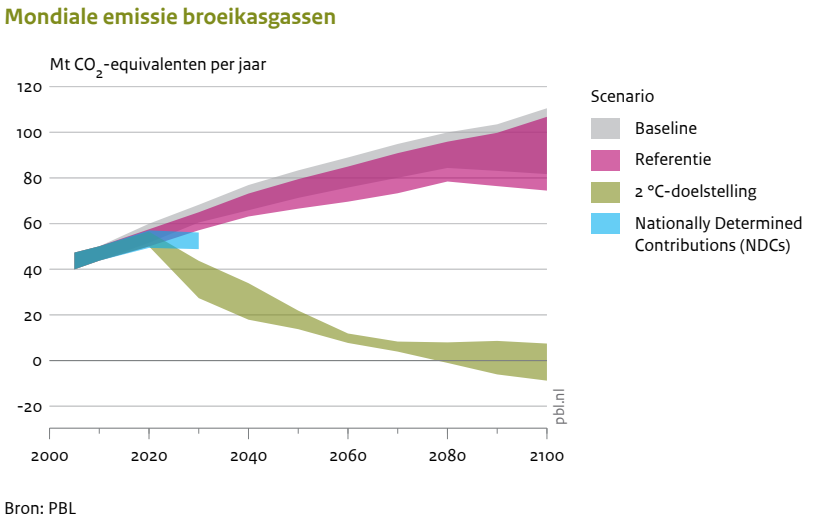
Naast de vraag welke emissiebudgetten conform 'Parijs' zijn, is de vraag minstens zo belangrijk wat de redelijke verwachting is over de toekomstige CO_2-uitstoot. Dit hangt onder meer af van economische groei, bevolking, technologieontwikkeling, beleid en de veranderingen in levensstijl alsook van de onzekerheden die daaraan verbonden zijn. Scenarioanalyses proberen deze onzekerheden te formuleren.[13] In het verleden is de uitstoot van CO_2 in lijn met de omvang van de mondiale economie gestegen. *Zonder extra klimaatbeleid* kan dan ook verwacht worden dat de koolstofemissies hoog blijven.[14] Dit wordt ook getoond in figuur 2, waar de zogenoemde baseline-uitstoot zonder klimaatbeleid wordt afgezet tegen de uitstoot die het huidige wereldwijde beleid zal opleveren. Een belangrijke reden voor de verdere uitstootgroei

12 C. Le Quéré, R.B. Jackson, M.W. Jones, A.J.P. Smith, S. Abernethy, R.M. Andrew, A.J. De-Gol, D.R. Willis, Y. Shan, J.G. Canadell, P. Friedlingstein, F. Creutzig & G.P. Peters, 'Temporary reduction in daily global CO2 emissions during the COVID-19 forced confinement', *Nature Climate Change* 2020.

13 L. Clarke, K. Jiang, K. Akimoto, M. Babiker, G. Blanford, K. Fisher-Vanden, J.C. Hourcade, V. Krey, E. Kriegler, A. Löschel, D. McCollum, S. Paltsev, S. Rose, P.R. Shukla, M. Tavoni, B. van der Zwaan & D.P. van Vuuren, 'Assessing Transformation Pathways', in: IPCC (red.), *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change,* Cambridge: Cambridge University Press 2014.

14 K. Riahi, D.P. van Vuuren, E. Kriegler, J. Edmonds, B.C. O'Neill, S. Fujimori, N. Bauer, K. Calvin, R. Dellink, O. Fricko, W. Lutz, A. Popp, J.C. Cuaresma, S. Kc, M. Leimbach, L. Jiang, T. Kram, S. Rao, J. Emmerling, K. Ebi, T. Hasegawa, P. Havlik, F. Humpenöder, L.A. Da Silva, S. Smith, E. Stehfest, V. Bosetti, J. Eom, D. Gernaat, T. Masui, J. Rogelj, J. Strefler,L. Drouet, V. Krey, G. Luderer, M. Harmsen, K. Takahashi, L. Baumstark, J.C. Doelman, M. Kainuma, Z. Klimont, G. Marangoni, H. Lotze-Campen, M. Obersteiner, A. Tabeau & M. Tavoni, 'The Shared Socioeconomic Pathways and their energy, land use, and greenhouse gas emissions implications: An overview', *Global Environmental Change 42*, 2017, p. 153-168.

is de voortdurende toename van de energievraag. Scenariostudies laten zien dat zonder stevig klimaatbeleid de verwachte cumulatieve emissies in de 21e eeuw wereldwijd wel zo'n 4.000 à 5.500 Gton CO_2 zullen zijn. Dit zou overeenkomen met een wereldwijde stijging van de mondiale temperatuur tussen de 3,5 en 4,5 °C ten opzichte van het pre-industriële niveau. Mochten landen doorgaan met implementeren van klimaatbeleid op basis van de huidige beloften, dan zullen de emissies iets lager uitkomen (zie de volgende paragraaf).



Figuur 2 De mogelijke emissiepaden volgens huidig beleid (referentie), de *nationally determined contributions* (NDC's), en de noodzakelijke emissies volgens het 2 °C-doel. De bandbreedte bij elk scenario is het gevolg van het gebruik van verschillende modellen. Het *baseline* scenario geeft de mogelijke emissies zonder klimaatbeleid weer.

Het is mogelijk om deze scenario's te vergelijken met paden die wel voldoen aan het 'koolstofbudget van Parijs'. Laten we ons voor het gemak concentreren op een maximale uitstoot van 1.000 Gton CO_2 vanaf 2010 om zo met meer dan 66 procent kans een doel van 2 °C te halen (dit is het cijfer uit het laatste IPCC-rapport). Wanneer wereldwijd de emissies met constante snelheid (lineair) worden gereduceerd, dan zouden ze vanaf 2015 in ongeveer veertig tot vijftig jaar tot nul moeten worden teruggebracht om binnen het budget te blijven (zie figuur 1c en 1d en figuur 2). Dit betekent dat dus, per direct, wereldwijd de infrastructuur met een lange levensduur volledig klimaatneutraal zou moeten zijn. Het is echter mogelijk om het budget op korte termijn iets te verruimen als we in de toekomst netto CO_2 uit de lucht halen (negatieve emissies – zie kader 4).

Kader 4 Negatieve emissies

Zogenoemde negatieve emissies kunnen worden gerealiseerd door middel van herbebossing, door een combinatie van bio-energie en afvang en opslag van CO_2 (carbon capture and storage; CCS) via direct-air-capture (het afvangen van CO_2 uit de lucht) plus opslag, versnelde verwering (het vastleggen van CO_2 door extra verwering van mineralen) en het verhogen van de CO_2-vastlegging in de bodem van landbouwgronden. Wanneer de negatieve emissies groter zijn dan de eventuele overgebleven emissies van fossiele brandstoffen, is er sprake van 'netto negatieve emissies'. Bijna alle scenario's van het VN-klimaatpanel en de wetenschappelijke literatuur veronderstellen negatieve emissies in de toekomst.[15] Dit geldt dus ook voor de afgeleide emissiedoelen, die immers op deze literatuur en scenario's gebaseerd zijn.

Negatieve emissies kunnen echter niet onbeperkt worden ingezet. De bovengenoemde technieken staan nog in de kinderschoenen, zijn soms duur en leiden vaak tot meer energiegebruik.[16] CO_2-afvang leidt bijvoorbeeld tot een lagere efficiëntie van elektriciteitscentrales, en versnelde verwerking vereist energie om gesteente te vermalen. Voor de vaakst overwogen methoden – dat wil zeggen bio-energie met CCS en herbebossing – geldt dat deze landintensief zijn, en daarmee negatieve gevolgen kunnen hebben voor de voedselvoorziening en biodiversiteit.[17] Ten slotte is de opslagcapaciteit van CO_2 beperkt. Om deze reden dringt de vraag zich op of scenario's met veel negatieve emissies wel reëel zijn.[18] De netto negatieve emissies in de verschillende scenariostudies variëren gemiddeld tussen een netto-onttrekking aan de atmosfeer van tussen de 0 en 350 Gton CO_2 in de tweede helft van de 21e eeuw.[19]

15 D.P. van Vuuren, A.F. Hof, M.A.E. van Sluisveld & K. Riahi 'Open discussion of negative emissions is urgently needed', *Nature Energy* 2, 2017, p. 902-904.

16 B.J. Strengers, H. Eerens, W. Smeets, G.J. van den Born & J. Ros, *Negatieve emissies. Technisch potentieel, realistisch potentieel en kosten voor Nederland,* Den Haag: PBL 2018.

17 P. Smith, S.J. Davis,F. Creutzig,S. Fuss,J. Minx, B. Gabrielle, E. Kato, R.B. Jackson, A. Cowie, E. Kriegler,D.P. van Vuuren, J. Rogelj, P. Ciais, J. Milne, J.G. Canadell, D. McCollum, G. Peters, R. Andrew, V. Krey, G. Shrestha, P. Friedlingstein, T. Gasser, A. Grübler, W.K. Heidug, M. Jonas, C.D. Jones, F. Kraxner, E. Littleton, J. Lowe, J.R. Moreira, N. Nakicenovic, M. Obersteiner, A. Patwardhan, M. Rogner, E. Rubin, A. Sharifi, A. Torvanger,Y. Yamagata, J. Edmonds & C. Yongsung, 'Biophysical and economic limits to negative CO_2-emissions', *Nature Climate Change 6*, 2016, p. 42-50.

18 Smith e.a. 2016, (zie noot 17) en K. Anderson & G. Peters, 'The trouble with negative emissions', *Science 354*, 2016, p. 182-183.

19 Riahi e.a. 2017 (zie noot 14).

Gezien de mogelijke nadelen (zie kader 4) lijkt het verstandig de afhankelijkheid van negatieve emissies zo veel mogelijk te beperken. Maar overigens is zowel met een beperkte bijdrage van negatieve emissies de reductie-opgave nog steeds zeer groot en is het belangrijk de emissies zo snel mogelijk tot nul terug te dringen (aangezien in baseline scenario's de emissies al snel in duizenden tonnen CO_2 ligt). Scenariostudies laten zien dat in praktische zin het 1,5 graden-doel zonder negatieve emissies nauwelijks haalbaar is maar zeker voor het 2 graden-doel kan een snelle omschakeling naar een CO_2-vrij systeem de noodzaak voor negatieve emissies wel heel sterk beperken.[20] Figuur 2 laat zien hoe volgens 'kostenoptimalisatie' computermodellen scenario's op weg naar het doel van 2 °C eruitzien. Wereldwijd bereikt de uitstoot in deze scenario's in de komende tien jaar een piek, gevolgd door snelle reducties. Rond 2060 zijn de CO_2-emissies in dergelijke scenario's nul, waarna de emissies eventueel negatief worden. Het IPCC-rapport geeft op basis van deze cijfers aan dat rond 2050 de reductie van alle broeikasgassen samen, ten opzichte van 2010, 40 à 70% (alle scenario's) moet zijn voor het 2 graden-doel. Voor het 1,5 graden-doel is het zelfs met negatieve emissies noodzakelijk een nulemissie voor 2050 te bereiken.

5 Het huidige beleid voldoet niet

Als onderdeel van het Klimaatakkoord hebben landen de *nationally determined contributions* ingediend, die beschrijven hoe zij broeikasgassen in de komende tien tot vijftien jaar willen terugdringen. Roelfsema e.a. (2020) hebben een uitvoerige analyse gemaakt van zowel het effect van alle plannen die landen hebben ingediend voor de mondiale emissies in 2025 en 2030 alsook het daadwerkelijk geïmplementeerd beleid[21] (figuur 2, referentiescenario). De scenario's consistent met het Parijs doel zouden ongeveer een emissiereductie van 40 tot 50% in 2030 moeten laten zien ten opzichte van de huidige trend (zelfs als we uitgaan van inzet van negatieve emissies).

20 A. Grubler, C. Wilson, N. Bento, B. Boza-Kiss, V. Krey, D.L. McCollum, N.D. Rao, K. Riahi, J. Rogelj, S. De Stercke, J. Cullen, S. Frank, O. Fricko, F. Guo, M. Gidden, P. Havlík, D. Huppmann, G. Kiesewetter, P. Rafaj, W. Schoepp & H. Valin, 'A low energy demand scenario for meeting the 1.5 °c target and sustainable development goals without negative emission technologies', *Nature Energy 3*, 2018, p. 515-527; D.P. van Vuuren, E. Stehfest, D.E.H.J. Gernaat, M. van Den Berg, D.L. Bijl, H.S. de Boer, V. Daioglou, J.C. Doelman, O.Y. Edelenbosch, M. Harmsen, A.F. Hof & M.A.E. van Sluisveld 'Alternative pathways to the 1.5 °c target reduce the need for negative emission technologies', *Nature Climate Change 8*, 2018, p. 391-397.

21 M. Roelfsema, H.L. van Soest, M. Harmsen, D.P. van Vuuren, C. Bertram, M. den Elzen, N. Höhne, G. Iacobuta, V. Krey, E. Kriegler, G. Luderer, K. Riahi, F. Ueckerdt, J. Després, L. Drouet, J. Emmerling, S. Frank, O. Fricko, M. Gidden, F. Humpenöder, D. Huppmann, S. Fujimori, K. Fragkiadakis, K. Gi, K. Keramidas, A.C. Köberle, L. Aleluia Reis, P. Rochedo, R. Schaeffer, K. Oshiro, Z. Vrontisi, W. Chen, G.C. Iyer, J. Edmonds, M. Kannavou, K. Jiang, R. Mathur, G. Safonov & S.S. Vishwanathan, 'Taking stock of national climate policies to evaluate implementation of the Paris Agreement', *Nature Communications 11*, 2020.

De reducties van de NDC's tellen echter maar op tot een reductie van ongeveer 17%, terwijl het daadwerkelijk geïmplementeerd beleid daarvan slechts een derde realiseert. Het huidige beleid is dus absoluut onvoldoende om het doel van 2 graden te halen. Uitgaande van het doel van 1,5 à 2° C is het dus noodzakelijk om wereldwijd in vrijwel alle landen de huidige plannen voor 2030 fors aan te scherpen.
Overigens hadden de onderhandelaars in Parijs wel voorzien dat landen niet meteen al hun kaarten op tafel zouden leggen en de meest ambitieuze reducties zouden beloven. Dat is dus waarom een *stocktake process* is afgesproken waar landen geacht worden hun beloftes aan te scherpen op basis van beschikbare wetenschappelijke informatie. De vraag is wel of dit proces snel genoeg is (de eerste *stocktake* staat gepland voor 2023).

6 Maar het kan wel

Scenariostudies laten echter ook zien dat het vanuit technologisch en economisch perspectief mogelijk is aan de Parijsdoelstellingen te voldoen. De technologische ontwikkeling heeft in de afgelopen jaren geleid tot een forse kostendaling van hernieuwbare energie, opslag van elektriciteit en elektrisch transport. Als gevolg hiervan is het nu makkelijker zich voor te stellen hoe in bepaalde sectoren het mogelijk is een 'nul-CO_2'-systeem te bereiken. Maar minstens zo belangrijk is ook het toegenomen bewustzijn van het klimaatprobleem bij zowel burgers als bedrijven. Deze twee factoren kunnen een springplank vormen voor het reduceren van emissies. Volgens scenariostudies kan dit worden bereikt door een combinatie van onder meer sterke verbetering van de efficiëntie van energieverbruik, veranderingen in energieaanbod, herbebossing en vermindering van niet-CO_2-emissies (zie ook verder in dit hoofdstuk). Met de modellen die gebruikt worden om de emissiepaden te berekenen, kan men ook de kosten van klimaatbeleid berekenen. De berekeningen laten zien dat de jaarlijkse kosten van extra klimaatbeleid ruwweg gelijk zijn aan 1 à 2% van het bruto nationaal product van de wereld.[22] Dat vertaalt zich in een iets lagere groei van de wereldeconomie. Het inschatten van het macro-economische effect is vrij onzeker, en meestal worden de baten van het klimaatbeleid (zoals afname van luchtverontreiniging en klimaatrisico's) niet meegenomen in de groeiberekeningen.

7 Consequenties voor Nederland

Het is in de komende jaren dus nodig de inspanningen van het klimaatbeleid in alle landen aan te scherpen ten opzichte van de huidige NDC's. Hierbij moet de noodzakelijke extra reductie op wereldniveau vertaald worden naar het nationale niveau. In de komende jaren zal er daardoor een flinke discussie zijn over (het aanscherpen

22 D.P. van Vuuren, K.I. van der Wijst, S. Marsman, M. van den Berg, A.F. Hof & C.D. Jones, 'The costs of achieving climate targets and the sources of uncertainty', *Nature Climate Change 10*, 2020, p. 329-334.

van) de nationale doelstellingen (de zogenoemde *global stocktake*). Daarbij vraagt het Akkoord van Parijs landen ook om langetermijnstrategieën (*mid-century*) te formuleren.

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat, zowel nationaal als internationaal, kostenefficiëntie niet het eerste argument zal zijn dat in een discussie rond het aanscherpen van de nationale doelstellingen wordt gebruikt, maar rechtvaardigheid. In dit kader is het belangrijk te beseffen dat het vanuit een mondiaal kostenperspectief aantrekkelijk is om veel maatregelen te nemen in ontwikkelingslanden, aangezien reducties daar vaak goedkoper zijn dan in rijke landen. Maar andere argumenten bij het verdelen van de inspanning zijn onder meer draagkracht, gelijkheid en verantwoordelijkheid (bijvoorbeeld voor historische klimaatverandering). In het verleden is er bedacht dat emissiereducties in ontwikkelingslanden ook gefinancierd kunnen worden vanuit rijke landen (zogenoemde flexibele instrumenten), om zo een eventueel dilemma tussen kostenoptimalisatie en rechtvaardigheid te doorbreken. De keuze binnen het Akkoord van Parijs om het beleid te concentreren op 'nationale acties' betekent dat het een open vraag is in welke mate dit soort 'flexibele' instrumenten kunnen en zullen worden ingezet.

Er bestaat een uitgebreide literatuur over hoe rechtvaardigheidsbegrippen vertaald zouden kunnen worden in berekeningen.[23] De verschillende principes leveren voor elk land een zeer grote bandbreedte op aan reductiedoelen. In de wetenschappelijke literatuur lijkt zich een consensus te ontwikkelen dat op de lange termijn een geleidelijke convergentie naar gelijke emissies per hoofd voor de hand ligt. Zo'n 'per capita convergentie' ligt qua resultaten ook meestal in het midden van de bandbreedte van uitkomsten van de verschillende rechtvaardigheidsprincipes en geeft voor veel landen (maar zeker niet voor alle) ook een redelijke verdeling van kosten per eenheid bnp.[24]

Rekening houdend met het feit dat het vaststellen van een 'rechtvaardige' bijdrage een maatschappelijke keuze is, kan er aan de hand van illustratieve berekeningen wel iets gezegd worden over de Nederlandse doelstelling. Hierbij veronderstellen we dat het niet meer mogelijk is om het bestaande beleid tot 2020 nog sterk aan te scherpen.

23 M.G.J. den Elzen, N. Höhne, B. Brouns, H. Winkler & H.E. Ott, 'Differentiation of countries' future commitments in a post-2012 climate regime. An assessment of the "South-North Dialogue" Proposal', *Environmental Science and Policy 10*, 2007, p. 185-203; H.D. Jacoby, M.H. Babiker, S. Paltsev & J.M. Reilly, 'Sharing the burden of ghg reductions', *Post-Kyoto International Climate Policy: Implementing Architectures for Agreement: Research from the Harvard Project on International Climate Agreements* 2009, p. 753-785; N.J. van den Berg, H.L. van Soest, A.F. Hof, M.G.J. den Elzen, D.P. van Vuuren, W. Chen, L. Drouet, J. Emmerling, S. Fujimori, N. Höhne, A.C. Kõberle, D. McCollum, R. Schaeffer, S. Shekhar, S.S. Vishwanathan, Z. Vrontisi & K. Blok, *Implications of various effort-sharing approaches for national carbon budgets and emission pathways*, Universiteit Wageningen 2019.

24 N.J. van den Berg, H.L. van Soest, A.F. Hof, M.G.J. den Elzen, D.P. van Vuuren, W. Chen, L. Drouet, J. Emmerling, S. Fujimori, N. Höhne, A.C. Kõberle, D. McCollum, R. Schaeffer, S. Shekhar, S.S. Vishwanathan, Z. Vrontisi & K. Blok, *Implications of various effort-sharing approaches for national carbon budgets and emission pathways*, Universiteit Wageningen 2019.

Studies geven aan dat de emissies wereldwijd, naar verwachting tussen 2015 en 2019, beperkt zullen toenemen[25] (we laten hier dus het effect van Covid-19 buiten beschouwing vanwege de onzekerheid op langetermijneffecten, zie kader 3). Vanaf 2020 veronderstellen we vervolgens een lineaire reductie, zowel wereldwijd, in Europa als in Nederland, om te voldoen aan het koolstofbudget. Om hieraan emissiepaden voor Europa en Nederland te ontlenen, nemen we in deze illustratieve berekeningen aan dat in 2050 de emissies per hoofd van de bevolking wereldwijd dezelfde waarde zullen bereiken (zoals hierboven aangegeven is dit slechts een van de mogelijke rechtvaardigheidscriteria).
Vervolgens gaan we uit van drie scenario's:

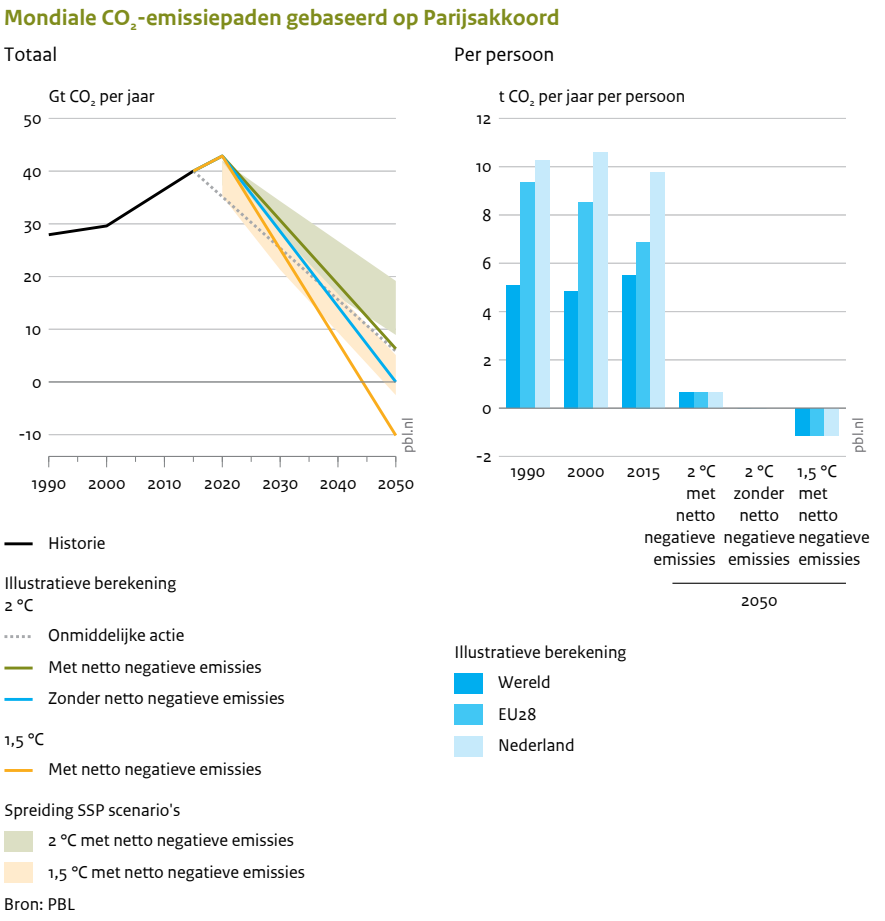
1. het behalen van het doel van 2 °C met meer dan 66% kans (*well below* 2 °C), uitgaande van het kunnen realiseren van 150 Gton CO_2 netto negatieve emissies;
2. het behalen van het doel van 2 °C met meer dan 66% kans (*well below* 2 °C) zonder negatieve emissies;
3. het behalen van het doel van 1,5 °C met meer dan 50% kans met 350 Gton CO_2 negatieve emissies.

De hoeveelheid negatieve emissies is redelijk in lijn met waarden die ook in de literatuur worden gebruikt, en de observatie dat in de meeste scenario's het gebruik van netto negatieve emissies toeneemt met de ambitie van het klimaatbeleid.[26]

Figuur 3a toont voor de drie scenario's de ontwikkeling van CO_2-emissies. De illustratieve berekeningen laten zien dat er sterke reducties van deze emissies nodig zijn. De uitkomsten van de illustratieve berekeningen (lijnen) zijn consistent met de eerder getoonde modelscenario's van complexe modellen, waarvan de spreiding wordt weergegeven door de gekleurde vlakken. In figuur 3b kijken we vervolgens naar de emissietrends per hoofd in de wereld, de EU en Nederland, uitgaande van eerdergenoemde convergentie naar het wereldniveau. We doen dat voor elk van de drie genoemde scenario's. Historisch bestaan er grote verschillen tussen de emissietrends op deze schaalniveaus, die ook de emissiereducties richting 2050 beïnvloeden ten opzichte van 2010. Voor Nederland leveren deze berekeningen voor 2030 een reductie op van 40 tot ongeveer 50% wat betreft de bandbreedte van scenario's die hier zijn bekeken (dus met en zonder negatieve emissies en voor 2 °C en 1,5 °C). Opnieuw moet er worden benadrukt dat het hier cijfers betreft die zijn gebaseerd op berekeningen voor alleen CO_2.

25 G.P. Peters, R.M. Andrew, J.G. Canadell, P. Friedlingstein, R.B. Jackson, J.I. Korsbakken, C. Le Quéré & A. Peregon, Carbon dioxide emissions continue to grow amidst slowly emerging climate policies, Nature Climate Change *10*, 2020, p. 3-6; zie www.nature.com/articles/s41558-019-0659-6.

26 D.P. van Vuuren, E. Stehfest, D.E.H.J. Gernaat, M. van Den Berg, D.L. Bijl, H.S. de Boer, V. Daioglou, J.C. Doelman, O.Y. Edelenbosch, M. Harmsen, A.F. Hof & M.A.E. van Sluisveld, 'Alternative pathways to the 1.5 °c target reduce the need for negative emission technologies', *Nature Climate Change 8*, 2018, p. 391-397.



Figuur 3 Illustratieve scenario's gebaseerd op het Parijsakkoord: (1) emissiepaden voor de wereld (links) en (2) emissies per persoon, wereldgemiddelde, EU28 en Nederland.

In 2019 is in Nederland een nationaal klimaatakkoord bereikt – met betrokkenheid van de overheid en een groot aantal maatschappelijke partijen. In de besprekingen is uitgegaan van een reductiedoelstelling voor Nederland in 2030 aangaande alle broeikasgassen van 49%. Deze doelstelling is net als de cijfers hier gebaseerd op een rechte lijn tussen de huidige emissies en in dit geval op de doelstelling van 95% (voor alle gassen) in 2050. Deze laatste is gebaseerd op eerdere communicatie rond de Europese emissiereductiedoelen.[27] Op basis van de berekeningen hierboven kan er worden geconcludeerd dat voor 1,5 graden de doelstelling voor 2030 wat betreft

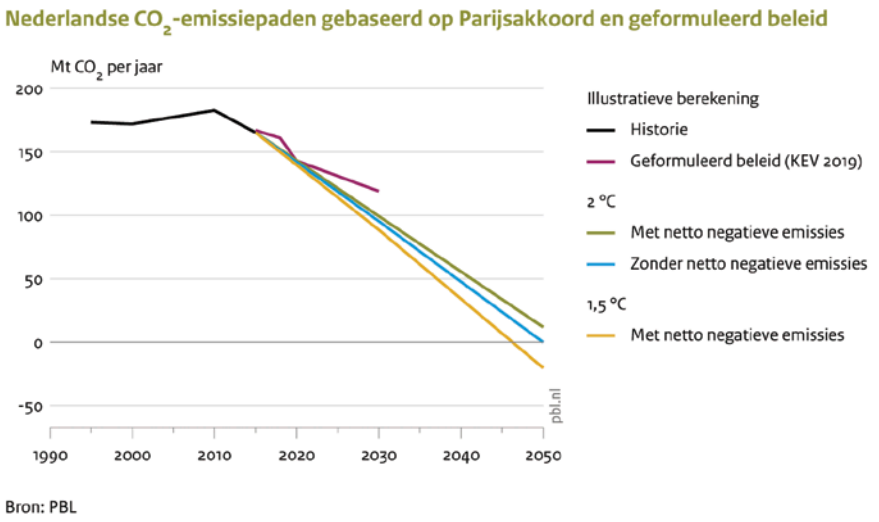
27 PBL, *Klimaat en Energieverkenning 2019*, Den Haag: PBL 2019.

alle broeikasgassen iets scherper zou moeten zijn, maar dat de doelstelling redelijk in lijn is met het 2 graden-doel. De verwachte uitstoot in 2030 in Nederland wordt dus bepaald door de ambities van het klimaatakkoord en de vertaling hiervan in concrete maatregelen van de overheid en betrokken partijen. Daarbij geldt dat de broeikasgasemissies tussen 1990 en 2015 zijn afgenomen met 11%, maar vooral door het reduceren van niet-CO_2-emissies. De CO_2-emissies zijn na een piek in 2010, gevolgd door een daling in laatste jaren, nog steeds rond het niveau van 1990 (figuur 4). De Klimaat en Energieverkenning (KEV-2019) maakt een eerste schatting van de mogelijke effectiviteit van het bestaande beleid sinds het afsluiten van het klimaatakkoord. Volgens de berekeningen zou bestaand en voorgenomen beleid naar schatting een reductie opleveren van zo'n 20-30% voor CO_2 beneden het niveau van 1990 (en 30-40% ten opzichte van de piek in 2010). Voor alle broeikasgassen samen is de reductie zo'n 30-40% ten opzichte van 1990. Het voorgenomen beleid is daarmee duidelijk nog niet in lijn met de doelstelling en zeker ten opzichte van de illustratieve berekeningen in dit artikel. Wel is sprake van een duidelijke trendbreuk, De afgelopen tien jaar zijn de CO_2-emissies met zo'n 6% afgenomen, dat wil dus zeggen zo'n 0,6 procentpunt per jaar (ten opzichte van de uitstoot in 1990). Het voorgenomen beleid zou mogelijk leiden tot een reductie van 2.1 procentpunt per jaar (met een bandbreedte van 1.4-2.6). Voor de eerder gepresenteerde scenario's zou de emissiereductie 2,6-2,8 procentpunt (2 °C) en 3,4 procentpunt (1,5 °C) per jaar van de emissies van 1990 impliceren.

8 Haalbaarheid

Verkenningen in de afgelopen jaren hebben laten zien dat het op basis van technische en economische overwegingen mogelijk is om tot een vérgaande vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in Nederland te komen op basis van onder andere energiezuinige processen, hernieuwbare energie in plaats van kolen, olie en aardgas, emissievrij vervoer, elektrificatie in de warmtevoorziening, groene brandstoffen, en afvang en opslag van CO_2. Nederland is natuurlijk afhankelijk van het Europese beleid, onder meer vanwege de emissiehandel. Maar nationaal zouden de illustratieve berekeningen betekenen dat, voor het Akkoord van Parijs, het beleid gericht zou moeten zijn op ongeveer volledige decarbonisatie in 2050 (dat wil zeggen een netto-uitstoot van ongeveer nul). Een dergelijk doel is alleen haalbaar als de voorbereiding en uitvoering snel worden opgepakt, omdat het om zeer ingrijpende veranderingen gaat. Het nemen van alleen de eenvoudige (en kosteneffectieve) maatregelen is niet voldoende om een dergelijk doel te bereiken. Investeringen in de komende tien jaar zullen niet alleen bepalen hoe op de korte termijn de emissies zich ontwikkelen, maar ook hoe het Nederlandse energiesysteem eruitziet in 2050. Het is daarom van belang dat er (naast kortetermijnreducties) voldoende aandacht is voor innovatieve technieken die nu nog relatief duur zijn maar op de lange termijn onmisbaar om het doel te kunnen halen. Daarbij is zo'n transitie een zodanig ingrijpend proces dat het verstandig is om maatschappelijke partijen en burgers een actieve rol te geven, zoals nu gebeurt in de dialoog rond klimaatbeleid. De aangekondigde Klimaatwet kan ook helpen om het langetermijnperspectief vast te leggen.

PBL-verkenningen (zoals Ros en Daniëls[28]) laten zien dat er verschillende varianten zijn die kunnen leiden tot een reductie van 80% in het jaar 2050, maar dat de keuzemogelijkheden veel geringer zijn om het doel te realiseren van de 95% emissiereductie in 2050. Daarvoor zijn in ieder geval een forse energiebesparing en de inzet van hernieuwbare energie van belang. De rol van CO_2-opslag hangt mede af van de totale doelstelling. Het is vooral bij een doel dat meer dan 95% reductie vereist zeer moeilijk te bedenken hoe dit zonder CCS zou kunnen. Net als voor de rest van de wereld zouden negatieve emissies ook een belangrijke optie kunnen zijn voor het Nederlandse beleid (zoals de afvang van CO_2 die vrijkomt bij de productie van groen gas en biobrandstoffen.[29] Hoewel het in de literatuur rond scenario's nog weinig bekeken is, zou ook de verandering van levensstijl een bijdrage kunnen leveren.[30]



Figuur 4 Illustratieve emissiepaden voor Nederland, consistent met het Parijs Akkoord en de geprojecteerde ontwikkeling bij huidig beleid (KEV-2019).

28 J. Ros & B. Daniëls, *Verkenning van klimaatdoelen. Van lange termijn beelden naar korte termijn actie*, Den Haag: PBL 2017.

29 B.J. Strengers, H. Eerens, W. Smeets, G.J. van den Born & J. Ros, *Negatieve emissies.Technisch potentieel, realistisch potentieel en kosten voor Nederland,* Den Haag: PBL 2018.

30 D.P. van Vuuren, E. Stehfest, D.E.H.J. Gernaat, M. van Den Berg, D.L. Bijl, H.S. de Boer, V. Daioglou, J.C. Doelman, O.Y. Edelenbosch, M. Harmsen, A.F. Hof & M.A.E. van Sluisveld, 'Alternative pathways to the 1.5 °C target reduce the need for negative emission technologies', *Nature Climate Change 8*, 2018, p. 391-397.

9 Concluderende opmerkingen

De komende tien jaar zijn, zowel wereldwijd als in Nederland, cruciaal om de klimaatverandering te laten voldoen aan de doelstellingen van het Akkoord van Parijs. Hiervoor is het op korte termijn nodig om een breuk met het verleden te bewerkstelligen, en de emissies sneller te reduceren. Het vaststaande en voorgenomen beleid in Nederland leidt nog niet tot een reductie overeenkomstig de Parijse doelen. In Nederland geldt dat CO_2-emissies met zo'n 40 à 50% zullen moeten worden gereduceerd rond 2030 (de reductiedoelen voor alle broeikasgassen samen zijn, zoals eerder gemeld, aanzienlijk groter; de huidige voorstellen van 49% en 55% voor respectievelijk 2 °C en 1,5 °C zijn gebaseerd op een vergelijkbare methode, maar dan uitgaande van de totale broeikasgasemissie). Dit betekent dus dat al op korte termijn een forse aanscherping nodig is van het Nederlands beleid. Voor 2050 geven de illustratieve berekeningen aan dat er gestreefd zou moeten worden naar een bijna volledige decarbonisatie (en zelfs naar negatieve emissies voor 1,5 °C). Hier zijn dus ingrijpende veranderingen nodig. Duidelijk is dat investeringen vooral gericht zullen moeten zijn op (bijna) volledige decarbonisatie van het energiesysteem in 2050. Er gelden hierbij ook enkele belangrijke nevenvoordelen zoals een verminderde afhankelijkheid van energie-importen en een forse verbetering van de luchtkwaliteit. In de praktijk betekent dit dat vanaf nu alle energie investeringen op dit doel gericht moeten zijn. Het is zowel in Nederland als wereldwijd op korte termijn noodzakelijk om na te denken welke rol de negatieve emissies krijgen, en welke gevolgen dat heeft voor bijvoorbeeld de voedselvoorziening. Een langetermijnperspectief op klimaatbeleid is daarom vereist.

3 Klimaatbeleid in Europa en Nederland: een overzicht van doelen en voortgang

Sanne Akerboom[1] *en Chris Backes*[2]

Samenvatting

Deze bijdrage bevat een overzicht van de klimaatdoelstellingen van de EU en van Nederland voor de periodes tot 2020, 2030 en voor 2050. De EU haalt haar *reductiedoelstelling voor broeikasgasemissies* van 20% voor 2020 ten opzichte van 1990 ruim. Nederland laat een wisselend beeld zien. De laatste projectie zag op een reductie van 21-22%, genoeg voor Europa, maar niet voor de *Urgenda*-doelstellingen. Vanwege de coronacrisis valt de reductie hoger uit. Dit is niet per se een verdienste van klimaatbeleid, hoewel het kabinet alsnog extra maatregelen heeft voorgesteld vanwege de *Urgenda*-doelstellingen. Het *aandeel hernieuwbare energie* steeg in de gehele EU eind 2018 tot 18,9% en de EU zal in 2020 het beoogde aandeel van 20% waarschijnlijk net kunnen halen. Nederland haalt zijn doelstellingen ruimschoots niet en kan aan de verplichtingen uit de richtlijn uiteindelijk alleen voldoen door inkoop uit het buitenland. Het lijkt erop dat de EU als geheel de doelstelling voor *energie-efficiëntie* niet zal behalen. Nederland daarentegen ligt wel op koers.

1 Inleiding

Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de klimaatdoelstellingen van de EU en van Nederland. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen drie tijdslijnen: de doelstellingen tot (en met) 2020, de doelstellingen voor de periode van 2020 tot 2030 en de langetermijndoelstellingen voor 2050. Wat de Nederlandse doelstellingen betreft wordt, voor zover van toepassing, een onderscheid gemaakt tussen de doelstellingen die uit het internationaal en vooral uit het Europees recht voor Nederland voortvloeien en de doelstellingen die Nederland, aanvullend, zelf heeft gesteld. Naast het overzicht van de doelstellingen geeft de bijdrage ook een antwoord op de vraag of Nederland aan de doelstellingen voor 2020 voldoet, respectievelijk zal voldoen, voor zover dat naar de stand van zaken in de lente 2020 kan worden voorspeld. Dit hoofdstuk beperkt zich tot de weergave van de feiten en feitelijke inschattingen en verbindt daar geen verdere analyse of conclusies aan. Binnen dit boek beoogt het

1 Sanne Akerboom is werkzaam als onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law en het Copernicus Instituut voor Duurzame Ontwikkeling, Universiteit Utrecht, project 'Energy in Transition' binnen 'Pathways to Sustainability'.

2 Chris Backes is werkzaam als hoogleraar omgevingsrecht, Utrecht University, Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

voor de klimaatdoelstellingen en -prestaties een feitelijke basis te bieden die door andere bijdragen als referentiekader kan worden gebruikt.

2 Europees en Nederlands klimaatbeleid tot 2020

2.1 Europese doelstellingen en vertaling naar lidstaten tot 2020

De Europese Unie heeft alle internationale klimaatverdragen – UNFCCC,[3] het bijbehorende Kyotoprotocol[4] en de Doha-aanpassing van het Kyotoprotocol[5] – ondertekend en geratificeerd. Om aan deze internationale kaders te voldoen heeft de EU doelstellingen geformuleerd in drie pijlers binnen het klimaat- en energiebeleid: broeikasgasemissiereductie, aandeel hernieuwbare energie en energie-efficiëntie.

De eerste reeks aan bindende doelstellingen zijn gesteld tot eind 2020. Op die datum moet er binnen de EU 20% *emissiereductie van broeikasgassen* ten opzichte van 1990 zijn bereikt, 20% *hernieuwbare energie*[6] zijn gerealiseerd en 20% *energie-efficiëntie*[7] zijn behaald. Deze doelstellingen worden op verschillende wijzen vertaald naar lidstaatspecifieke doelstellingen. Dit en de behaalde resultaten worden hieronder besproken.

Emissiereductie
De doelstelling voor emissiereductie wordt opgesplitst in CO_2-emissies die onder het Europese emissiehandelssysteem vallen ('Gemeenschapsregeling vastgesteld

3 https://unfccc.int/node/61063.
4 https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol/what-is-the-kyoto-protocol/kyoto-protocol-targets-for-the-first-commitment-period.
5 Op de achtste conferentie van de partijen bij het Kyotoprotocol werd op 8 december 2012 tot een aanpassing van het Kyotoprotocol besloten, het zogenoemde Doha-amendement. Dit amendement is echter geen geldend internationaal recht omdat het niet in werking is getreden. In het voorjaar 2020 was het maar door 137 partijen geratificeerd, terwijl voor de inwerkingtreding 144 ratificaties nodig zouden zijn; zie https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment, laatst geraadpleegd 23 mei 2020. De EU wil zich wel aan het Doha-amendement houden, ook al bestaat daarvoor geen internationaalrechtelijke verplichting.
6 Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG. Het aandeel van 20% is een gemiddelde op EU-niveau. Niet elk land hoeft individueel 20% te behalen. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat in 2005 – het gekozen peiljaar – enkele lidstaten verschillende aandelen hernieuwbaar hadden. Sommige lidstaten zaten al dichtbij het doel, terwijl andere – waaronder Nederland met een aandeel van 2,4% – hier ver vandaan zaten. Derhalve werd ervoor gekozen individuele doelen in te stellen.
7 Richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG.

voor de handel in broeikasgasemissierechten, 'het EU-ETS',[8] hierna: ETS) en emissies die hier niet onder vallen (niet-ETS). Voor de laatstgenoemde categorie emissies geldt de zogenoemde *effort sharing decision*.[9] In 2018 bedroegen de onder het ETS vallende emissies 87 van in totaal 188 megaton, dus ruim 46%, de niet-ETS emissies 101 Megaton, dus krap 54%. Voor Nederland werd geen specifieke ETS CO_2-emissiedoelstelling vastgesteld, maar wel voor de niet-ETS-emissies, namelijk 16% reductie ten opzichte van 2005.[10] Vanwege het *Urgend*a-arrest werd de Nederlandse CO_2-emissiereductie verhoogd tot 25% ten opzichte van 1990, zonder dat daarbij onderscheid is gemaakt tussen de onder ETS vallende emissies en de niet onder ETS vallende emissies.[11] Volgens de klimaat- en energieverkenning 2019 (KEV 2019) was in 2017 13% reductie bereikt en in 2018 15%.[12] Om de *Urgenda*-eis toch nog te kunnen halen zijn en worden extra maatregelen genomen. Zo werd de oudste van de kolencentrales, Hemweg te Amsterdam, eind 2019 gesloten.[13] Vanwege deze en andere extra maatregelen werd in de KEV 2019 geschat dat de totale emissiereductie eind 2020 uit zou komen op 23% minder dan in 1990 met een onzekerheidsmarge van 19-26%.[14] In ramingen van december 2019 komt de reductie echter slechts op 21-22% uit, waarmee de Europese doelstelling wel, maar de *Urgenda*-doelstelling waarschijnlijk niet zou worden behaald.[15] Door de coronacrisis zou de *Urgenda*-doelstelling voor het jaar 2020 met een verwachte reductie van tussen 24 en 29% echter (eenmalig) wel kunnen worden gehaald,[16] maar deze tijdelijke emissiedip zal naar verwachting niet doorzetten in 2021 en dit is ook geen gevolg van klimaatbeleid, maar van de gezondheids- en financiële crisis. Er kan daarom volgens het kabinet 'niet gekapitaliseerd worden op een uitstootvermindering als gevolg van de coronacrisis' voor 2021 en de jaren daarna.[17] Om na 2020 wel (minimaal) aan het *Urgenda*-vonnis te kunnen voldoen zal de elektriciteitsproductie in de overige kolencentrales,

8 Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad.

9 Beschikking nr. 406/2009/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake de inspanningen van de lidstaten om hun broeikasgasemissies te verminderen om aan de verbintenissen van de Gemeenschap op het gebied van het verminderen van broeikasgassen tot 2020 te voldoen.

10 Beschikking nr. 406/2009/EG ('effort sharing decision'), Bijlage I.

11 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

12 KEV 2019, p. 11.

13 Zie ook brief van de minister van EZK, Aanbiedingsbrief rapportage PBL – Actualisatie CO_2-emissies 2020 van 17 december 2019, *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 431.

14 PBL, RIVM, RVO, ECN/TNO en CBS, Klimaat- en Energieverkenning 2019, 2019, zie voor CO_2-emissiereductie p. 79, voor aandeel hernieuwbare energie p. 12 en voor energiebesparing p. 109.

15 Zie Brief van de minister van EZK 'Uitvoering Urgenda-vonnis' van 24 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 496.

16 Zie PBL, *De invloed van de coronacrisis op de Nederlandse broeikasgasemissies*, Den Haag: PBL, 20 april 2020.

17 Zie Brief van de minister van EZK 'Uitvoering Urgenda-vonnis' van 24 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 496.

met nadeelcompensatie, worden beperkt voor zover dat nodig is. Daarnaast heeft de regering nog een aanvullend pakket van maatregelen aangekondigd, zoals het verhogen van SDE+-subsidies voor hernieuwbare energieprojecten.[18]

Op EU-niveau is de CO_2-emissiereductie eind 2018 totaal 23% ten opzichte van 1990.[19] De doelstelling voor de EU van een reductie van 20% wordt dus ruimschoots gehaald.

Hernieuwbare energie
Op basis van onder meer het aandeel hernieuwbare energie in EU-landen in het peiljaar, 2005, is de doelstelling van 20% vertaald naar individuele doelen voor lidstaten. Deze is voor Nederland vastgesteld op 14%.[20] In 2018 was Nederland met iets minder dan 7,4% niet alleen het slechtst presterende EU-land(!), maar ook nog het land met het grootste gat tussen de doelstelling en de feitelijke realisatie.[21] Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat Nederland het noodzakelijke aandeel hernieuwbare energie behaalt. Volgens de meest recente Klimaat- en Energieverkenning (KEV) van het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) van november 2019 stijgt het aandeel hernieuwbare energie onder huidig beleid per 2020 tot 11,4%, bijna 3% te weinig om aan de Europese verplichtingen te voldoen. Nederland gaat daarom 8 tot 16 terawattuur hernieuwbare energie van Denemarken kopen. De richtlijn biedt daar, onder voorwaarden, mogelijkheden voor. Het niet zelf voldoen aan de Europese eisen kost Nederland tussen 100 en 200 miljoen euro.[22]

Op EU-niveau (EU27) werd in 2018 een aandeel hernieuwbare energie van 18,9%[23] behaald en het wordt aannemelijk geacht dat de doelstelling van 20% waarschijnlijk net zal worden behaald. Als het Verenigd Koninkrijk in 2020 nog zou meetellen (EU28), dan zou de doelstelling echter hoogstwaarschijnlijk niet worden behaald. Eind 2018 bedroeg het aandeel hernieuwbare energie in de EU28 slechts 17,9%.

18 Zie brief Minister van EZK 'Uitvoering Urgenda-vonnis' van 24 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 496

19 https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/progress_en.

20 Richtlijn 2009/28/EG, Bijlage I. Dit heeft te maken met het aandeel hernieuwbare energie zoals gerealiseerd in het peiljaar, 2005, in welk jaar Nederland 2,4% gerealiseerd had. Andere landen, zoals Zweden, hadden reeds een veel hoger aandeel. Het werd derhalve onredelijk bevonden om landen zoals Nederland ook aan de 20% te houden en daarop werden individuele doelstellingen gesteld.

21 Eurostat, Share of energy from renewable sources, last update 6-3-2020, https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_ind_ren&lang=en, laatst bezocht 14 mei 2020.

22 Brief van de minister van EZK aan de Tweede Kamer van 19 juni 2020, kenmerk DGKE-E / 20154080.

23 Eurostat, Share of energy from renewable sources, last update 6-3-2020, https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=nrg_ind_ren&lang=en, laatst bezocht 14 mei 2020.

Energie-efficiëntie
De energie-efficiëntiedoelstelling wordt opgesplitst in twee verplichtingen aan lidstaten. Ten eerste geldt de verplichting uit artikel 3 van de richtlijn[24] om een streefcijfer voor efficiëntie vast te stellen. De lidstaten kunnen kiezen tussen verschillende mogelijkheden om energie-efficiëntie uit te drukken en te meten, waaronder een vermindering van het energieverbruik. Nederland heeft gekozen voor het vaststellen van een plafond voor zowel het primaire als voor het finale energieverbruik: 2.541 Petajoule[25] respectievelijk 2.186 Petajoule (PJ).[26] Op basis van de KEV 2019 is de voorspelling dat het primaire energieverbruik zal uitkomen op 2.601 PJ (bandbreedte 2.517-2.693) en het finale energieverbruik op 2.080 PJ (bandbreedte (2.017-2.217). Hiermee wordt het streven voor het primaire energieverbruik waarschijnlijk niet, maar het finale energieverbruik waarschijnlijk wel behaald.

Ten tweede moeten lidstaten op grond van artikel 7 van diezelfde richtlijn een te realiseren energiebesparing vaststellen. Voor Nederland komt dit uit op 482 PJ voor de periode tussen 2014 en 2020. In de periode tussen 2014 en 2017 werd reeds 516 PJ bespaard, waarmee de verplichting uit artikel 7 ruimschoots wordt behaald.
Of de EU als geheel haar doelstelling van 20% zal behalen is ongewis, maar ook onwaarschijnlijk. Zo lag in 2015 het primaire energieverbruik 10,7% lager dan in 2005 en het finale energieverbruik 9% lager dan in 2005.[27] Er zijn echter geen cijfers voor de jaren na 2015 en er zijn sterke indicaties dat het energieverbruik na 2015 gestaag steeg.[28] Ook lagen rond 2015 meerdere lidstaten niet voldoende op schema om hun doelstellingen te behalen. Het beeld over het al dan niet halen van het energie-efficiëntiedoel op EU-niveau is dan ook niet duidelijk.

Conclusie
De CO_2-*emissiereductie* in de EU ligt eind 2018 in totaal, dus de ETS en niet-ETS bij elkaar opgeteld, op 23% in vergelijking met 1990.[29] Nederland zou naar de meest recente verwachtingen zonder invloed van de coronacrisis een CO_2-emissiereductie van 21 tot 22% behalen, maar kan als gevolg van de coronacrisis waarschijnlijk toch voldoen aan de 25% emissiereductie in 2020. Dit is echter geen structurele reductie noch een verdienste van klimaatbeleid. Het *aandeel hernieuwbare energie* steeg in de gehele EU eind 2018 tot 18,9% en de EU zal in 2020 het beoogde aandeel van

24 Richtlijn 2012/27/EU.
25 Dat is de hoeveelheid primaire energie die nodig is om aan de vraag naar energie in Nederland te voldoen.
26 Dat is het energieverbruik door de eindverbruikers zoals huishoudens, industrie enz. in Nederland.
27 www.eea.europa.eu/themes/climate/trends-and-projections-in-europe/trends-and-projections-in-europe-2017/progress-of-the-european-union-1.
28 EEA, The European Environment, state and outlook 2020, Luxembourg 2019, p. 167 en EEA, Trends and projections in Europe 2019 – Tracking progress towards Europe's climate and energy targets, Luxembourg 2019, p. 51
29 https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/progress_en. Zie EEA Report, No. 15/2019.

20% waarschijnlijk net kunnen halen. Nederland haalt zijn doelstelling ruimschoots niet en kan aan de verplichtingen uit de richtlijn uiteindelijk alleen voldoen door inkoop uit het buitenland.[30] Binnen Europees verband blijkt het lastig om de *energie-efficiëntiedoelstelling* te behalen. Het lijkt erop dat de EU als geheel deze doelstelling niet zal behalen.[31] Nederland daarentegen ligt wel goed op koers.

Tabel 1 Overzicht EU-doelstellingen tot 2020 en voortgang

Doelstelling	**EU-doel**	**Vertaald voor NL naar**	**Europese voortgang**	**Nederlandse voortgang[32]**
CO_2-emissie-reductie	20%	Niet-ETS: 16% Urgenda: 25%	2018, Niet-ETS en ETS tezamen: 23%[33]	2018: 15% Verwacht 2020 zonder corona: 21-22%, door corona 24-29%
Aandeel hernieuwbare energie	20%	14%	2018: 18,9% Verwacht 2020: 20%	2018: 7,4% Verwacht 2020: 11,4%
Energie-efficiëntie *Artikel 3*	20%	Primair energieverbruik 2.541 PJ Finaal energieverbruik 2.186 PJ	10,7% primair energieverbruik t.o.v. 2005 9% finaal energieverbruik t.o.v. 2005	Verwacht 2020: Primair energieverbruik 2.601 (2.517-2.693) PJ Finaal energieverbruik 2.080 (2.017-2.127) PJ
Energie-efficiëntie *Artikel 7*	20%	482 Petajoule	Onduidelijk	516 PJ tussen 2014 en 2017

2.2 Aanvullend Nederlands klimaatbeleid tot 2020

Op Nederlands niveau zijn de doelstellingen in het Energieakkoord van 2013 nader ingevuld en uitgewerkt. In dit akkoord hebben 47 partijen, waaronder de Rijksoverheid, brancheorganisaties en commerciële partijen, zich gecommitteerd

30 Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Renewable Energy Progress Report, COM(2019) 225 final, 9 April 2019. Zie EEA Report, No. 15/2019.

31 www.eea.europa.eu/airs/2018/resource-efficiency-and-low-carbon-economy/energy-efficiency. Zie ook EEA Report, No. 15/2019, Trends and projections in Europe 2019. Tracking progress towards Europe's climate and energy targets, October 2019.

32 KEV 2019.

33 Eind 2018.

aan afspraken ten behoeve van energie-efficiëntie en -besparing en aandeel hernieuwbare energie.[34] Er zijn vijf hoofddoelen geformuleerd: (1) een besparing van het energieverbruik met gemiddeld 1,5% per jaar; (2) 100 Petajoule energiebesparing per 2020; (3) een toename van het aandeel hernieuwbare energieopwekking naar 14% in 2020 en (4) 16% in 2023 en (5) ten minste 15.000 voltijdbanen extra. Deze hoofddoelstellingen zijn in verschillende subdoelstellingen uitgewerkt.

Zo wordt de energiebesparing van 100 Petajoule opgesplitst tussen gebouwde omgeving (53 PJ) en industriële en agropartijen (34 PJ).[35] In 2015 bleek dat deze doelstelling buiten bereik was en werd geschat dat eind 2020 55 PJ gerealiseerd zou kunnen worden.[36] Daarom werd een pakket aan aanvullende maatregelen afgesproken.[37] Zo werd afgesproken om een besparingsverplichting voor energieleveranciers in te stellen, die kan leiden tot 15 of 20 PJ energiebesparing. Met de ETS-bedrijven werden een-op-een afspraken gemaakt over energiebesparing, in zogeheten MEE-convenanten, welke moesten optellen tot 9 PJ.[38] Met de niet-ETS bedrijven werden ook afspraken gemaakt, in zogeheten MJA-convenanten, alhoewel hieraan geen specifiek PJ-doelstelling aan energiebesparing werd verbonden.[39] Ook moest binnen de gebouwde omgeving 10 PJ extra energie bespaard worden.[40]

In de voortgangsrapportage van het Energieakkoord 2018 wordt aangekondigd dat de 9 PJ zoals afgesproken met ETS-bedrijven behaald zal worden.[41] Uit de Klimaat- en Energieverkenning van 2019 blijkt echter dat er een besparing van slechts 7,6 PJ verwacht wordt.[42] De afspraken met de niet-ETS bedrijven hebben geleid tot een extra 1,6 PJ besparing.[43] De energiebesparingsverplichting uit het Activiteitenbesluit werd in het kader van het Energieakkoord uitgewerkt door vaststelling van een lijst met erkende maatregelen en een informatieplicht. Door deze maatregel lijkt volgens de KEV 2019 een besparing van 2,7 PJ te kunnen worden gerealiseerd.[44] Of de extra

34 www.ser.nl/nl/thema/energie-en-duurzaamheid/energieakkoord/wat.
35 Zie bijvoorbeeld voortgangsmonitor Energieakkoord, 2015, p. 58.
36 Voortgangrapportage 2015: www.ser.nl/-/media/ser/downloads/thema/energieakkoord/voortgangsrapportage-2015.pdf?la=nl&hash=96F3564537DC4BA3C33AC9C40A76DD1C.
37 *Kamerstukken II* 2015/16, 30196, nr. 456, Brief van de minister van Economische Zaken, intensiveringspakket Energieakkoord, 17 mei 2016.
38 Hiertoe sluiten zij een zogenoemd convenant af met het ministerie, zie voortgangsrapportage 2017: www.ser.nl/nl/thema/energie-en-duurzaamheid/energieakkoord/-/media/2B8D1F533DE24AACBCCAFDBAF36A3BE8.ashx, p. 16.
39 MJA-bedrijven, zie voortgangsrapportage 2017: www.ser.nl/nl/thema/energie-en-duurzaamheid/energieakkoord/-/media/2B8D1F533DE24AACBCCAFDBAF36A3BE8.ashx, p. 16.
40 Voortgangsrapportage 2017, p. 2; zie ook de bijdrage van Valérie van ’t Lam (hoofdstuk 8) in deze bundel.
41 Voortgangsrapportage 2018, zie domein 2.
42 KEV 2019, p. 131.
43 KEV 2019, p. 130.
44 KEV 2019, p. 131.

10 PJ besparing in de gebouwde omgeving gerealiseerd zal worden is volgens het PBL lastig meetbaar, onder andere vanwege gedragsverandering. Daarom wordt een bandbreedte van een besparing tussen 5,2 en 10,4 PJ eind 2020 aangenomen.[45] In totaal is de verwachting dat van de doelstelling om 100 PJ te besparen per 2020 80 PJ gerealiseerd kunnen worden, waarbij een bandbreedte wordt aangegeven van 48-111 PJ.[46] Uit dezelfde KEV blijkt echter wel dat de energie-efficiëntiedoelstelling van 1,5% per jaar wordt gehaald.[47]

Het aandeel hernieuwbare energie voor 2020 en 2023 wordt geconcretiseerd door doelen voor wind op land: 6.000 megawatt (MW) opgesteld vermogen per 2020 en 4.450 MW opgesteld vermogen wind op zee per 2023. Naar verwachting wordt de wind op zee-opgave in 2023 behaald, dan wel snel na 2023. Alle *tenders* zijn vergund en drie van de vijf parken worden in 2021 operationeel, nummer 4 per 2023 en nummer 5 hoogstwaarschijnlijk rond 2023/2024.
Om de 6.000 MW wind op land te behalen heeft het Rijk in de Structuurvisies Infrastructuur en Ruimte[48] en Windenergie op Land[49] elf windzoekgebieden aangewezen waar grootschalige parken van minstens 100 MW moeten worden gerealiseerd. Via provinciale inpassingsplannen en de Rijkscoördinatieregeling zou de realisatie hiervan gecoördineerd worden. De resterende opgave tot 6.000 MW werd tussen de provincies verdeeld met de opdracht dit per provincie zelfstandig in te passen.[50] Uit de laatste evaluatie van de voortgang van het behalen van deze doestelling blijkt echter dat de windparken op land tegen weerstand aanlopen. Niet alle parken hebben daar last van, maar met name de parken gepland in Drenthe en Groningen kennen grootschalige, zelfs extreme weerstand.[51] Hierdoor is vertraging opgelopen met de uitvoer van de grootschalige parken, maar ook met de 'zelfstandige' doelen voor provincies. Met het aantal parken thans in opbouw is de voorspelling dat het opgesteld vermogen eind 2020 gegroeid zal zijn tot 4.700 MW; 1.300 MW te weinig.[52] Onder huidig beleid verwacht het PBL dat het vermogen van wind op land in 2023

45 KEV 2019, p. 140.
46 KEV 2019, p. 8.
47 KEV 2019, p. 12.
48 *Kamerstukken II* 2011/12, 32660, nr. 50, Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte, 20 maart 2012.
49 *Kamerstukken II* 2013/14, 33612, nr. 23, Structuurvisie Windenergie op land, 31 maart 2014.
50 Zie hierover ook de bijdrage van Marlon Boeve, Frank Groothuijse en Sander van Hees in deze bundel waarin zij voornamelijk ingaan op de rol van de Regionale Energiestrategieën hierbij.
51 D. Schoof, *Nationaal coördinator terrorismebestrijding en veiligheid, Dreigingsbeeld Terrorisme Nederland*, september 2018. Zie ook S. Akerboom, *Between public participation and energy transition: the case of wind farms* (diss. Amsterdam UvA), Universiteit van Amsterdam 2018 en S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* (open access), 2019, afl. 3, p. 75-87. Zie ook de bijdrage van Sanne Akerboom en Marleen van Rijswick (hoofdstuk 18).
52 KEV 2019, p. 105.

stijgt tot 5.600 MW en tot 6.100 MW per 2030. Of, anders gezegd: de doelstelling van 2020 zal met een vertraging van tien jaar worden bereikt. Omdat nauwgezet gemonitord is op de voortgang, wordt dit tekort begin 2018 al opgemerkt en is de minister geïnformeerd. Deze schrijft hierover in een brief dat provincies het niet behaalde aandeel tot 2023 verdubbeld alsnog moeten realiseren, maar dit naar eigen inzicht mogen invullen met zonne- of windenergie.[53]

Tabel 2 Overzicht voortgang doelstellingen tot 2020

Doelstellingen Energieakkoord	**Nederlandse voortgang[54]**
1,5% energiebesparing per jaar	Behaald
10 PJ gebouwde omgeving	Onduidelijk
100 PJ bedrijven en industrie	80 PJ (bandbreedte 48-111 PJ)
16% aandeel hernieuwbare energie per 2023	16,1%
6.000 MW wind op land per 2020	4.700 MW
4.450 MW wind op zee per 2023	4.000-4.450 MW

3 Europees en Nederlands klimaatbeleid tot 2030

3.1 Europees klimaatbeleid tot 2030

Met de ondertekening van Parijs heeft de EU zich verbonden ernaar te streven om de opwarming tot 2 graden Celsius, maar het liefst tot 1,5 graden Celsius, te beperken ('well below 2 degrees'). Met het oog op deze doelstelling en met het naderen van de *deadline* van eind 2020 heeft de EU opnieuw concrete doelstellingen geformuleerd voor eind 2030.

Het *reductiedoel* voor de uitstoot van *broeikasgassen* – ETS en niet-ETS tezamen – is voor 2030 door de Europese Raad vastgesteld op 30% ten opzichte van 2005 (en ten minste 40% ten opzichte van 1990).[55] Dit doel is, althans voor wat betreft de niet-ETS, in ongelijke porties verdeeld tussen de lidstaten. Nederland moet minimaal een reductie binnen zijn niet-ETS sectoren van 36% per 2030 ten opzichte van 2005 behalen.[56] Daarbij is ook vastgelegd dat vanaf 2020 als minimum een lineair reductiepad moet worden bewandeld met gelijkmatige jaarlijkse reducties als

53 *Kamerstukken II* 2017/18, 33612 nr. 68, Brief van de minister van Economische Zaken en Klimaat, Structuurvisie Windenergie op land, 10 juli 2018.

54 KEV 2019.

55 Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 betreffende bindende jaarlijkse broeikasgasemissiereducties door de lidstaten van 2021 tot en met 2030 teneinde bij te dragen aan klimaatmaatregelen om aan de toezeggingen uit hoofde van de Overeenkomst van Parijs te voldoen, en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 525/2013, overweging 2. Uitvoerig over deze doelstellingen de bijdrage van Marjan Peeters in deze bundel (hoofdstuk 16), in het bijzonder par. 2 en 3.

56 Verordening (EU) 2018/842.

minimumvereisten. De beschikking bevat enkele nader gedefinieerde uitzonderingen op deze verplichting.[57]

De doelstellingen voor 2030 worden thans echter aangescherpt. Volgens de Green Deal, zoals voorgesteld door de Europese Commissie, zou de EU zich moeten richten op minimaal 50% *emissiereductie van broeikasgassen*,[58] en heeft zij als streefdoel 55% (ten opzichte van 1990). Nederland omarmt deze doelstelling.[59] Deze aangescherpte doelen zijn thans nog beleidsvoornemens die nog niet in bindende regelgeving zijn vervat. Welke doelstelling dan ook, ze zal in ongelijke porties tussen ETS- en niet-ETS sectoren worden verdeeld. De Europese Commissie is voornemens deze doelstellingen vast te leggen in een Europese Klimaatwet, in de vorm van een verordening, waarbij zij de bevoegdheid wil verkrijgen om ook 'een traject' met tussendoelstellingen te formuleren. Of van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt zal afhangen van de prestaties en voortgang binnen lidstaten.[60]

Wat *energie-efficiëntie* betreft, is het doel voor 2030 32,5%[61] en het *aandeel hernieuwbare energie* moet 32% zijn.[62] Beide doelstellingen gelden voor de EU als geheel. In tegenstelling tot de 2020-doelstellingen zijn deze doelstellingen niet door de EU naar individuele doelstellingen voor lidstaten vertaald, maar geven de lidstaten in hun Nationaal Energie- en Klimaatplan (INEK) zelf aan welk aandeel zij zullen realiseren. Hierbij wordt voor lidstaten in elk geval verondersteld dat ze de 2020-doelstellingen hebben gehaald en dit wordt dan ook als minimum gezien voor eind 2030. Het totaal van alle lidstaten moet optellen tot de totale doelstelling. Dit lichten wij nader toe in paragraaf 3.2.1.

3.2 Nederlandse doelstellingen tot 2030

De Nederlandse Klimaatwet kent twee doelstellingen voor 2050, namelijk tot 95% minder broeikasgassen dan in 1990 en een CO_2-neutrale elektriciteitsproductie. Het gaat daarbij om politieke, juridisch niet-bindende doelen. Voor 2030 geldt slechts het 'streven' van 49% emissiereductie van broeikasgassen ten opzichte van 1990 (art. 2).

57 Verordening 2018/842, Bijlage 1. De verplichting tot lineaire reductie is vastgelegd in art. 4 lid 2.

58 Europese Commissie, Green Deal, COM(2019) 640 final, p. 5

59 Dit doel staat niet opgenomen in de Klimaatwet, die enkel spreekt van 49% CO_2-emissiereductie per 2030, maar gelet op de tekst uit het Regeerakkoord van Rutte III, Vertrouwen in de toekomst, oktober 2017, wil Nederland zich wel aan de hogere doelstelling verbinden, mits dit in EU-verband wordt afgesproken.

60 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van Klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1999.

61 Richtlijn (EU) 2018/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 houdende wijziging van Richtlijn 2012/27/EU betreffende energie-efficiëntie.

62 Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik uit hernieuwbare bronnen.

3.2.1 Concretisering van de doelen voor 2020-2030 in het klimaatplan en het Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan

In het klimaatplan, artikel 3 Klimaatwet, beschrijft de regering het klimaatbeleid, gericht op het realiseren van de klimaatdoelstellingen, voor de eerstvolgende tien jaren. Het tweede lid van artikel 2 benoemt elementen die het plan moet bevatten, zoals een voorspelling van het verwachte aandeel hernieuwbare energie en de verwachte besparing op het primaire energiegebruik. Het eerste klimaatplan is in september 2019 gepresenteerd.

Zoals uitgelegd in paragraaf 3.1 kiezen lidstaten zelf hoe zij invulling geven aan het realiseren van de doelstelling van *energie-efficiëntie* en *aandeel hernieuwbare energie*. Dit doen zij door een Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan (INEK) in te dienen bij de Europese Commissie ingevolge de Verordening inzake de governance van de energie-Unie en klimaatactie.[63] Lidstaten moesten hun eerste versie december 2019 inleveren. Nederland heeft zijn INEK eind november 2019 vastgesteld en vervolgens opgestuurd naar de Europese Commissie.[64] Een INEK bevat in elk geval de bindende jaarlijkse grenzen respectievelijk reducties zoals die uit diverse EU-rechtelijke verplichtingen voortvloeien.[65] Daartoe behoren dus de doelen voor *emissiereducties,* de eisen aan het aandeel *hernieuwbare energie* en de eisen aan *energie-efficiëntie*. Hierbij wordt een einddoel voor 2030 gekozen en indicatieve doelen voor 2022, 2025 en 2027, waardoor bezien kan worden of lidstaten op het spoor zitten. Een deel van de voor het INEK vast te leggen doelstellingen komen uit het klimaatakkoord. Het EU-recht eist echter ook het vastleggen van een aantal doelen die noch in de Klimaatwet, noch in het klimaatakkoord aan de orde komen en dus aanvullend zijn vastgelegd om aan de eisen van het INEK te voldoen. Zo kiest Nederland bijvoorbeeld voor een aandeel hernieuwbare energie van 27% per 2030, en als tussendoelen 16,3% in 2022, 19,6% per 2025 en 22,5% per 2027.[66]

3.2.2 Klimaatakkoord

Om 49% emissiereductie te behalen moet 48,7 Megaton (Mt) broeikasgassen (CO_2-equivalenten) worden vermeden. Deze doelstelling is in het klimaatakkoord onderverdeeld in vijf sectoren: elektriciteitsproductie (20,2 Mt), mobiliteit (7,3 Mt), industrie (14,3 Mt), landbouw en landgebruik (3,5 Mt) en gebouwde omgeving (3,4 Mt). De elektriciteitssector gaat hiertoe bijvoorbeeld wind op zee opschalen

63 Verordening (EU) 2018/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 inzake de governance van de energie-unie en van de klimaatactie, tot wijziging van Richtlijn 94/22/EG, Richtlijn 98/70/EG, Richtlijn 2009/31/EG, Verordening (EG) nr. 663/2009, Verordening (EG) nr. 715/2009, Richtlijn 2009/73/EG, Richtlijn 2009/119/EG van de Raad, Richtlijn 2010/31/EU, Richtlijn 2012/27/EU, Richtlijn 2013/30/EU en Richtlijn (EU) 2015/652 van de Raad, en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 525/2013. Zie ook de bijdrage van Peeters (hoofdstuk 16) in deze bundel.

64 Brief van de minister van EZK aan de Tweede Kamer van 25 november 2019, DGKE-K / 19278196.

65 Zie art. 3 e.v. Verordening (EU) 2018/1999.

66 Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan, p. 35, te vinden via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/11/01/integraal-nationaal-energie-en-klimaatplan.

tot minimaal 11 GW en de hernieuwbare energiecapaciteit stijgt tot 35 TWh. De industrie gaat zich onder meer richten op waterstofproductie, elektrificatie en ondergrondse CO_2-opslag. Ook zijn alle nieuwe auto's per 2030 CO_2-vrij en worden in de gebouwde omgeving tot 2030 1,5 miljoen huizen verduurzaamd, onder andere door een alternatief voor aardgas te gaan gebruiken. In dat kader is ook al de nodige wet- en regelgeving geïntroduceerd, zoals de Wet VET die onder meer voorziet in het niet meer aansluiten van nieuwbouw op het gasnet.

Er zijn naast deze grootschalige oplossingen ook kleinere doelstellingen geformuleerd. Zo wordt bijvoorbeeld voor de utiliteitsbouw afgesproken om voor 2030 1 Mton CO_2-equivalenten te reduceren, onder andere door energie-efficiëntie. Voor maatschappelijk vastgoed van onder andere overheden, wordt afgesproken routekaarten voor CO_2-arme gebouwen met streefdoelen per 2030 en 2050 vast te stellen. Daarnaast moet het aantal voertuigen met de juiste bandenspanning per 2030 met 50% zijn toegenomen.

4 Doorkijk naar 2050

4.1 Europees klimaatbeleid richting 2050

Voor 2050 hield de EU lange tijd de volgende doelstellingen aan: CO_2-emissiereductie van 80 tot 95% ten opzichte van 1990 per 2050, energie-efficiëntie van 40% en een aandeel hernieuwbare energie van 75%.[67] Met de introductie van de Europese Klimaatwet zou dit volgens het voorstel van de Commissie worden aangepast en zou de EU zich voornemen om in 2050 klimaatneutraal te zijn, oftewel *net-zero* emissies te bereiken.[68] *Net-zero* emissies betekent dat de uitstoot van broeikasgasemissies wordt beperkt, en dat hetgeen dat nog wel wordt uitgestoten, wordt gecompenseerd door *carbon sinks*[69] of door het afvangen[70] en opslaan dan wel gebruiken van CO_2. Over de voorstellen over de Green Deal en over de Europese Klimaatwet wordt thans flink onderhandeld in het kader van het Europese wetgevingsproces. Of en hoe deze uiteindelijk zullen worden vastgesteld zal duidelijk worden in de komende jaren. Wat de onder de ETS vallende emissies betreft, is het traject, toekomstige wijzigingen daargelaten, duidelijk uitgestippeld. Door de jaarlijkse afname van het totale budget ETS-rechten met 2,2% (sinds 2020, daarvoor 1,74%),[71] zal de totale emissieruimte voor deze sector in 2050 nihil zijn.

67 European Commission's Communication, Energy roadmap 2050, COM(2011) 885 final, 15 december 2011.

68 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law) COM (2020) 80 final, 4 maart 2020.

69 Carbon sinks: het onttrekken van CO_2 door gewassen, bijvoorbeeld land- en bosbouw.

70 Afvangen van CO_2 gebeurt rechtstreeks bij de bron, bijvoorbeeld industriële (chemische) processen, of aan de atmosfeer.

71 Zie Richtlijn (EU) 2018/410 van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG.

4.2 Nederlands klimaatbeleid richting 2050

In de Klimaatwet worden twee belangrijke einddoelen voor 2050 vastgelegd: in 2050 moeten de emissies tot 95% lager zijn dan in 1990 en moet alle elektriciteitsproductie CO_2-neutraal zijn (art. 2). Volgens de Klimaatwet lijkt dit doel in Nederland te moeten worden bereikt. Dat zou betekenen dat de Nederlandse wetgeving op dit punt strenger is dan de beoogde EU Klimaatwet, die saldering tussen lidstaten wel toe zou laten. Anders dan in de EU-wetgeving en ook de wetgeving van veel andere EU-landen is in de Klimaatwet vooral het 2050-doel bepalend. Dat is immers het enige bindend vastgelegde doel. Het tussendoel voor 2030 is slechts als streefdoel geformuleerd.

DEEL II
Klimaatverandering en aansprakelijkheid

4 Wat betekent het *Urgenda*-arrest voor de bestuursrechter?

Ben Schueler[1]

Samenvatting

In de *Urgenda*-zaak is een op de Staat rustende zorgplicht aan het licht gekomen. Dat gebeurde in een procedure bij de burgerlijke rechter. Welke betekenis kan die zorgplicht krijgen in zaken die aan de bestuursrechter worden voorgelegd? De beoordeling van besluiten die de overheid gaat nemen ter naleving van de zorgplicht, zal grotendeels in het domein van de bestuursrechter plaatsvinden. Toch zal de vraag of het reductiedoel dat Nederland zichzelf stelt, hoog genoeg is, niet altijd gemakkelijk aan de bestuursrechter voor te leggen zijn. De bestuursrechter zal oordelen over concrete besluiten, zoals vergunningen en omgevingsplannen. Een boven die besluiten uitstijgende vraag naar het vereiste reductiedoel wordt daarbij niet als vanzelf in de beoordeling betrokken. Er ligt een kloof tussen het concrete besluit en het algemene reductiedoel. Op besluitniveau is het voor de rechter moeilijk – en niet bij voorbaat mogelijk – een verplichting te formuleren om met het individuele voorliggende project in bepaalde mate bij te dragen aan het bereiken van het overkoepelende reductiedoel. Er zijn wel bestuursrechtelijke benaderingen die wellicht het verband tussen een concreet besluit en het overkoepelende reductiedoel kunnen leggen, maar het is nog niet duidelijk hoe die zullen uitpakken. De zorgplicht kan intussen in bestuursrechtelijke zaken ook een rol van betekenis krijgen als bestuursorganen deze gaan aanvoeren als argument voor ingrijpende maatregelen. Dat kan gebeuren in gevallen waarin burgers en bedrijven die door de klimaatmaatregelen worden getroffen, voor hun belangen opkomen bij de bestuursrechter.

1 Inleiding

De afgelopen jaren is in binnen- en buitenland met veel aandacht de zaak gevolgd van de belangenorganisatie Urgenda, die in een civiele procedure eiste dat de Nederlandse Staat de uitstoot van broeikasgassen per eind 2020 verder zou (doen) beperken dan de Staat op grond van zijn eigen beleid voor ogen stond. Kenmerkend voor een zaak als deze is dat een organisatie van burgers van de overheid eist dat zij een bepaald feitelijk resultaat bereikt, zonder dat daarbij van de overheid het nemen van één of meer nader aangeduide besluiten of andere maatregelen, zoals het tot stand brengen

1 Ben Schueler is werkzaam als staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en als hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan de Universiteit Utrecht.

van wetten, uitdrukkelijk wordt gevorderd. Het is een vordering recht op het doel af waarbij de keuzes op de weg naar het doel worden overgelaten aan de gedaagde (en veroordeelde) Staat. De rechtbank en het hof Den Haag hebben Urgenda in het gelijk gesteld. De rechtbank baseerde dat op overwegingen waarin de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit het civiele recht in combinatie met door de Staat aangegane internationale verplichtingen en breed gedragen wetenschappelijke inzichten de grondslag vormde voor een op de staat rustende verplichting. In hoger beroep koos het hof een benadering waarin de verplichting voortvloeide uit internationale grondrechten, neergelegd in artikel 2 en 8 EVRM. In cassatie heeft de Hoge Raad het arrest van het hof in stand gelaten.

Deze uitspraken van de burgerlijke rechter maken duidelijk dat op de Staat een zorgplicht rust die wordt afgeleid uit artikel 2 en 8 EVRM. Door niet ten minste 25% te reduceren per eind 2020 handelt de Staat in strijd met die zorgplicht en daarom onrechtmatig. Het is interessant om te zien hoe de Hoge Raad tot deze maatstaf komt. Op de een of andere manier moet worden vastgesteld wat de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting in de voorliggende situatie inhoudt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt, zo overweegt de Hoge Raad,

> ‘dat bij deze vaststelling onder omstandigheden ook betekenis kan toekomen aan afspraken en regels die op zichzelf niet bindend zijn. Dit gebeurt dan op de grond dat deze regels en afspraken de uitdrukking vormen van een zeer breed gedragen opvatting of inzicht en daarom van belang zijn voor de invulling en toepassing van de positieve verplichtingen van de Staat op grond van de art. 2 en 8 EVRM.’

De breed gedragen inzichten zijn mede tot uitdrukking gekomen in (niet-bindende) internationale afspraken over reductiedoelen. De zorgplicht die hieruit afgeleid wordt, moet vervolgens ook nog worden toegespitst op de verantwoordelijkheid van de Nederlandse Staat, die maar een schakel vormt in de beheersing van het mondiale klimaatprobleem. In de woorden van de Hoge Raad: ‘ieder land is voor zijn deel verantwoordelijk en dus ook daarop aan te spreken’. Daarom is de Staat op grond van deze verdragsbepalingen verplicht om overeenkomstig zijn eigen deelverantwoordelijkheid ‘passende maatregelen te nemen tegen de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering’.[2]

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welke betekenis de in de *Urgenda*-zaak aan het licht gebrachte zorgplicht kan krijgen in zaken die bij de bestuursrechter terechtkomen.

2 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), de citaten zijn ontleend aan r.o. 5.7.5 en 5.9.1.

2 Kan de bestuursrechter rechtstreeks oordelen over het Nederlandse reductiedoel?

De *Urgenda*-zaak past in een ontwikkeling waarin het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt benut voor algemeenbelangacties. Andere voorbeelden zijn de zaken waarin belangenorganisaties de Staat aansprakelijk stelden voor het niet vaststellen van een goed luchtkwaliteitsplan en het overschrijden van grenswaarden voor stikstof en fijnstof of de WHO-normen, die strenger zijn dan de in Nederland geldende EU-waarden.[3] In 2018 heeft Ivo Giesen deze ontwikkeling, die voortkomt uit een behoefte aan procedures over grotere ontwikkelingen en publieke belangen, beschreven vanuit de rol die het aansprakelijkheidsrecht daarin kan spelen.[4]

Dergelijke ontwikkelingen komen ook bij de bestuursrechter nadrukkelijk aan de orde, zoals de uitspraken van de Afdeling over de programmatische aanpak stikstof (PAS) en de gaswinning in Groningen laten zien.[5] De gelijkenis zit erin dat deze uitspraken de Staat feitelijk dwingen tot het nemen van grote aantallen uiteenlopende en ingrijpende besluiten en andere maatregelen die nodig zijn voor een resultaat tot het behalen waarvan volgens de rechter een rechtsplicht bestaat. Maar er is ook een wezenlijk verschil tussen de civiele en de bestuursrechtelijke procedures. De bestuursrechter oordeelt over het al dan niet vernietigen van een bepaald besluit of een aantal exact aangeduide besluiten. In de regel veroordeelt hij daarmee de overheid niet rechtstreeks tot het behalen van een concreet feitelijk resultaat, tenzij het bestreden besluit juist over zo'n resultaat gaat, zoals in de gaswinningszaken waarin het bestreden besluit (instemming met een winningsplan) juist gericht is op het vaststellen van de toegestane hoeveelheid te winnen gas. Waar zo'n resultaatsbesluit niet is genomen en ook niet kan worden genomen, gaat de bestuursrechtelijke procedure niet over het uiteindelijke resultaat maar over een bepaalde stap op de weg ernaartoe. Een bevel, zoals gegeven door de rechtbank in de *Urgend*a-zaak, om 'het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te beperken of te doen beperken dat dit volume aan het einde van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990', zou de bestuursrechter dus niet kunnen geven. Dat komt simpelweg doordat een daartoe strekkende vordering niet past binnen de mogelijkheden die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) biedt.

3 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, *AB* 2017/335 en Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, *AB* 2018/115 en Hof Den Haag 22 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1128; Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915.

4 I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein,' *NJB* 2018/1645.

5 Zie over de PAS ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 en over de gaswinning in Groningen o.a. ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 en ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156.

De vraag of de burgerlijke rechter mag oordelen over overheidshandelen wordt, voor zover het de rechterlijke bevoegdheid betreft, beantwoord aan de hand van de *objectum litis*-leer. Die wordt aangevuld met de ontvankelijkheidsleer ter afbakening ten opzichte van de bestuursrechter. In de *objectum litis*-leer hangt het af van het recht waarop de eiser zelf zijn vordering doet steunen. Als de eiser stelt dat zijn vordering steunt op burgerlijk recht, is de burgerlijke rechter bevoegd, ook al gaat het geschil in wezen over publiekrecht. De burgerlijke rechter is volgens deze leer onder meer bevoegd als een vordering is gebaseerd op artikel 6:162 BW tot schadevergoeding of een bevelsactie op grond van artikel 3:296 lid 1 BW, tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders voortvloeit. Op deze uitzondering deed de Staat in de zaak *Urgenda* tevergeefs een beroep, zeggende dat het een politieke kwestie betrof.[6]

Bij de bestuursrechter is de rechtsingang bepaald door de aard van het object van geding: het moet gaan om een besluit. Anders staat er geen beroep open. Daardoor is in Nederland de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om te oordelen over overheidshandelen en -nalaten veel ruimer dan die van de bestuursrechter. Sterker nog: de bestuursrechter is slechts op een beperkt deelterrein van het publiekrecht bevoegd (geschillen over appellabele besluiten). En zelfs op dat deelterrein is de burgerlijke rechter ook bevoegd, zij het dat een vordering door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk wordt verklaard als daarmee hetzelfde wordt geëist als wat in een bestuursrechtelijke procedure kan worden geëist. Een actie als die van Urgenda gaat niet over één of meer concreet aanwijsbare besluiten, maar over een te behalen resultaat, een uitstootreductie van een bepaald niveau. Zo'n actie is bij de bestuursrechter onmogelijk. Dat zou wel kunnen als er een appellabel besluit zou worden genomen over een te behalen reductiedoel. Maar voor zo'n besluit is een wettelijke grondslag nodig en die bestaat niet, ook niet in de Klimaatwet. Die stelt weliswaar in artikel 2 zelf reductiedoelen vast, maar die vaststelling maakt deel uit van de wet in formele zin en is daarom geen besluit in de zin van de Awb, zodat er ook geen beroep tegen open staat.[7] Wie die reductiedoelen van artikel 2 Klimaatwet niet ambitieus genoeg vindt, of juist te hoog vindt, kan niet tegen de in die wetsbepaling besloten liggende beslissing in beroep bij de bestuursrechter. De Klimaatwet biedt verder geen grondslag voor het nemen van voor beroep vatbare besluiten over welke nadere reductiedoelen gelden en hoe die behaald gaan worden. De Klimaatwet bepaalt wel dat daar plannen, verkenningen en nota's over worden opgesteld, maar dat zijn geen besluiten waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat.[8]

6 Zie daarover de conclusie van de A-G's 5.18-5.32 en de overwegingen 8.1-8.4 van de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak.

7 Dit volgt uit art. 1:1 lid 2 juncto 1:3 lid 1 juncto 8:1 Awb.

8 In het algemeen zijn plannen, verkenningen en nota's geen rechtshandelingen. Zij zijn niet gericht op rechtsgevolg en om die reden geen besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Voor sommige 'plannen', zoals bestemmingsplannen, ligt dat anders, maar dat komt dan doordat de wet zelf bepaalt dat die plannen op bepaalde rechtsgevolgen zijn gericht. De Klimaatwet doet dat niet. Het is wellicht niet uitgesloten dat onderdelen van de plannen en nota's gekwalificeerd worden als beleidsregels, zodat zij in zoverre wel besluiten

Het is uiteraard wel de bedoeling dat de maatregelen, die genomen worden om het in de Klimaatwet genoemde reductiedoel te halen, op een gegeven moment zo nodig leiden tot bindende besluiten die ook handhaafbaar zijn. Dan hebben we het over bijvoorbeeld vergunningen, omgevingsplannen en maatwerkvoorschriften. Daartegen staat beroep bij de bestuursrechter open. Voor zover de maatregelen worden vertaald in algemeen verbindende voorschriften, zoals het Activiteitenbesluit, het Bouwbesluit of onder de Omgevingswet het Besluit activiteiten leefomgeving of het Besluit bouwwerken leefomgeving (allemaal AMvB's), staat er geen beroep tegen open bij de bestuursrechter.[9] Maar tegen besluiten over de handhaving van deze algemene regels staat wel beroep open.

Het komt erop neer dat tegen het in de Klimaatwet gestelde reductiedoel op zich geen beroep bij de bestuursrechter openstaat, maar tegen een deel van de besluiten die worden genomen om dat doel te behalen wel.

3 Kan het reductiedoel via exceptieve toetsing aan de bestuursrechter worden voorgelegd?

De conclusie van de vorige paragraaf roept de vraag op of de bestuursrechter door middel van exceptieve toetsing op een gegeven moment toch iets kan gaan zeggen over het in de Klimaatwet gestelde reductiedoel. Ik licht heel kort aan de hand van een algemeen voorbeeld toe wat dat is.[10] Bij exceptieve toetsing is het beroep gericht tegen een besluit (bijvoorbeeld een vergunning) waarvan de rechtmatigheid afhankelijk is van een algemene regel (bijvoorbeeld een verordening), die op zijn beurt weer afhankelijk is van een nog hogere algemene regel (bijvoorbeeld de formele wet). Kort gezegd: de vergunning is weliswaar in overeenstemming met de verordening, maar bij wijze van exceptie wordt opgeworpen dat de verordening in strijd is met de formele wet.

Kan straks een belangenorganisatie in een beroep tegen bijvoorbeeld een omgevingsplan voor grootschalige woningbouw, waarin maatregelen worden genomen die bijdragen aan het in de Klimaatwet vastgelegde reductiedoel, bereiken dat de bestuursrechter zich uitspreekt over de vraag of het reductiedoel te laag ligt? Uitgangspunt is dat de rechter de formele wet niet toetst aan de Grondwet of ongeschreven

zijn, maar besluiten inhoudende beleidsregels zijn in art. 8:3 Awb uitgezonderd van de beroepsmogelijkheid. Zie hierover bijvoorbeeld M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.1 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, hfdst. 6 en 15.

9 Dit volgt uit art. 8:3 Awb.

10 Zie verder Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (par. 19.13 en 19.14) en bijvoorbeeld J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over de operationalisering van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72.

rechtsbeginselen[11] (zoals het voorzorgsbeginsel). Maar de formele wet wordt wel getoetst, ook exceptief, aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.[12] Artikel 2 en 8 EVRM vallen daaronder. Als straks wetenschappelijke inzichten aan het licht komen waaruit in brede kring de conclusie wordt getrokken dat er meer reductie noodzakelijk is dan overeenkomt met het reductiedoel van de Klimaatwet, kan het bevoegde gezag zich dan nog met succes beroepen op dat wettelijke reductiedoel? Het gaat dan om de vraag of het besluit, in mijn voorbeeld het omgevingsplan, goed genoeg onderbouwd is in het licht van de uit artikel 2 en 8 EVRM afgeleide zorgplicht. Als het bevoegde gezag zich op het standpunt stelt dat die zorgplicht is 'geïmplementeerd' in artikel 2 Klimaatwet, kan de bestuursrechter de vraag worden voorgelegd of het reductiedoel van de Klimaatwet hoog genoeg is. Zo zou de vraag of met het Nederlandse reductiedoel wordt voldaan aan de zorgplicht toch bij de bestuursrechter op tafel kunnen komen.

De kans dat de bestuursrechter daar echt een antwoord op zal geven, is dan in de veel voorkomende situaties niet groot. Dat komt doordat hij oordeelt over de rechtmatigheid van het voorliggende besluit (in mijn voorbeeld het omgevingsplan). Als uit breed gedragen wetenschappelijke inzichten wordt afgeleid dat het reductiedoel in 2030 niet 49% moet zijn, zoals in de Klimaatwet staat, maar bijvoorbeeld 54%, dan betekent dat nog niet dat één grootschalig woningbouwproject niet door kan gaan. We lopen hier aan tegen de kloof tussen het concrete besluit en het algemene reductiedoel. Daarop kom ik hierna in paragraaf 6 nog terug. Maar als het gaat om grote veroorzakers, zoals energiecentrales, is het wel voorstelbaar dat de vraag zich opdringt of het reductiedoel waarop het bevoegd gezag zich baseert, hoog genoeg is.

Wellicht zullen in dit verband vragen rijzen rond het rechtskarakter van het wettelijk vastgelegde reductiedoel. In artikel 2 lid 1 Klimaatwet staat:

> 'Deze wet biedt een kader voor de ontwikkeling van beleid gericht op het onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de emissies van broeikasgassen in Nederland, tot een niveau dat 95% lager ligt in 2050 dan in 1990, teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken.'

Met deze formulering heeft de regering blijkens de wetsgeschiedenis beoogd te voorkomen dat het voor 2050 geldende reductiedoel juridisch afdwingbaar is. Het is bedoeld als een politieke doelstelling.[13] Maar dat neemt niet weg dat bij de rechter aan de orde kan komen of dit reductiedoel wel hoog genoeg ligt. Als een bestuursorgaan, bijvoorbeeld ter motivering van een omgevingsplan of vergunning, zich baseert op een beleid of programma dat uitgaat van het reductiedoel van de Klimaatwet, dan

11 HR 14 april 1989, *NJ*1989/469 (*Harmonisatiewet*).
12 Vgl. art. 94 Grondwet.
13 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10 (nota van wijziging), p. 7.

kan de bestuursrechter toetsen of dat beleid of programma in overeenstemming is met de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplicht. Dat de wetgever niet heeft beoogd een juridisch afdwingbare norm te stellen, neemt niet weg dat de rechter kan beoordelen of aan deze zorgplicht is voldaan. Dit betekent overigens ook dat de burgerlijke rechter in een nieuwe *Urgenda*-achtige zaak aan het al dan niet afdwingbare karakter van artikel 2 Klimaatwet niet hoeft toe te komen indien hem de vraag wordt voorgelegd of de Staat aan zijn uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplicht voldoet.[14] Hetzelfde geldt voor de als een inspanningsverplichting geformuleerde reductiedoelen uit het tweede lid van artikel 2: 'Teneinde deze doelstelling voor 2050 te bereiken streven Onze Ministers die het aangaat naar een reductie van de emissies van broeikasgassen van 49% in 2030 en een volledige CO_2-neutrale elektriciteitsproductie in 2050.' Of die reductiedoelen nu wel of niet afdwingbaar zijn, een rechter kan wel beoordelen of wordt voldaan aan een zorgplicht die uit de artikelen 2 en 8 EVRM wordt afgeleid.

4 Zal de behoefte aan recht-op-het-doel-af procedures toenemen?

Waarschijnlijk zal de behoefte aan processen als die van Urgenda toenemen. In een algemeenbelangactie gericht op een besluitoverstijgend resultaat bij de burgerlijke rechter wordt niet gevraagd om bepaalde van kracht zijnde bestuursrechtelijke regels na te leven, zoals dat in een procedure bij de bestuursrechter gebeurt. De eis is er zelfs in belangrijke mate impliciet op gericht de bestuursrechtelijke regels te veranderen zodat het geëiste resultaat beter kan worden bereikt.

In het algemeen bezien is de mogelijkheid van dergelijke acties bij de burgerlijke rechter geen uitputtend alternatief voor de mogelijkheden die het bestuursrecht biedt. In de bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden concrete besluiten vernietigd of wordt het nemen ervan aan een bestuursorgaan opgedragen. In veel geschillen heeft dat concrete niveau verreweg de voorkeur. Maar dat neemt niet weg dat een civiele algemeenbelangactie, zoals in de *Urgenda*-zaak, een reactie is op een behoefte waar het bestuursrecht niet in voorziet. Namelijk: met voorbijgaan aan alle geldende concreet uitgewerkte bestuursrechtelijke regels en genomen besluiten een daarboven uitstijgend resultaat vorderen. Die behoefte is verklaarbaar. Want de sterke kant van het bestuursrecht – dat het afdwingbare concrete verplichtingen schept – is tegelijk zijn zwakte: het is moeilijk om in een bestuursrechtelijke procedure het niveau van een individueel geval te ontstijgen en een probleem op grotere schaal of op principiëler niveau aan de rechter voor te leggen. Het kan wel en het gebeurt ook wel, maar alleen als dit mogelijk is in het kader van een tegen een individueel besluit gericht beroep, eventueel met gebruikmaking van de figuur van de exceptieve toetsing.

14 Aldus ook Ch.W. Backes, 'Urgenda en de Klimaatwet: vuurtorens voor een succesvol klimaatbeleid?', *NTB* 2020/99.

Het gaat in de kern om de behoefte om de bestuursrechtelijk uitgewerkte regels te omzeilen en recht op het doel af te varen, te weten een gevorderd feitelijk resultaat. Het is goed voorstelbaar dat deze behoefte in het huidige tijdgewricht groeit. Daarbij speelt een rol dat het bestuursrechtelijk stelsel steeds complexer wordt en doorlopend aan verandering onderhevig is, terwijl het beoogde resultaat op zich simpel is: een bepaald percentage uitstoot of een concrete grenswaarde voor milieukwaliteit. Als het gevorderde resultaat bovendien kan worden gekoppeld aan één of meer fundamentele rechten (zoals art. 2 en 8 EVRM in de *Urgenda*-zaak) wordt het 'overslaan' van de bestuursrechtelijke complexiteit juridisch gefaciliteerd. Dat is vooral zo als uit het fundamentele recht een positieve verplichting tot handelen voor de overheid wordt afgeleid, hetgeen in toenemende mate gebeurt. De vraag hoe het resultaat bereikt moet worden, is dan een probleem van de overheid, waar de eiser zich in de onderbouwing van zijn vordering niet erg om hoeft te bekommeren. Die comfortabele houding kan een eiser zich in een bestuursrechtelijke procedure tegen een besluit niet veroorloven. Om het juiste besluit te kunnen kiezen en de kansrijke beroepsgronden aan te kunnen voeren, moet hij het complexe bestuursrechtelijke stelsel begrijpen en weten hoe daarbinnen het spel wordt gespeeld.

5 De rol van de bestuursrechter bij het behalen van het reductiedoel

Een civiele rechtsgang gericht op een bevel tot het halen van een reductiedoel neemt niet de behoefte weg aan bestuursrechtelijke procedures tegen concrete besluiten. De passende maatregelen die tot de reductie moeten gaan leiden, bestaan voor een (belangrijk) deel uit besluiten, waarvan een deel voor bestuursrechtelijk beroep vatbaar is. Als daartegen geen beroep wordt ingesteld, worden deze besluiten in rechte onaantastbaar. Vergunningen mogen gebruikt worden en omgevingsplannen uitgevoerd, totdat zij worden ingetrokken (art. 2.33 Wabo) of gewijzigd vastgesteld. Een voor het reductiedoel ongunstig besluit mag dus gewoon worden gebruikt als niemand een bestuursrechtelijke stap (beroep, intrekking, wijziging) zet. Dit verschijnsel noemt men de 'formele rechtskracht van besluiten'. Een veroordeling van de Staat door de burgerlijke rechter, strekkende tot het behalen van een reductiedoel, brengt op zich geen verandering in die formele rechtskracht van bestuursrechtelijke besluiten.

Zo bezien is de bestuursrechtspraak een wezenlijke juridische schakel in het apparaat dat de reductiedoelstellingen moet gaan waarmaken. De bestuursrechter is niet alleen aan zet als via bestuursrechtelijk beroep een einde kan worden gemaakt aan in het verleden genomen besluiten die aan de energietransitie in de weg staan. Ook van de andere kant bekeken is zijn rol van wezenlijk belang. Als bijvoorbeeld vergunningen worden ingetrokken in het belang van de energietransitie, worden daar burgers en bedrijven door getroffen en met hun belangen moet ook rekening worden gehouden. Ook al weegt het algemeen belang van de energietransitie in veel gevallen zwaarder dan het individuele belang van de getroffene, dat neemt niet weg dat de vereisten van

een zorgvuldige belangenafweging en proportionaliteit bij de bestuursrechter aan de orde komen. En in sommige gevallen zal de vraag beantwoord moeten worden of er gronden zijn voor nadeelcompensatie.

Een door de burgerlijke rechter uitgesproken bevel tot het behalen van of streven naar een reductiedoel heeft verstrekkende gevolgen voor grote groepen burgers, zowel bedrijven als particulieren. Die zijn niet vertegenwoordigd in de civiele rechtszaak, maar wel (op allerlei manieren) in democratische processen van wetgeving en bestuur. Juist in de bestuurlijke besluitvormingsprocedures en de rechtsbescherming bij de bestuursrechter is de inbreng van belanghebbenden geregeld. Die procedures zijn gebouwd op de grondgedachte dat conflicterende belangen tot hun recht moeten komen op het niveau waar de mensen primair worden geraakt: bij de verlening of aanscherping of intrekking van vergunningen, bij de vaststelling van omgevingsplannen, bij de verlening of weigering van subsidies. Dat pleit op zichzelf niet voor het opleggen van een verplichting die, zoals in de *Urgenda*-zaak, geabstraheerd is van de noodzakelijke concrete besluiten. Dat is anders als het gaat om een doel dat volgens het geldende recht, toegepast op de in rechte vaststaande feiten, *hoe dan ook* gehaald moet worden. Dat is in zekere zin de redenering van het hof en de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak.

Maar geschillen over *de manier waarop* het doel wordt bereikt, zullen vooral bij de bestuursrechter terechtkomen. Want dan gaat het vaak over maatregelen in de vorm van besluiten. Het is vanuit het gezichtspunt van de democratische rechtsstaat belangrijk dat deze besluiten en de rechtsbescherming daartegen volgens de algemene bestuursrechtelijke regels tot stand komen.

De via de burgerlijke rechter afgedwongen reductie moet worden gerealiseerd via bestuursrechtelijke wegen. Het is opmerkelijk dat het bevel tot naleving van de overkoepelende verplichting het doel te halen door de burgerlijke rechter wordt opgelegd, terwijl de uitvoeringsmaatregelen waarmee dat doel moet worden bereikt voor een groot deel door de bestuursrechter worden beoordeeld. Procesrechtelijk is het verklaarbaar, gegeven het besluitmodel dat de bevoegdheid van de bestuursrechter beperkt. Maar vanuit het materiële recht gedacht ligt een beoordeling van een vordering als die van Urgenda door de bestuursrechter meer voor de hand. Dat heeft niet zozeer te maken met specialisatieterreinen van civielrecht en bestuursrecht. Dat is maar een betrekkelijk overtuigend argument omdat kennis in principe verplaatsbaar is. Belangrijker is de inhoudelijke samenhang tussen de besluitoverstijgende zaak, waarin wordt geabstraheerd van concrete besluiten, en de daaropvolgende bestuursrechtelijke zaken die er gaan komen als die besluiten worden genomen of ten onrechte achterwege blijven. Er kan materieelrechtelijke versnippering optreden als de burgerlijke rechter oordeelt over de verplichting om een resultaat te bereiken en de bestuursrechter over de besluiten die daarvoor nodig zijn.

6 Wat doet een besluit over één geval ertoe bij het behalen van het overkoepelende doel?

In theorie is het denkbaar dat belangenorganisaties proberen het behalen van het reductiedoel af te dwingen door tegen een groot aantal uiteenlopende besluiten op te komen in bestuursrechtelijke beroepsprocedures. Dat ziet men wel gebeuren op het terrein van de natuurbescherming, in het bijzonder waar natuur- en milieuorganisaties procederen tegen besluiten in de agrarische sector. Belangenorganisaties kunnen in beroep gaan tegen afzonderlijke besluiten over milieuvergunningen en omgevingsplannen die energie-inefficiënte activiteiten mogelijk maken of het gebruik van fossiele brandstoffen onvoldoende tegengaan. Kort gezegd: besluiten waarin (te) weinig werk is gemaakt van de energietransitie.

Dat procederen tegen afzonderlijke besluiten vraagt veel tijd, geld en energie en een eindeloos uithoudingsvermogen want het gaat ten minste om vele duizenden besluiten. En het is maar zeer de vraag hoe dicht men in deze aanpak het beoogde resultaat kan naderen. Want de eisers moeten in deze aanpak per besluit betogen dat het niet genomen mocht worden omdat het beoogde resultaat niet wordt behaald. Het voor de hand liggende verweer van de overheid is in soortgelijke gevallen vaak dat het resultaat nog best gehaald kan worden omdat er andere maatregelen (zullen) worden genomen. Zeker als de overheid een programma en/of beleid uitvoert, bijvoorbeeld met het doel een milieukwaliteitseis te behalen, is het voor appellerende burgers vaak lastig om vastgesteld te krijgen dat een bepaalde vergunning of een bestemmingsplan moet worden vernietigd omdat daarmee onvoldoende wordt gedaan om het doel te bereiken. Het doel kan namelijk wellicht met andere maatregelen worden bereikt. Verwijzen naar het programma of beleid waarin die andere maatregelen zijn opgenomen, is dan een behoorlijk kansrijk verweer van de aangesproken overheid.

Dit mechanisme ligt besloten in de programmatische aanpak van milieuproblemen, zoals wij dat hebben gezien bij het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en het Programma Aanpak Stikstof (PAS). Het PAS is weliswaar gesneuveld wegens strijd met de Habitatrichtlijn, maar het NSL heeft de toetsing aan het EU-recht tot nu toe overleefd. Ook als er geen programma of beleid is, kan de aangesproken overheid zich op het standpunt stellen dat het behalen van een hoger doel, zoals een bepaalde reductie van de uitstoot van broeikasgassen, met allerlei maatregelen kan worden bereikt en dat het weigeren of beperken van één bepaalde vergunning voor één bedrijf of bouwproject daar niet per se deel van uit hoeft te maken. De bestuursrechtelijke fixatie op het bestreden besluit maakt de eiser die opkomt voor besluitoverstijgende resultaten dus behoorlijk monddood.

Sommigen zullen zeggen dat de bestuursrechter een dergelijk verweer – dat het doel ook bereikt kan worden met andere middelen – niet zou moeten aanvaarden. Alle kleine beetjes helpen. Het kan best zijn dat er andere maatregelen zullen worden genomen, maar dan nog zal de intrekking of aanscherping van deze ene vergunning een bijdrage leveren aan de reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Op zich is dat waar, maar welke staatsmacht bepaalt de keuze van de te nemen maatregelen?

Als het gaat om besluiten die zijn genomen op grond van discretionaire bevoegdheden, respecteert de bestuursrechter de keuzes die de overheid maakt binnen de grenzen van haar beleids- en beoordelingsvrijheid.

Het is, nog los van de machtenscheiding in de trias, bovendien nog maar de vraag of het wenselijk is dat de bijdrage aan het behalen van het reductiedoel wordt afgedwongen van bedrijven en burgers die toevallig met een beroep van een belangenorganisatie worden geconfronteerd. Als er duizend bedrijven zijn die met elkaar een betekenisvolle bijdrage zouden kunnen (en moeten) leveren aan het behalen van het reductiedoel, en er wordt bestuursrechtelijk geprocedeerd over de vergunningen van tien van die bedrijven, is het dan niet terecht dat de verantwoordelijke overheid het verweer voert dat zij zelf wil beslissen hoe de last wordt verdeeld onder de duizend bedrijven? En moet er ook niet de ruimte zijn om daarover met de bedrijfstak te spreken en te onderhandelen? Daarmee is moeilijk te verenigen dat voor de tien bedrijven wier vergunningen zijn aangevochten, alvast door de bestuursrechter wordt bepaald wat hun last zal zijn. Wie dit probleem wil juridiseren, zou kunnen zeggen dat het realiseren van de eisen die voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel begint als een bestuurstaak en dat de rechter niet bij machte is om daar op eigen houtje een goede invulling aan te geven, alleen al omdat hij niet zelf bepaalt over welke gevallen hij oordeelt.

Op besluitniveau is het dus moeilijk om een verplichting te creëren om met het voorliggende project, waarop het besluit betrekking heeft, in bepaalde mate, bijvoorbeeld een percentage, bij te dragen aan het bereiken van het reductiedoel. Dat wordt anders als de eiser erin slaagt om aan te tonen dat het doel niet bereikt zal worden als het besluit niet wordt aangepast. Bij piekbelasters en megaveroorzakers zou het misschien in extreme gevallen haalbaar zijn zo'n pleidooi met succes te houden.

Of moet de bestuursrechter als volgt redeneren? Van dit ene project op zichzelf zal het niet afhangen of het doel wordt bereikt. Maar van alle projecten bij elkaar opgeteld wel. Daarom wordt dit ene project niet toegestaan. Dat roept dan wel de vraag op waar dat ophoudt, want uiteindelijk draagt iedereen in de samenleving in meer of mindere mate bij aan de uitstoot van broeikasgassen. Welke veroorzakers kun je via het bestuursrecht individueel aansprakelijk houden voor hun bijdrage aan de totale uitstoot? Dit cumulatievraagstuk doet zich ook voor op andere terreinen, waarvan momenteel de stikstofproblematiek de meeste aandacht krijgt.[15] Die laat zien hoe bestuursorganen en de bestuursrechter voor een dilemma kunnen komen te staan als

15 Ch.W. Backes, 'De kater na de PAS-uitspraken. Hoe verder met de regulering van stikstofemissies?', *NJB* 2019/1926 en R.H.W. Frins, 'Trekt de Spoedwet aanpak stikstof ontwikkelingen weer vlot?', *TBR* 2020/31. Een actueel overzicht van beleidsmaatregelen is te vinden bij J. Zijlmans en F. van der Loo, 'Naar een nationaal samenhangend kader voor de natuur? Aanpak stikstofproblematiek na de PAS-uitspraak,' *Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht* 2020/5-6, nr. 154. Zie in breder perspectief van programmatische aanpak R.H.W. Frins, 'De gevolgen van het PAS-arrest voor de programmatische aanpak voor andere thema's dan stikstof', *M en R* 2019/20.

individuele veroorzakers in een lange reeks gevallen worden aangesproken op hun bijdrage aan de totale uitstoot. Enerzijds moet worden vastgesteld dat de bijdrage van de ene aangesproken veroorzaker zo gering is, dat hij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de milieuschade c.q. het niet behalen van het reductiedoel. Anderzijds, als zo honderden of op den duur duizenden keren zou worden geoordeeld, zou in de optelsom van al die gevallen het behalen van het reductiedoel in gevaar worden gebracht.

Het probleem waar men in het bestuursrecht in deze situaties tegenaan loopt, is de gebrekkige aansluiting van het juridische regime voor individuele projecten op dat voor het macroresultaat, dus de juridische kloof tussen de regulering op micro- en die op macroniveau. Het grote voordeel van de *Urgenda*-constructie is dat dit probleem wordt omzeild. Er wordt meteen doorgepakt op macroniveau. Maar dat heeft niet tot gevolg dat de problemen op microniveau verdwijnen.

Als bijvoorbeeld vergunningen worden aangescherpt of ingetrokken of bij aanvraag geweigerd, rijst de vraag of dat nodig is om het doel te bereiken. Dat is niet zo problematisch in te passen in het bestuursrecht: het bestuur kan dan zeggen dat het beleid of de wettelijke regels de keuze om die vergunningen in te trekken of weigeren dragen. Dat beleid en die wettelijke regels kunnen dan wel exceptief worden getoetst, maar daarbij wordt het bestuur en de wetgever discretionaire ruimte gegeven.

Moeilijker is de vraag of nieuwe vergunningen mogen worden verleend onder het motto: de reductiedoelen halen we wel met andere maatregelen. Hierboven is gebleken dat dat wel een verweer kan zijn. Men kan zich voorstellen dat een bestuursorgaan dat dit verweer voert, wel voldoende aannemelijk moet maken dat die andere maatregelen er zijn en dat zij effectief zijn. Als de effectiviteit van die andere maatregelen nog niet vaststaat, omdat zij bijvoorbeeld nog onvoldoende zijn uitgewerkt, kun je daar dan bestuursrechtelijk uit afleiden dat de vergunning moet worden geweigerd of, als zij in het verleden is verleend, moet worden ingetrokken? Het lijkt gerechtvaardigd er rekening mee te houden dat er gevallen zullen zijn waarin het zover komt.

7 Hoe werkt deze zorgplicht in het bestuursrecht?

We moeten hier stilstaan bij de vraag of en, zo ja, hoe de uit artikel 2 en 8 EVRM afgeleide zorgplicht doorwerkt in het bestuursrecht. Voordat deze vraag kan worden beantwoord, moet eerst worden bekeken wat deze verplichting precies inhoudt.

Uit het nationale of internationale recht kon niet onmiddellijk de verplichting worden afgeleid om een reductie van 25% in 2020 te bereiken of daarnaar te streven. Het doel om de temperatuur niet verder dan 1,5 tot 2 graden te laten stijgen is een juridisch bindende norm op grond van artikel 2 Verdrag van Parijs, zij het dat dit een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting is. Daar horen reducties bij maar uit het toepasselijke recht vloeit niet rechtstreeks voort wat de reductie in 2020 moet zijn om het gestelde doel te bereiken. Urgenda heeft haar eis onderbouwd met

het betoog dat de 20% in 2020, die de Staat in EU-verband uiteindelijk verkoos, niet toereikend was, althans te veel onzekerheid liet bestaan over de haalbaarheid van het uiteindelijke doel. Dat het uiteindelijke doel 1,5 tot 2 graden was, was niet in geschil, maar de vraag wat dit betekende voor het Nederlandse reductiedoel per 2020 wel. Zo bezien is het te vergelijken met een geschil over de vraag of een voor 2030 of 2050 gestelde milieukwaliteitseis (in de Omgevingswet: omgevingswaarde) nog gehaald kan worden als er in 2020 geen hardere maatregelen zijn genomen.

Aan artikel 2 en 8 EVRM ontleent de Hoge Raad de verplichting van de Staat om het zijne te doen. Het gaat om een deelverantwoordelijkheid. Aan die deelverantwoordelijkheid kan de Staat zich niet onttrekken door erop te wijzen dat andere staten ook hun deelverantwoordelijkheid niet nemen of dat het eigen aandeel zo gering is dat het geen zoden aan de dijk zet als je het op zichzelf beschouwt. Meer concreet houdt de verplichting in dat de Staat 'passende maatregelen' moet nemen tegen 'de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering' (r.o. 5.9.1).

Zal de bestuursrechter het bestaan van een dergelijke plicht ook aannemen? Het enkele feit dat de zorgplicht in een civiel geding aan het licht is gekomen, betekent niet dat het bij de bestuursrechter geen rol speelt. Artikel 3:296 BW gaat over de vordering tot nakoming van een plicht.[16] Een plicht die de overheid moet nakomen verdampt natuurlijk niet doordat een geschil wordt voorgelegd aan de bestuursrechter. Integendeel, de bestuursrechter is juist in het leven geroepen om ervoor te zorgen dat burgers de overheid aan haar plichten kunnen houden. De oude opvattingen over de relatie tussen publiek- en privaatrecht, waarin een scheidingswand tussen beide rechtsgebieden werd gedacht, zijn in belangrijke mate achterhaald door nieuwe inzichten. Die stellen voorop dat regels die de overheid betreffen, in ieder geval als het om de uitoefening van de overheidstaak gaat, naar hun aard publiekrechtelijk zijn. Ook als ze worden toegepast door de burgerlijke rechter.[17] Zij die toch een principiële begrenzing van het privaatrechtelijk overheidsoptreden bepleiten,[18] zullen, denk ik, ook menen dat een zorgplicht als waar het in de *Urgenda*-zaak om gaat, moeilijk als typisch privaatrechtelijk kan worden aangemerkt.

De vraag is des te meer interessant omdat het arrest van de Hoge Raad in dit opzicht niet onomstreden is. Backes schrijft bijvoorbeeld dat in de benadering van de Hoge Raad 'in zekere zin het onderscheid tussen juridisch bindende verplichtingen en (breed gedragen) internationale beleidsverklaringen' wordt genivelleerd onder de invloed van artikel 2 en 8 EVRM. De politieke overeenstemming over de wenselijkheid dat ten minste de Annex I-landen per 2020 een reductie bereiken van 25-40%

16 Daarover T.R. Bleeker, 'Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM', *NTBR* 2018/39.

17 M.S. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013.

18 Zoals L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag nodig heeft', *RM Themis* 179/4, p. 124-136 (2018); J.M.H.F. Theunissen. *Het burgerlijk kleed van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

was in de internationale gemeenschap, zo redeneert Backes, zelfs bewust niet vastgelegd in bindende rechtsnormen.[19] Nog los van de vraag wie door die rechtsnormen jegens wie gebonden zouden zijn, voeg ik daaraan toe. Er zijn er ook die deze vervaging tussen bindende normen en breed gedragen opvattingen positief waarderen.[20] De bedenkingen van Backes zijn vanuit een publiekrechtelijk oogpunt goed te volgen, in zoverre dat breed gedragen inzichten geen publiekrechtelijke verplichtingen creëren, ook niet als er politieke wenselijkheden over worden uitgesproken. Dat neemt niet weg dat aan breed gedragen wetenschappelijke opvattingen wel betekenis toekomt bij de rechterlijke beoordeling van onderzoeksrapporten en motiveringen die bestuursorganen aan hun besluiten ten grondslag leggen en de contra-expertises die andere partijen daar tegenover stellen. De breed gedragen wetenschappelijke inzichten zijn dan een argument in de redenering waarmee uit een vage norm (motiveringsplicht, onderzoeksplicht) een op het concrete geval toegespitste verplichting wordt afgeleid. Dat is wat in het *Urgenda*-arrest ook is gedaan bij het afleiden van een zorgplicht uit artikelen 2 en 8 EVRM. Dit sluit aan bij de door de Hoge Raad en de conclusie van de A-G's besproken jurisprudentie van het EHRM over de bij de interpretatie van het EVRM onder omstandigheden verplichte '*common ground methode*'.[21] Backes ziet dat ook, maar vindt de argumentatie van de Hoge Raad daarvoor niet overtuigend omdat, kort gezegd in mijn woorden, wetenschappelijke opvattingen en daarop gebaseerde wenselijke resultaten niet als een rechtsbron moeten gaan fungeren.

Als de bestuursrechter voor de vraag komt te staan of ook hij aan artikel 2 en 8 EVRM een zorgplicht tot reductie van uitstoot van broeikasgassen afleidt, zal hij uiteraard naar het arrest van de Hoge Raad kijken. De rechtseenheid verlangt dat de bestuursrechter niet op eigen houtje een geheel andere kant op vaart. Dat neemt niet weg dat de bestuursrechter zal oordelen over de bij hem aangevoerde argumenten en die kunnen anders luiden dan die in de *Urgenda*-zaak zijn aangevoerd.

Daar komt nog bij dat de bestuursrechter over een ander petitum oordeelt dan de burgerlijke rechter. De algemene, alle wetten en besluiten overstijgende eis dat de uitstoot in een aangewezen jaar met een bepaald percentage moet zijn gereduceerd,

19 Ch.W. Backes, 'Urgenda en de Klimaatwet: vuurtorens voor een succesvol klimaatbeleid?', *NTB* 2020/99.

20 Bijvoorbeeld M. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid', *AA* 2019, p. 335.

21 Ik citeer de Hoge Raad in *Urgenda*, r.o. 6.3: 'Op grond van de hiervoor in 5.4.2 en 5.4.3 genoemde maatstaven (waaronder de "common ground-methode"), die de Nederlandse rechter gehouden is toe te passen bij de uitleg van het EVRM (zie hiervoor in 5.6.1), is de rechter dan verplicht tot die vaststelling over te gaan en daaraan gevolgen te verbinden bij zijn oordeel over de omvang van de positieve verplichtingen van de Staat. Uit de hiervoor in 5.4.2 genoemde rechtspraak van het EHRM volgt dat bij deze vaststelling onder omstandigheden ook betekenis kan toekomen aan afspraken en regels die op zichzelf niet bindend zijn. Dit gebeurt dan op de grond dat deze regels en afspraken de uitdrukking vormen van een zeer breed gedragen opvatting of inzicht en daarom van belang zijn voor de invulling en toepassing van de positieve verplichtingen van de Staat op grond van de art. 2 en 8 EVRM.'

kan aan de bestuursrechter immers niet worden voorgelegd. Het is dus voorstelbaar dat de bestuursrechter wel een verplichting tot reductie van de uitstoot aanneemt, maar in het midden laat wat het precieze percentage van die reductie in een bepaald jaar moet zijn. Want voor de besluiten waar de bestuursrechter over oordeelt, zal dat precieze percentage waarschijnlijk niet van belang zijn. Ook dit heeft te maken met de betrekkelijke betekenis van één project of plan voor de totale reductie, dus de kloof tussen individuele gevallen en de overkoepelende norm (zie daarover par. 6). Zelfs als een besluit betrekking heeft op een grote veroorzaker (denk aan een energiecentrale of grote industrie), zal de vraag of de zorgplicht door het nemen van dat besluit geschonden wordt, door de bestuursrechter waarschijnlijk kunnen worden beantwoord met ja of nee zonder dat daarvoor het exacte percentage van het reductiedoel de richtsnoer hoeft te zijn.

Maar ik kan natuurlijk niet uitsluiten dat de uitkomst van een geschil over een besluit toch een keer afhankelijk zal blijken te zijn van het precieze percentage aan reductie in een bepaald jaar, bijvoorbeeld in de rooskleurige situatie dat het reductiedoel bijna is gehaald of een besluit met grote impact voorligt waarbij veel uitstoot wordt mogelijk gemaakt of juist grootschalige opwekking van duurzame energie. Ook kan men denken aan een geval waarin de bestuursrechter door middel van exceptieve toetsing moet beoordelen of een wettelijk voorschrift in strijd is met de uit artikel 2 en 8 EVRM afgeleide inspanningsverplichting. Dan kan de vraag voorliggen of een algemene milieurechtelijke norm voor energiegebruik, die een hele bedrijfstak raakt, wel ver genoeg gaat in het licht van de reductiedoelstelling.

8 Kunnen het reductiedoel en de zorgplicht ook worden ingezet als verweer tegen appellerende burgers?

Tot zover lag in deze bijdrage, doordat de *Urgenda*-zaak als startpunt is genomen, de nadruk op gevallen waarin belangenorganisaties via de rechter proberen het streven naar het reductiedoel af te dwingen. Maar intussen liggen er voornemens van de overheid waarin forse maatregelen en ingrepen worden aangekondigd op weg naar de nagestreefde reductiedoelen.[22] Wie kijkt in het Klimaatakkoord, krijgt, als hij een bestuursrechtelijke bril opzet, de indruk dat het waarschijnlijk is dat het vaak de overheid zal zijn die zal opkomen voor de reductiedoelstelling en burgers of bedrijven daartegen op zullen komen bij de bestuursrechter.
Het doel van de emissiereductie is in het klimaatakkoord verdeeld over vijf sectoren: elektriciteitsproductie, mobiliteit, industrie, landbouw en landgebruik en gebouwde omgeving. Het zal dus gaan om veranderingen in de woon- en leefomgeving als gevolg van windparken, hoogspanningsleidingen, zonneparken, om verplichtingen en beperkingen bij woningbouwprojecten en utiliteitsbouw, beperkingen en regels

22 Zie de inleiding bij deze bundel en o.a. het rapport *Energietransitie versnellen met de Omgevingswet*, Eindrapportage Kennis- en leertraject Energietransitie en Omgevingswet (Rho, AnteaGroup, TNO e.a.), 8 april 2020.

voor de toch al zwaar onder het bestuursrecht gebukt gaande sectoren als de landbouw. Dit zijn typisch maatregelen waarbij conflicterende belangen in de fysieke leefomgeving zijn betrokken, belangen van voor- en tegenstanders, van hen die profiteren en hen die het nadeel dragen. Het lijkt mij daarom waarschijnlijk dat als er uiteindelijk, mocht het reductiedoel ooit behaald worden, wordt teruggeblikt, geconstateerd zal worden dat er beduidend meer geprocedeerd is tegen dan vóór de genomen maatregelen.

Daarom is een minstens zo belangrijke vraag omgekeerd aan die welke in de *Urgenda*-zaak centraal stond: kan de in het *Urgenda*-arrest gedestilleerde zorgplicht van de Staat worden ingezet om de positie van de overheid in door burgers aangespannen beroepsprocedures te versterken? Het is een logische consequentie van de op de overheid rustende zorgplicht dat bestuursorganen zich genoodzaakt zullen voelen om besluiten te nemen die voor burgers en bedrijven (soms zeer) belastend zijn. Wie deze verplichting en de daaraan ten grondslag liggende verantwoordelijkheid serieus neemt, zal moeten erkennen dat de overheid de bijbehorende besluiten moet nemen. Welke besluiten dat zijn, is een vraag die bestuursorganen en de wetgever eerst zelf moeten beantwoorden. Op welke manier de agrarische sector en de woningbouw worden belast met beperkingen en verplichtingen, is geen vraag die de bestuursrechter zelf kan beantwoorden. Dat is niet zijn rol in het staatsbestel. Het is dan ook in veel gevallen waarschijnlijk niet kansrijk om via de bestuursrechter concrete besluiten af te dwingen (zoals beperkingen en wijzigingen van vergunningen of omgevingsplannen) met als argument dat daarmee voldaan zou worden aan de op de overheid rustende reductieplicht. Want eerst moet het bestuur, dan wel de wetgever, de daaraan voorafgaande beleidskeuzes maken.

Heeft dat beleid eenmaal vorm gekregen, dan kunnen genomen of juist geweigerde besluiten worden beoordeeld: past het (geweigerde) besluit in het beleid? Een vervolgvraag is dan of dat beleid zelf de toetsing aan het recht kan doorstaan. Daarbij komt, als het om ingrijpende besluiten gaat, vaak aan de orde of niet te diep wordt ingegrepen in de belangen van burgers of bedrijven. De uitkomst van die proportionaliteitstoets is in hoge mate afhankelijk van het gewicht dat kan worden toegekend aan het publieke belang met het oog waarop de ingreep wordt gepleegd. Zo bezien kan de zorgplicht van de Staat voor bestuursorganen dienen als een gewichtig argument voor ingrijpende en door velen niet gewenste maatregelen. Het is wellicht voor sommigen een vreemde consequentie van een zorgplicht die is afgeleid uit het EVRM, dat deze bij zijn uitwerking kan worden ingezet tegen burgers en hun soms hard getroffen belangen. Maar in het ordenend bestuursrecht is dat onvermijdelijk. Als er veel conflicterende belangen zijn, kan het belang van de ene partij niet worden beschermd zonder dat van de andere te raken.

9 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal welke betekenis de zorgplicht die in de *Urgenda*-zaak aan het licht is gekomen, kan krijgen in zaken die aan de bestuursrechter worden voorgelegd.
Daarbij is allereerst bekeken welke soorten zaken over emissiereductie aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Een eis zoals die is ingediend door Urgenda zou bij de bestuursrechter niet mogelijk zijn. Bij de bestuursrechter moet een beroep worden ingesteld tegen een besluit en dat is iets anders dan eisen dat een bepaald resultaat (een reductiepercentage) wordt behaald.

Deze beperking van de bevoegdheid van de bestuursrechter maakt het moeilijk om van hem een uitspraak te krijgen over de vraag of Nederland voor zichzelf een reductiedoel stelt dat hoog genoeg is. Helemaal uitgesloten is het niet dat de bestuursrechter toch zo'n oordeel velt. Dan zou de weg van de exceptieve toetsing kunnen worden bewandeld. Daarbij kan aan de orde komen of het reductiedoel, zoals het doel dat is neergelegd in de Klimaatwet, wel hoog genoeg ligt. Als een bestuursorgaan zich ter motivering van een besluit baseert op een beleid of programma dat uitgaat van het reductiedoel, kan de bestuursrechter toetsen of dat beleid of programma in overeenstemming is met de uit artikel 2 en 8 EVRM voortvloeiende zorgplicht. Hoe ver de bestuursrechter daarmee komt, is moeilijk te voorspellen. Maar het is waarschijnlijk dat hij niet vaak zal toekomen aan de hamvraag of het reductiedoel te laag is. Dat komt vooral doordat er een kloof bestaat tussen het concrete besluit en het algemene reductiedoel. Op besluitniveau is het moeilijk een verplichting te formuleren om met het voorliggende project, waarop het besluit betrekking heeft, in bepaalde mate, bijvoorbeeld een percentage, bij te dragen aan het bereiken van het reductiedoel. Er zijn in deze bijdrage wel bestuursrechtelijke benaderingen naar boven gekomen die wellicht het verband tussen een concreet besluit en het overkoepelende reductiedoel kunnen leggen, maar het is nog ongewis hoe die zullen uitpakken. Het is daarom te verwachten dat, zolang de bevoegdheid van de bestuursrechter door de wetgever beperkt wordt gehouden, procedures bij de burgerlijke rechter, waarin recht op het doel af een reductieresultaat wordt geëist, een wezenlijke zelfstandige functie zullen blijven vervullen naast de bestuursrechtspraak.

Ten slotte is ook duidelijk geworden dat de zorgplicht van de overheid een argument oplevert voor de onderbouwing van besluiten die de energietransitie dienen. Zo kan ik afronden met een schijnbare tegenstelling: de Staat was de verliezer in de *Urgenda*-zaak, maar veel bestuursorganen zullen er met de winst vandoor gaan.

5 Aansprakelijkheid van particuliere ondernemingen voor schade door klimaatverandering. Wat zijn de trends en welke ontwikkelingen doen zich naar verwachting voor?

Edward Brans en Katrien Winterink[1]

Samenvatting

Wereldwijd is er een enorme toename aan klimaatzaken. Er zijn er al meer dan 1.380 aanhangig gemaakt. Veel van deze procedures richten zich tegen overheden, maar er lijkt sprake te zijn van een toename aan procedures tegen ondernemingen, waaronder de *carbon majors*, en partijen die investeringsbeslissingen nemen en daarmee invloed hebben op de *carbon footprint* van bedrijven. In deze bijdrage signaleren wij trends en ontwikkelingen. Eén ding is duidelijk. Door helderheid over de omvang van de *emission gap* en de enorme toename aan data over de omvang van de uitstoot van bedrijven, is het aannemelijk dat de claimbereidheid toeneemt en getracht zal worden om door middel van procedures private ondernemingen ertoe te bewegen maatregelen te nemen om broeikasgasemissies (verder) te beperken.

1 Inleiding

In het Klimaatakkoord van Parijs,[2] dat eind 2015 tot stand is gekomen, is vastgelegd dat de gemiddelde mondiale temperatuurstijging dient te worden beperkt tot ruim beneden de 2 °C met het streven de temperatuurstijging te beperken tot 1,5 °C.[3] Uit een rapport van IPCC van oktober 2018 volgt dat de negatieve effecten van een temperatuurstijging van 2° C groter zijn dan indien de temperatuurstijging wordt beperkt tot 1,5 °C.[4] Uit een recente studie van McKinsey naar de gevolgen van de uitstoot van broeikasgassen in het door de IPCC onderscheiden worstcasescenario Representative Concentration Pathway (RCP) 8.5, waarbij er geen beperking plaatsvindt van de mondiale uitstoot van broeikasgassen en deze zelfs toeneemt, volgt dat

1 Edward Brans en Katrien Winterink zijn beiden advocaat en werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. Edward is daarnaast bijzonder hoogleraar duurzaamheid en milieuaansprakelijkheid aan de Universiteit Utrecht. Beide auteurs danken hun kantoorgenoot Mathijs Peters voor de ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage.

2 Overeenkomst van Parijs, 12 december 2015, *Trb.* 2016, 94 (rectificatie in *Trb.* 2016, 127), voor Nederland in werking getreden op 27 augustus 2017 (*Trb.* 2017, 141).

3 Art. 2.1 onder a Klimaatakkoord Parijs.

4 IPCC, *Global Warming of 1,5°C, Summary for Policy Makers*, p. 7 e.v. (www.ipcc.ch/sr15/).

deze zeer aanzienlijk zijn met ernstige gevolgen voor de leefbaarheid in landen, de voedselvoorziening, biodiversiteit en fysieke leefomgeving.[5]
Het meest recente UNEP Gap Report, van eind november 2019, meldt dat uitgaande van de emissiedoelstellingen die verdragstaten en de Europese Unie kenbaar hebben gemaakt in het kader van het Klimaatakkoord van Parijs, de Nationally Determined Contributions (NDC's), de 2 °C-doelstelling niet haalbaar is en het waarschijnlijk is dat de gemiddelde mondiale temperatuurstijging in 2100 uitkomt op 3,2 °C (bandbreedte 3,0-3.5 °C), met alle gevolgen van dien.[6] Het Klimaatakkoord van Parijs kent een systeem op basis waarvan verdragspartijen gehouden zijn om op vastgestelde tijdstippen eigen reductiedoelstellingen aan te scherpen.[7] Inzichten zoals neergelegd in (toekomstige) rapporten van IPCC en UNEP zullen daarbij ongetwijfeld een rol spelen, maar het Klimaatakkoord van Parijs kent geen bepalingen op basis waarvan de aanscherping van reductiedoelstellingen kan worden afgedwongen. Overigens is dat ook niet het geval met betrekking tot de nakoming van reductiedoelstellingen die gedurende de periode van totstandkoming van het Klimaatakkoord van Parijs kenbaar zijn gemaakt. Dat is niet onbelangrijk omdat nu al duidelijk is dat een aantal verdragstaten niet genoeg doet om de eigen reductiedoelstellingen te halen.[8]

2 Klimaatactie

Het is aannemelijk dat het voorgaande NGO's en anderen zal aanzetten om door het voeren van juridische procedures druk uit te oefenen op bedrijven en nationale en lokale overheden om maatregelen te nemen gericht op het verder beperken van broeikasgasemissies. In deze bijdrage gaan wij in op de positie van private ondernemingen omdat er sprake lijkt te zijn van een toename van klimaatzaken in de wereld tegen particuliere bedrijven. Getracht wordt in deze bijdrage trends te signaleren en na te gaan of het inderdaad aannemelijk is dat de druk op bedrijven toeneemt om reductiemaatregelen te nemen dan wel investeringen in olie, gas en kolen te beperken. Dat is ook van belang voor de energietransitie die in de periode 2020-2030 in Nederland moet plaatsvinden (zie nader hierover deel 3 van dit boek). Ook in Nederland zijn bedrijven immers een belangrijke bron van uitstoot van broeikasgassen en voorstelbaar is dat juridische procedures worden opgestart tegen private ondernemingen om

5 McKinsey, *Climate risk and response. Physical hazards and socioeconomic impacts*, 2020. Zie ook Detlef van Vuuren, 'Wat betekent het Parijs Akkoord voor klimaatbeleid in Nederland?' (hoofdstuk 2 van deze bundel).

6 UNEP, *Emission Gap Report 2019*, p. 27 (www.unenvironment.org/resources/emissions-gap-report-2019). Vgl. J. Rogeli e.a., 'Paris Agreement climate proposals need a boost to keep warming well below 2°C', *Nature* 2016, nr. 534, p. 631-639.

7 Zie art. 4.9 jo. 4.11 Klimaatakkoord Parijs.

8 Zie NCI e.a., *Analysis of current climate policies and mitigation commitments: 2019 update*, december 2019 (www.pbl.nl/en/publications/greenhouse-gas-mitigation-scenarios-for-major-emitting-countries-2019-update) en PBL, *Climate Change NDC Tool* (https://themasites.pbl.nl/climate-ndc-policies-tool/).

op korte termijn emissiereductie af te dwingen. De door Milieudefensie c.s. tegen Royal Dutch Shell plc (Shell) gestarte procedure is in die zin illustratief.[9] Eisers vorderen in die procedure, die aanhangig is bij de rechtbank Den Haag, onder meer dat Shell wordt bevolen

> 'het gezamenlijk volume van alle aan haar bedrijfsactiviteiten en fossiele producten verbonden CO_2-emissies zodanig te (doen) beperken dat het gezamenlijk volume van die emissies in 2030 is verminderd met (netto) 45% ten opzichte van het niveau van 2010'.[10]

Het is uiteraard nog niet duidelijk wat de uitkomst gaat zijn van de procedure en ook niet of het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat/Urgenda* hier een rol gaat spelen.[11] Als op de Staat een positieve verplichting rust om emissies te beperken, rust dan op een bedrijf dat werkelijk broeikasgassen emitteert niet de verplichting uitstoot te beperken; een negatieve verplichting? En welke rol speelt de *carbon budget*-benadering hier en in hoeverre kunnen emissies die buiten Nederland (en het Verenigd Koninkrijk) hebben plaatsgevonden, door één of meer dochterondernemingen van Royal Dutch Shell plc of door eindgebruikers van producten van Shell, worden toegerekend aan deze rechtspersoon?[12] Op deze specifieke vragen zal in deze bijdrage niet in worden gegaan. Het gaat ons om de trends.

3 Toename klimaatzaken wereldwijd

Er is de laatste jaren sprake van een aanzienlijke toename van het aantal klimaatzaken. Waren dat er in 2005 nog zo'n 250 wereldwijd, inmiddels zijn er in meer dan 28 jurisdicties[13] meer dan 1.350 klimaatzaken aanhangig gemaakt. Daarbij is opvallend dat verreweg het merendeel in de Verenigde Staten van Amerika aanhangig is gemaakt – zo'n 1.328 – tegen 94 in Australië, 53 in het Verenigd Koninkrijk, zestien in Canada, dertien in Spanje, tien in India, zes in Frankrijk, twee in zowel Colombia

9 Deze zaak is aanhangig bij de rechtbank Den Haag onder zaaknummer C/09/571932 2019/379.

10 Zie petitum dagvaarding (https://milieudefensie.nl/actueel/volledige-dagvaarding-shell.pdf).

11 HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41.

12 Vgl. Supreme Court of the United Kingdom 10 april 2019 (Vedanta v. Lungowe) UK [2019] UKSC 20 (www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf). Zie nader over deze uitspraak: S. Varvastian & F. Kalunga, 'Transnational Corporate Liability for Environmental Damage and Climate Change: Reassessing Access to Justice after Vedanta v. Lungowe', 9 *TEL* 2 2020, p. 323-345.

13 Hieronder vallen ook de zaken die aanhangig zijn gemaakt tegen het Europees Parlement en de Europese Commissie en zaken die zijn aangebracht bij het Europees Hof van Justitie in Luxemburg.

als Pakistan als Nederland en één in Zwitserland (peildatum mei 2019).[14] Het merendeel van de klimaatzaken heeft betrekking op mitigatie en zo'n 80-85% van de klimaatzaken betreft een vordering tegen een overheid.[15] Het aantal klimaatzaken tegen particuliere ondernemingen – en dan met name de grote emitters zoals bedrijven in de olie- en gasindustrie, de elektriciteitssector en cementbedrijven – neemt echter duidelijk toe. Er zijn hiervoor verschillende verklaringen te geven. Allereerst komen er meer data beschikbaar over de (wereldwijde) omvang van emissies van bedrijven – wij gaan daar hieronder nader op in – en verder lijkt het besef te groeien dat het juist deze partijen zijn die feitelijk maatregelen kunnen nemen gericht op het beperken van emissies en daarmee bij kunnen dragen aan de realisering van de doelstellingen van het Verdrag van Parijs.[16]

4 Toename kennis omvang emissies bedrijven

4.1 Emissieprestatie bedrijven

Om diverse redenen komen er op nationaal, Europees en internationaal niveau meer en meer data beschikbaar over de *Greenhouse gas emission performance* van bedrijven. Zo zijn de binnen de EU gevestigde bedrijven die onder het EU ETS-systeem vallen gehouden om jaarlijks te rapporteren over hun broeikasgasemissies. Dat zijn er zo'n 11.000 (waarvan er zo'n 480 in Nederland zijn gevestigd). Dit resulteert in overzichten waaruit volgt wat de omvang is van de broeikasgasemissies van bijvoorbeeld specifieke elektriciteitscentrales, industriële installaties en van vliegmaatschappijen die binnen Europa vluchten verzorgen.[17] De gegevens zijn zo gedetailleerd dat kan worden nagegaan welke elektriciteitscentrales behoren tot de *top emitters* in de EU. Zo was de uitstoot van de Bełchatów-centrale in Polen in 2018, vergeleken met andere elektriciteitscentrales in de EU, het omvangrijkst. Deze centrale kwam in 2018 uit op een emissie van 38,3 Mt CO_2, 2% meer dan in 2017. De elektriciteitscentrale in de Eemshaven had in 2018 een uitstoot van 8,0 Mt CO_2, 5% meer dan in 2017.[18] Van de Duitse met kolen of bruinkool gestookte elektriciteitscentrales blijken er elf in de top 30 te staan van grootste *emitter*s en deze elf nemen 49% van de CO_2-uitstoot van

14 Cijfers ontleend aan J. Setzer & R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*, juli 2019, p. 3-6 (www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2019/07/GRI_Global-trends-in-climate-change-litigation-2019-snapshot-2.pdf). Voor nadere gegevens, zie de volgende databases: http://climatecasechart.com/, https://climate-laws.org/ en https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases.

15 Setzer & Byrnes 2019 (zie noot 14), p. 4-5.

16 Uit de uitspraak van UK Court of Appeal 27 februari 2020, R (Friends of the Earth) v Secretary of State for Transport and others, [2020] EWCA Civ 213 (uitbreiding Heathrow) kan worden afgeleid dat de klimaatdoelstellingen van het Verdrag van Parijs ook ondernemingen kan raken.

17 Zie ETC/CME, *Trends and projections in the EU ETS in 2019. The EU Emissions Trading System in numbers*, december 2019.

18 ETC/CME december 2019, p. 7.

de top 30-*emitters* voor hun rekening. Ook blijken de acht centrales met de grootste uitstoot op bruinkool gestookt te worden.

Voor industriële installaties is het niet anders. Ook hiervan zijn gedetailleerde gegevens beschikbaar. Zo stootte Tata Steel in IJmuiden in 2018 6,5 Mt CO_2 uit (5% minder dan in 2017), Shell Nederland Raffinaderij B.V. kwam in dat jaar uit op 4,2 Mt CO_2 (10% meer dan in 2017), Total Raffinaderij Antwerpen op 3,6% (1% minder dan in 2017) en DASF Antwerpen op 3,1 Mt CO_2 (5% minder dan in 2017).[19] Er zijn nog gedetailleerdere cijfers, zodat zelfs binnen ondernemingen kan worden nagegaan wat de uitstoot is van specifieke delen van de inrichting.[20]

Ook zijn er met betrekking tot de luchtvaart gedetailleerde cijfers beschikbaar, zowel op nationaal als Europees niveau. Zo waren Ryanair en EasyJet in 2018 binnen de EU de grootste *emitters* van broeikasgassen in de luchtvaartsector met een aandeel van respectievelijk 10 Mt CO_2-eq en 6 Mt CO_2-eq. Eurowings nam in dat jaar de grootste stijging in deze sector voor haar rekening.[21] KLM/Air France hebben ten opzichte van 2017 broeikasgasemissies met 1,1% teruggebracht.[22] De totale uitstoot van deze sector, voor zover het gaat om binnen-Europese vluchten, kwam in 2018 uit op 67 Mt CO_2-eq, een stijging met 4% ten opzichte van 2017. Op nationaal niveau nam KLM in 2018 de grootste uitstoot binnen deze sector voor haar rekening (voor zover het betreft binnen-Europese vluchten).[23]
Naast de EU ETS zijn er andere regimes die verplichten tot het rapporteren van emissiegegevens, zoals de Australian National Greenhouse and Energy Reporting Scheme, de US EPA's Greenhouse Gas Reporting Program, de Californian Mandatory GHG Reporting Program, de Canadian GHG Emissions Reporting Program en de UK's CRC Energy Efficiency Scheme.[24] Zonder op de details in te gaan is interessant te vermelden dat op basis van een aantal van deze registratiesystemen ook andere partijen dan grote industriële ondernemingen met een aanzienlijke uitstoot, zijn gehouden om de omvang van broeikasgasemissies te registreren. Zo zijn ook supermarkten, banken, waterbedrijven en nationale en lokale overheden op basis van de UK's CRC Energy Efficiency Scheme gehouden de omvang van broeikasgasemissies te registreren.[25]

Tot slot wijzen wij op de vrijwillige registratiesystemen die inmiddels zijn ontwikkeld en in gebruik zijn. Een voorbeeld ervan is CDP, dat het voor bedrijven mogelijk maakt om informatie te registreren die ziet op de *greenhouse gas emission performance* van

19 ETC/CME december 2019, p. 9.
20 Zie NEA, *Overzicht emissiecijfers luchtvaartmaatschappijen 2013-2018* (www.emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2019/04/04/emissiecijfers-2013-2018).
21 ETC/CME december 2019, p. 13-14.
22 ETC/CME december 2019, p. 14.
23 NEA, *Emissiecijfers 2013-2018*.
24 Zie voor een korte beschrijving: World Resources Institute en World Bank Group, *Guidance for designing mandatory Greenhouse Gas Reporting Programs*, 2015, p. 12 e.v.
25 Zie www.gov.uk/government/collections/crc-energy-efficiency-scheme.

deze bedrijven en dat aan derden kenbaar te maken.[26] Ook zijn er sectorspecifieke registratiesystemen zoals IPIECA's *Climate change reporting framework*, bedoeld voor de olie- en gasindustrie. Verder zijn er diverse bedrijven die, al dan niet daartoe gedwongen op basis van accountancyregels, emissiedata kenbaar maken (en overigens ook de wijze waarop deze bedrijven – in het kader van het Verdrag van Parijs – denken emissies te gaan beperken). Voorbeelden ervan zijn BP (48,8 CO_2-eq in 2018) en Shell (70 Mt CO_2-eq in 2019), waarbij moet worden opgemerkt dat de uitstoot die wordt veroorzaakt door het gebruik van de producten die door deze bedrijven op de markt worden gebracht, niet lijkt te zijn meegenomen in deze cijfers.[27]

4.2 Niet-vrijwillige openbaarmaking emissiecijfers

Er zijn ook andere initiatieven die ertoe leiden dat er meer bekend wordt over de *carbon footprint* van bedrijven. Zo zijn er voorbeelden van aandeelhouders die bedrijven waarin zij hebben geïnvesteerd hebben gedwongen meer openheid te betrachten met betrekking tot de omvang van de emissies van deze bedrijven. Overigens beperkt het *shareholder activism* zich vaak niet enkel en alleen tot het eisen dat de omvang van broeikasgasemissies kenbaar wordt gemaakt, maar ook wordt vaak ingezet op transparantie ten aanzien van de klimaatrisico's waaraan de bedrijven waarin is geïnvesteerd blootstaan en de wijze waarop in het verleden is omgegaan met kennis met betrekking tot het bestaan van klimaatrisico's. In diverse landen zijn dan ook procedures aanhangig (geweest) waarin de vraag aan de orde is of in jaarverslagen op een afdoende wijze is gerapporteerd over deze risico's.[28] Voorbeelden ervan zijn de procedures in de VS tegen ExxonMobil en Peabody Energy Corporation.[29]

4.3 Carbon Majors

Tot slot wijzen wij op de data die zijn verzameld met betrekking tot bedrijven die door eigen toedoen dan wel door het op de markt brengen van fossiele brandstoffen voor een aanzienlijke cumulatieve uitstoot van broeikasgassen zorgen.[30] Uit deze data, verzameld in de Carbon Major Database, volgt – aldus de samenstellers ervan – dat 63% van de mondiale emissie van broeikasgassen die in de periode 1854-2010 heeft

26 Zie verder www.cdp.net/en.

27 Resp. www.bp.com/en/global/corporate/sustainability/performance-data/greenhouse-gas-emissions-data.html en www.shell.com/sustainability/sustainability-reporting-and-performance-data/performance-data/greenhouse-gas-emissions.html.

28 Zie verder G. Ganguly e.a., 'If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change', *OJLS* 2018, p. 858 e.v.

29 Zie o.a. *NYT*, 'Exxon Mobil Shareholders Demand Accounting of Climate Change Policy Risks', 31 mei 2017 (www.nytimes.com/2017/05/31/business/energy-environment/exxon-shareholders-climate-change.html).

30 Zie bijvoorbeeld R. Heede, 'Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010', *Climatic Change* 2014, vol. 122, p. 229–241 en B. Ekwurzel e.a., 'The rise in global atmospheric CO2, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers', *Climatic Change* 2017, vol. 144, p. 579-590.

plaatsgevonden, kan worden toegeschreven aan negentig bedrijven uit de kolen-, olie- en gassector en de cementindustrie.[31] Meer dan de helft van deze hoeveelheid is geëmitteerd na 1986; dat is niet onbelangrijk omdat toen al werd gewezen op het verband tussen het gebruik van fossiele brandstoffen en klimaatverandering.[32] In een rapport uit 2017, waarin ook emissiecijfers zijn opgenomen die zien op de periode 1988-2015, worden de bedrijven die het zou betreffen bij naam genoemd alsook de totale uitstoot die aan deze bedrijven kan worden toegeschreven.[33] Overigens zijn er ook al onderzoeken waarin een verband wordt gelegd tussen de uitstoot van (een aantal van) deze bedrijven en gevolgen van klimaatverandering, waaronder de mondiale temperatuurstijging die inmiddels heeft plaatsgevonden en de verzuring van de oceanen.[34] Dit wordt dan uitgedrukt in een percentage:

> 'emissions traced to these 90 largest industrial carbon producers contributed ~57% of the rise in atmospheric CO_2, 42%-50% of the rise in global mean surface temperature, and approximately 26-32% of the rise in global sea level'.[35]

Deze onderzoeken moeten overigens worden onderscheiden van de onderzoeken waarin in meer algemene zin een verband wordt gelegd tussen klimaatverandering en natuurrampen die plaatsvinden, zoals in het geval van de bosbranden in Australië, eind 2019.[36]

4.4 Tussenconclusie

Al met al is helder dat er steeds meer data beschikbaar komen over de omvang van de emissie van broeikasgassen door bedrijven; nu maar ook in het verleden. Vermoedelijk is *Milieudefensie c.s./Shell* de eerste procedure in Nederland waarin de bruikbaarheid van deze data aan de orde gaat komen. Onze inschatting is dat er weinig discussie zal zijn over de data die op basis van de ETS-richtlijn zijn verzameld of die op basis van eigen gegevensverstrekking beschikbaar zijn gekomen. Hoe de Nederlandse rechter om zal gaan met de data zoals die uit de Carbon Major Database is vooralsnog lastig in te schatten. Milieudefensie c.s. doen in de tegen Shell uitgebrachte dagvaarding een beroep op de database[37] en zonder twijfel gaat

31 Heede 2014 (zie noot 30), p. 229 en tabellen 1 en 2. Een aantal van deze bedrijven is staatseigendom. Daar wordt in deze bijdrage aan voorbijgegaan.

32 Ekwurzel e.a. 2017 (zie noot 30), p. 587.

33 CDP, *The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017* (https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcdd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1499431371).

34 Zie Ekwurzel e.a. 2017, p. 585-586 en R. Licker e.a., 'Attributing ocean acidification to major carbon producers', 2019 *Environmental Research Letters* 14 124060.

35 Licker e.a. 2019 (zie noot 34), p. 2.

36 G.J. van Oldenborgh e.a., *Attribution of the Australian bushfire risk to anthropogenic climate change,* www.worldweatherattribution.org/bushfires-in-australia-2019-2020/ en in meer algemene zin: www.worldweatherattribution.org/.

37 Dagvaarding *Milieudefensie c.s./Shell*, o.a. p. 152.

dat in andere klimaatzaken in Nederland en daarbuiten vaker gedaan worden.[38] Er zijn echter nog niet veel uitspraken waaruit volgt dat de Carbon Major Database een rol heeft gespeeld in de beoordeling die een rechter heeft gemaakt. Een voorbeeld van een uitspraak waaruit volgt dat dit wel het geval is geweest, is een procedure van Oakland en Californië tegen BP, Shell, Exxon en ConocoPhillips vanwege schade die California lijdt door klimaatverandering.[39] Uit de uitspraak volgt dat de rechtbank kennis heeft genomen van de data uit de database, maar dat de vordering vanwege een gebrek aan causaal verband tussen het aandeel in de mondiale emissie van broeikasgassen van deze vier bedrijven – ongeveer 9% – en hetgeen waarvoor eisers opkomen, ontbreekt.[40] Ook de Commission on Human Rights of the Philippines heeft mede op basis van de database onderzoek gedaan naar de vraag of 47 bedrijven die behoren tot de groep van *carbon majors* verantwoordelijk zijn voor de gevolgen die klimaatverandering heeft voor de mensenrechten op de Filipijnen.[41] Niet uitgesloten kan worden, zo begrijpen wij, dat de resultaten van het onderzoek worden gebruikt om een civielrechtelijke procedure te starten, waarbij op basis van marktdeelaansprakelijkheid getracht zal worden één of meer partijen aansprakelijk te houden voor klimaatschade die is of wordt geleden op de Filipijnen. Mogelijk zal dan ook aansluiting worden gezocht bij het *Urgenda*-arrest, waarin een deelverantwoordelijkheid van de Staat is aangenomen.

5 Trends. Strategisch procederen tegen particuliere ondernemingen

5.1 Inleiding

Het is gezien bovenstaande emissiedata alsook de eerdergenoemde rapporten van de IPCC en UNEP over de noodzaak reductiemaatregelen te nemen, evident dat ondernemingen met een broeikasgasemissie van enige omvang een steeds grotere kans lopen om gedagvaard te worden en geconfronteerd te worden met een claim gericht op het beperken van broeikasgasemissies. In deze paragraaf zullen wij daar een aantal voorbeelden van geven. Het is inmiddels ook duidelijk dat er meer en meer aandacht komt voor het investeringsbeleid van banken, pensioenfondsen en andere geldschieters. Waarin wordt er geïnvesteerd, wat zijn de financiële consequenties van klimaatverandering voor de investeringen, en wordt er afdoende gerapporteerd over de aan deze investeringen verbonden klimaatrisico's en daarmee de financiële risico's van aandeelhouders en anderen? Ook daarop wordt in deze paragraaf ingegaan.

38 Zie in deze zin ook Setzer & Byrnes 2019 (zie noot 14), p. 8.

39 City of Oakland v. PB e.a., No. C 17-06011 WHA (US Dist. Court N.D. Cal. Jul. 27, 2018).

40 Idem. Zie nader over dit onderwerp: M. Burger e.a., 'The Law and Science of Climate Change Attribution', *CJEL* 2020, p. 230-237.

41 Zie Commission on Human Rights, National Inquiry on Climate Change (http://chr.gov.ph/nicc-2/) en R.S. Abate, *Climate Change and the Voiceless*, Cambridge 2020, p. 33-42.

5.2 Bedrijven met een meetbare broeikasgasemissie

5.2.1 Claims ter verkrijging van schadevergoeding of ter vermindering van de uitstoot van broeikasgassen

Vooral in de VS, maar ook daarbuiten, zijn grote *emitters* geconfronteerd met claims ter verkrijging van schadevergoeding dan wel ter vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. Hieronder beschrijven wij een beperkt aantal van deze claims.

Een bekend voorbeeld is de klimaatzaak in de VS, *Kivalina v. ExxonMobil Corp.*[42] In deze procedure was de vraag aan de orde of een Eskimogemeenschap, die in een dorp in Alaska leeft, ExxonMobil Corp. en meer dan twintig andere grote *emitters* met succes aansprakelijk kan houden voor de schade die deze gemeenschap lijdt, omdat het dorp vanwege klimaatverandering kwetsbaarder wordt voor storm en de Eskimo's zich elders moeten vestigen. De vordering is afgewezen omdat regulering van broeikasgasemissies meer een politieke dan een juridische kwestie zou zijn. Ook konden de Eskimo's niet aantonen dat de bedrijven hun schade hadden berokkend.

Californië heeft een rechtszaak aangespannen tegen autofabrikanten omdat de voertuigen van die bedrijven een aanzienlijke bron van broeikasgasemissies zouden zijn, die de klimaatverandering veroorzaakten. Volgens Californië resulteerde dit in miljoenen dollars schade voor de Staat. Ook deze vordering is afgewezen nu de *district court* van oordeel was dat de aan de orde gestelde kwesties te veel beleidsvragen opwierpen en *political questions* zijn die voorbehouden zijn aan de president en het congres.[43]

Zoals ook in paragraaf 4.4 opgemerkt, zijn Oakland en Californië een procedure gestart tegen de vijf grootste particuliere producenten van fossiele brandstoffen in de wereld: Chevron Corp., ExxonMobil Corp., BP plc., Royal Dutch Shell plc. en ConocoPhillips. Gesteld wordt dat deze bedrijven verantwoordelijk zijn voor meer dan 11% van de vervuiling van de lucht met CO_2 en methaan. De United States District Court for the Northern District of California heeft deze vordering afgewezen. Er wordt op gewezen dat *global warming* een wereldwijd probleem is, met wereldwijde oorzaken. Fossiele brandstoffen hebben wereldwijd ook voordelen. Dergelijke kwesties moeten volgens de United States District Court for the Northern District of California door de politiek gereguleerd worden, en niet door de rechterlijke macht.[44]

Ook New York heeft de vijf grootste oliemaatschappijen in de wereld tevergeefs aangeklaagd vanwege hun bijdrage aan klimaatverandering.[45]

Andere bekende voorbeelden zijn de procedures van natuurlijke personen tegen olie-, kolen-, elektriciteits- en chemische bedrijven voor hun schade als gevolg van de orkaan Katrina. In een van deze zaken is door de Federal District Court in Mississippi geoordeeld dat er sprake was van een *political question*. Daarnaast ontbrak in die

42 Kivalina v. ExxonMobil Corp., No: C 08-1138 SBA (N.D. Cal.), Sept. 30, 2009.

43 People of the State of California v. General Motors Corp. e.a., No. C 06-05755 (US Dist. Court N.D. Cal.), Sept. 17, 2007.

44 City of Oakland v. PB et al, No. C 17-06011 WHA (US Dist. Court N.D. Cal.), Jul. 27, 2018.

45 New York v. BP et al, US Dist. Court SDNY, No. 18 Civ. 182 (JFK) 18 July 2018.

zaken causaal verband tussen de schade (o.a. hogere verzekeringspremies en waardedaling woningen) en het handelen van de bedrijven.[46]

Een zeer interessant voorbeeld waarin de *political question doctrine* geen rol speelde, is de procedure *Lliuya v. RWE AG*. Het gaat om een door een boer uit Peru tegen RWE in Duitsland aangespannen procedure vanwege het gevaar dat een gletsjermeer overstroomt en schade veroorzaakt aan het dorp waar hij woont. Door klimaatverandering stijgt de hoeveelheid water in het meer en zijn maatregelen nodig om het dorp te beschermen tegen het overstromingsrisico. RWE – die ook buiten Duitsland actief is, maar niet in Peru – is verantwoordelijk, zo stelt eiser, voor 0,47% van de mondiale CO_2-emissies. Eiser baseert zich hier op de eerder genoemde Carbon Major Database, die meldt dat de cumulatieve emissie van RWE AG over de periode 1988-2015 uitkomt op afgerond 0,5% van de mondiale industriële broeikasgasemissie in die periode.[47]
Eiser vordert schadevergoeding vanwege de kosten van aanleg van beschermingsmaatregelen; 0,47% van deze kosten. In eerste aanleg is Lliuya in het ongelijk gesteld omdat de rechtbank onvoldoende aannemelijk achtte dat er een causaal verband bestaat tussen de uitstoot van één enkele *emitter* en de gevorderde klimaatschade. Verder achtte de rechtbank aannemelijk dat het overstromingsrisico ook zou bestaan als de emissie van RWE zou worden weggedacht.[48] In hoger beroep is alleen nog beslist over de ontvankelijkheid van eiser, waarbij interessant is dat de rechter oordeelde dat het mogelijk indirecte verband tussen de emissies van RWE – die door de rechter wordt aangemerkt als niet niet-significant – en de schade waarvan de eiser vergoeding vordert, op zichzelf geen reden is de vordering af te wijzen.[49] Er is nog geen eindbeslissing in deze zaak. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld nader bewijs aan te dragen.

5.2.2 Claims gericht op het voorkomen of beperken van GHG-uitstoot

Omdat het lastig is – en dat vermoedelijk toch nog enige tijd blijft – om het causaal verband te bewijzen tussen de emissies van één of meer bedrijven en klimaatschade die is of wordt geleden, is onze inschatting dat meer nadruk zal komen te liggen op procedures waarmee getracht zal worden te voorkomen dat projecten worden opgestart of voortgezet die evident leiden tot aanzienlijke broeikasgasemissies. Voorstelbaar is dat in dergelijke procedures ook de nadruk komt te liggen op de *carbon budget*-benadering,[50] zoals Urgenda heeft gedaan in de procedure tegen de Nederlandse Staat, die uiteindelijk leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019.[51]

46 Zie bijv. Comer v. Murphy Oil USA Inc., No: 07-60756 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit), October 16, 2009.
47 Zie Bijlage I, CDP a.w.
48 Rechtbank Essen 15 december 2016, https://germanwatch.org/en/14198.
49 Oberlandesgericht Hamm 30 November 2017, https://germanwatch.org/en/14198.
50 Zie nader over deze benadering: www.carbonbrief.org/analysis-four-years-left-one-point-five-carbon-budget en Detlef van Vuuren in hoofdstuk 2 van deze bundel.
51 HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41, m.nt. Spier.

Een interessant voorbeeld in die zin is de procedure die Client Earth in 2019 is gestart tegen de eigenaar van de eerder genoemde Poolse bruinkoolcentrale Belchatow; een elektriciteitscentrale met de hoogste uitstoot aan broeikasgassen in Europa (38,3 Mt CO_2 in 2018).[52] Cliënt Earth vordert de staking van het gebruik van bruinkool door de centrale en een einde aan broeikasgasemissies in 2035. Ter ondersteuning van de vordering verwijst eiser naar het uitblijven van maatregelen van de centrale om emissies te beperken en het aandeel dat de centrale heeft in de mondiale emissie van broeikasgassen en daarmee op de rol die de centrale speelt bij klimaatverandering. Het is nog niet duidelijk wat het resultaat gaat zijn van deze procedure.
Een ander interessant voorbeeld is een zaak die aanhangig is gemaakt in Nieuw-Zeeland tegen een aantal bedrijven, waaronder een mijnbedrijf dat kolen wint in Nieuw-Zeeland, maar deze exporteert zodat elders de broeikasgasemissies plaatsvinden. De vorderingen zijn gericht op het beperken van emissies. Bij uitspraak van 6 maart 2020 worden de vorderingen afgewezen, al houdt de High Court of New Zealand expliciet de mogelijkheid open dat van de aangesproken bedrijven meer mag worden verwacht aan emissiereductie dan nu gebeurt.[53]
Recent, in januari 2020, hebben diverse Franse steden, lokale autoriteiten en NGO's een procedure aanhangig gemaakt tegen het Franse oliebedrijf Total. Doel van de procedure is dat Total wordt gedwongen om de uitstoot van broeikasgassen drastisch te verminderen. Krachtens de Franse wet moeten grote bedrijven duidelijke maatregelen nemen om schendingen van de mensenrechten of milieuschade als gevolg van hun activiteiten te voorkomen. Total laat dit volgens de Franse autoriteiten en NGO's na.[54]

5.2.3 Claims vanwege onvoldoende transparantie klimaatrisico's

Ook onvoldoende transparantie door bedrijven over klimaatrisico's kan mogelijk tot claims gaan leiden.[55] De Principles on Climate Obligations of Enterprises,[56] en dan met name de Principles 18-23, waarin openbaarmakingsverplichtingen voor bedrijven zijn opgenomen, kunnen hier uiteindelijk ook een rol in gaan spelen. Activistische aandeelhouders zijn wereldwijd in opmars. Zij proberen als aandeelhouder invloed uit te oefenen op bedrijven. Dit schijnt in Amerika steeds vaker succesvol te zijn.[57] Ook in Nederland zijn er voorbeelden. Zo eisen aandeelhouders van Shell dat Shell meer

52 Zie www.theguardian.com/environment/2019/sep/26/fight-power-climate-activists-europe-biggest-coal-poland-bechatow.

53 High Court of New Zealand, 6 maart 2020, CIV-2019-404-001730 [2020] NZHC 419, r.o. 103.

54 Friends of the Earth et al. V Total. Zie www.theguardian.com/world/2020/jan/27/french-ngos-and-local-authorities-take-court-action-against-total. Een ander voorbeeld is Harvard Climate Justice Coalition v. President & Fellows of Harvard College, Mass. App. Ct, 6 oktober 2016, No. 15-P-905 (http://climatecasechart.com/case/harvard-climate-justice-coalition-v-president-fellows-of-harvard-college/?cn-reloaded=1).

55 Wij zijn niet bekend met reeds lopende procedures.

56 Zie Expert Group on Global Climate Change, *Principles on Climate Obligations of Enterprises,* Den Haag 2017.

57 www.bnr.nl/nieuws/duurzaamheid/10383826/klimaatactivisten-hebben-als-aandeelhouders-invloed.

doet aan emissiereductie.[58] Voorstelbaar is dat aandeelhouders ook gaan aandringen op openbaarheid omtrent klimaatrisico's die verbonden zijn aan de activiteiten van het bedrijf waarin is geïnvesteerd.

5.2.4 Claims aandeelhouders vanwege effect voorgenomen investeringen op klimaat

Een andere ontwikkeling zijn de procedures van aandeelhouders tegen voorgenomen activiteiten of investeringen van het bedrijf waar zij aandeelhouder van zijn en die leiden of kunnen leiden tot extra broeikasgasemissies. Een voorbeeld ervan is de procedure die Cliënt Earth, aandeelhouder van Enea SA, een onderneming die overweegt een nieuwe kolencentrale in Polen te realiseren, tegen Enea SA. Cliënt Earth is van mening dat het besluit voor de bouw van de centrale de economische belangen van de onderneming en haar aandeelhouders schaadt als gevolg van klimaatgerelateerde financiële risico's. Hierbij moet worden gedacht aan stijgende koolstofprijzen, toegenomen concurrentie van goedkopere hernieuwbare energiebronnen en de impact van de EU-energiehervormingen inzake overheidssubsidies voor kolencentrales. Op 1 augustus 2019 heeft de rechtbank van Poznan, Polen, geoordeeld dat het besluit van het bedrijf waarin de bouw van de centrale werd toegestaan, ongeldig was.[59]

5.3 Financiële sector

Voor banken, pensioenfondsen en langetermijnbeleggers wordt het meer en meer van belang na te gaan of een investering die is gedaan of wordt overwogen leidt tot een extra uitstoot van broeikasgassen, waardoor wordt bijgedragen aan klimaatverandering, of dat het project of bedrijf waarin wordt geïnvesteerd kwetsbaar is voor klimaatrisico's, zoals overstromingen en droogte, waardoor mogelijk onzeker wordt of de investering zich terugverdient.[60]
Uit het onderstaande volgt dat het niet of onvoldoende rekening houden met het voorgaande alsook het onvoldoende rapporteren hierover in jaarverslagen, prospectussen en dergelijke, kan leiden tot juridische procedures. Klimaatzaken tegen bedrijven in de financiële sector waren tot voor kort een zeldzaamheid, maar dat lijkt te veranderen. Er zijn publicaties waaruit volgt dat zo'n 30% van de klimaatzaken die in de wereld aanhangig zijn of zijn gemaakt tegen bedrijven in de financiële sector, pas onlangs – in 2018 – zijn geëntameerd.[61] Het merendeel van deze zaken lijkt overigens

58 www.parool.nl/nieuws/grote-beleggers-eisen-klimaatstappen-shell~b0f87d5a/.

59 http://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-enea/.

60 Uit diverse publicaties volgt dat de financiële sector zich bewust is van deze risico's. Zie o.a. NGFS, *Climate change as a source of financial risk,* 2019 (www.ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/synthese_ngfs-2019_-_17042019_0.pdf); D. Busch e.a., 'The European Commission's Sustainable Finance Action Plan', in: F.J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Sustainability and Financial Markets*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 35 e.v., de website van de Task Force on Climate-related Financial Disclosures en die van de The 2° Investing Initiative.

61 Zie in deze zin ook: J. Solana, 'Climate litigation in financial markets: A Typology', *TEL* 2020, p. 134 e.v.

betrekking te hebben op het niet of onvoldoende in kaart brengen van de uitstoot van broeikasgassen die door deze investeringen plaatsvindt, en daarmee het bijdragen van deze investeringen aan klimaatverandering, dan wel het onvoldoende rapporteren over de klimaatrisico's van deze investeringen waardoor rendementen onder druk kunnen komen te staan.[62]

5.3.1 Inleiding

De Bank of England heeft in oktober 2019 verklaard dat bij ongewijzigd beleid, de financiering door de internationale kapitaalmarkt van projecten waarbij broeikasgassen vrijkomen, leidt tot een opwarming van de aarde tot zo'n 4ºC. Dat is ver boven de doelstelling van Parijs.[63] Ook heeft deze bank, net als De Nederlandse Bank en andere (centrale) banken, *stress tests* ontwikkeld om te beoordelen of financiële instellingen, waaronder ook verzekeraars, voldoende bestand zijn tegen de gevolgen van klimaatverandering.[64] Duidelijk is dat klimaatverandering risico's met zich brengt voor financiële instellingen, waaronder ook verzekeraars.

Deze en andere informatie heeft ertoe geleid dat een aantal banken heeft beslist zich terug te trekken uit projecten die leiden tot broeikasgasemissies en deze ook in het vervolg niet meer te financieren en/of de financiering ervan af te bouwen.[65] Er zijn echter veel meer initiatieven die ertoe moeten leiden dat er meer nadruk komt te liggen op duurzame financiering. Zonder uitputtend te zijn wijzen wij op methoden die zijn ontwikkeld om te beoordelen wat de klimaatimpact is van een portfolio van een financiële instelling en wat de *benchmark* is waartegen te nemen investeringsbeslissingen kunnen worden afgezet.[66] Ook zijn er *rules of conduct* ontwikkeld die van meer en meer belang lijken te worden indien moet worden beslist of bepaalde investeringen gaan worden gedaan of worden gecontinueerd, zoals de UN Guiding Principles on Business and Human Rights en de OECD Guidelines for Multinational Enterprises.[67] In hoofdstuk 6 van deze bundel zal hier nader op in worden gegaan. Voor hier is van belang dat er nu al procedures zijn die ertoe leiden dat financiële

62 Solana 2020, p. 134 e.v.

63 Zie BBC News, Bank of England chief Mark Carney issues climate change warning, 30 december 2019, zie www.bbc.com/news/business-50868717 en www.theguardian.com/business/2019/oct/15/bank-of-england-boss-warns-global-finance-it-is-funding-climate-crisis.

64 Bank of England, *The 2021 biennial exploratory scenario on the financial risks from climate change*, december 2019 (www.bankofengland.co.uk/paper/2019/biennial-exploratory-scenario-climate-change-discussion-paper) en DNB, *Overzicht Financiële Stabiliteit*. Najaar 2018, p. 36 e.v. (www.dnb.nl/binaries/114869_OFS_Najaar_2018_WEB_tcm46-379387.PDF).

65 Voorbeelden ervan zijn ING, RBS en BNP Paribas. Zie resp.: www.ing.com/Sustainability/Our-Stance/Climate.htm, www.rbs.com/rbs/about/climate.html en https://group.bnpparibas/uploads/file/infographic_bnpparibas_energytransition.pdf.

66 Voor een overzicht, zie: www.ing.com/Sustainability/Sustainable-business/Terra-approach.htm.

67 Zie nader hierover: S. Meijer, 'Climate Change and the Financial Sector: Soft Law in Public Interest Litigation', in: Beekhoven van den Boezem, a.w. p. 115 e.v. en K. Arts en M. Scheltema, *Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en*

dienstverleners onder druk komen te staan vanwege investeringen die zijn genomen of die worden overwogen. Onze inschatting is dat de twee hiernavolgende voorbeelden illustratief zijn voor hetgeen komen gaat.

5.3.2 Claims tegen financiële dienstverleners

Een voorbeeld van een dergelijke procedure is een zaak die in Australië aanhangig is gemaakt tegen een Commonwealth Bank of Australia (CBA).[68] Aandeelhouders van de bank stelden in de procedure dat de bank had nagelaten investeerders afdoende te informeren door na te laten in het jaarverslag 2016 de gevolgen van klimaatverandering voor klanten van de bank en daarmee voor de bank zelf mee te nemen alsook de gevolgen voor de bank van een voorgenomen lening van CBA aan een kolenmijn. De aandeelhouders betoogden hierdoor niet voldoende in staat te zijn geweest een goede inschatting te maken van de financiële positie van de bank en vorderden onder meer een bevel inhoudende dat de bank in het vervolg klimaatrisico's mee zou nemen in haar jaarverslagen. Omdat de Commonwealth Bank of Australia in haar jaarverslag 2017 wel melding maakte van de gevolgen van klimaatverandering voor haar klanten en de bank zelf, en besliste geen lening te verstrekken aan de kolenmijn en ook toezegde in het vervolg klimaatrisicoanalyses uit te voeren, is de procedure niet doorgezet.

Een ander voorbeeld is een zaak die in juli 2018 aanhangig is gemaakt bij de Federale rechtbank van Australië tegen het pensioenfonds REST.[69] Eiser, Mark McVeigh, die sinds 2013 pensioenpremie afdraagt aan het fonds, verzoekt het fonds om informatie met betrekking tot onder meer de risico's van klimaatverandering voor de bedrijfsvoering van het fonds. Omdat naar het oordeel van eiser geen afdoende informatie wordt verstrekt, waarmee in strijd zou worden gehandeld met wet- en regelgeving en aanbevelingen van de Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD), start eiser een procedure. Vooruitlopend op de inhoudelijke behandeling van de zaak beslist de rechtbank dat eiser aanspraak kan maken op een (proces)kostenvergoeding omdat 'The case appears to raise a socially significant issue about the role of superannuation trusts and trustees in the current public controversy about climate change' en omdat 'It is legitimate to describe the Applicant's litigation as being of a public interest nature.'[70] De verwachting is dat de procedure in juli 2020 wordt voortgezet. Dan zal ook de vraag aan de orde komen of het pensioenfonds wel in het belang van McVeigh handelt indien komt vast te staan dat eventuele klimaatrisico's van

mensenrechten, NJV-preadvies 2019, p. 90 e.v. Zie ook: K. Alexander, 'Banking Regulation and Sustainability', in: Beekhoven van den Boezem 2019, p. 7 e.v.

68 Guy Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia, Federal Court of Australia 8 aug. 2017, VID879/2017 (https://envirojustice.org.au/sites/default/files/files/170807%20Concise%20Statement%20(as%20filed).pdf).

69 McVeigh v. Retail Employees Superannuation Trust (REST), Federal Court of Australia 2018, NSD1333/2018.

70 Federal Court Australia, McVeigh v Retail Employees Superannuation Pty Ltd [2019] FCA 14, 17 januari 2019, r.o. 9. (www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2019/2019fca0014).

investeringen niet voorafgaande aan het doen van de investeringen in kaart worden gebracht en worden afgewogen.[71]
Dit zijn slechts twee voorbeelden van procedures die gevoerd worden tegen financiële dienstverleners. Zoals eerder is besproken, is het aannemelijk dat meer van dergelijke procedures volgen, zeker nu duidelijk wordt dat procedures tegen overheden alleen niet voldoende zijn om te bewerkstellingen dat feitelijk maatregelen worden genomen om klimaatverandering tegen te gaan.

5.4 Verzekeraars

5.4.1 Inleiding

Ook verzekeraars kunnen geconfronteerd worden met klimaatgerelateerde claims. Uiteraard kennen dergelijke claims een andere achtergrond dan wat hiervoor aan de orde was, namelijk een tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst.
Verzekeraars schatten klimaatverandering in als een (continue) gebeurtenis met zeer aanzienlijk risico's voor mens en milieu.[72] Nu al leiden orkanen, hittegolven en periodes van droogte tot aanzienlijke schade. Naar inschatting van Swiss Re gaat het in 2019 om USD 50 miljard aan *insured losses*, en is er in vergelijking met de afgelopen jaren sprake van een toename aan schade veroorzaakt door natuurrampen.[73] In het navolgende gaan wij nader in op de positie van verzekeraars. Hoe raakt klimaatverandering verzekeraars en wat voor rol spelen zij bij de klimaat- en energietransitie?

5.4.2 Toename aanspraken op verzekeringspolis

Door de sterke toename aan schade veroorzaakt door natuurrampen en de toename aan klimaatzaken, wordt er in toenemende mate een beroep gedaan op verzekeraars. Of een verzekeraar gehouden is tot uitkering hangt af van de polis die is afgesloten. Omdat schades aanzienlijk kunnen zijn is het voorstelbaar dat meer geprocedeerd gaat worden over de vraag of een gebeurtenis of schade wel onder de polis valt. Een interessant voorbeeld in die zin is de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 17 september 2019, waarin de vraag aan de orde is of schade als gevolg van een supercel – een cycloonachtige storm waarbij extreem grote hagelstenen kunnen ontstaan die aanzienlijke schade kunnen veroorzaken – valt onder het polisbegrip 'storm' of 'hagel'.[74] Dat blijkt van belang te zijn voor de vraag of de geleden schade is meeverzekerd.

71 Zie verder www.envirojustice.org.au/our-work/climate/rest-super-case/.

72 Zie o.a. Swiss Re Institute, *Insurance in a world of climate extremes*, 2019 (www.swissre.com/dam/jcr:f2ec0485-5732-4204-9a67-e754978fedbc/Insurance_climate_extremes_expertise_publication.pdf)

73 Swiss Re Institute, *Global catastrophes caused USD 56 billion insured losses in 2019*, 19 december 2019 (www.swissre.com/media/news-releases/nr-20191219-global-catastrophes-estimate.html).

74 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2019:7566, *JA* 2017/150. Zie in vergelijkbare zin: Rb. Midden-Nederland 19 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6215.

Een ander voorbeeld is gerelateerd aan de bekende klimaatzaak in de VS, Kivalina v. ExxonMobil Corp., zoals reeds besproken in paragraaf 5.2.1 van dit hoofdstuk.[75] Een van de partijen die ook is gedagvaard in deze procedure is AES, een grote elektriciteitsproducent in de VS. AES heeft bij haar verzekeraar een claim ingediend vanwege de in deze procedure gemaakte proceskosten. De verzekeraar wijst de claim af stellende dat er geen gehoudenheid bestaat tot uitkering omdat de broeikasgasemissies die vanwege de opwekking door AES van elektriciteit hebben plaatsgevonden

> 'were intentional and the consequences of those acts are alleged by Kivalina to be not merely foreseeable, but natural or probable. Where the harmful consequences of an act are alleged to have been not just possible, but the natural or probable consequences of an intentional act, choosing to perform the act deliberately, (…) does not make the resulting injury an "accident" (…).'[76]

Kortom, geen dekking onder de polis.
Er zijn voor zover wij weten geen vergelijkbare voorbeelden in Nederland waarin die voorzienbaarheid op deze wijze aan de orde kwam, maar er is wel de nodige jurisprudentie over de vraag of schade die is geleden waarvan op basis van een polis dekking wordt gezocht, schade is die ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst al voorzienbaar was of redelijkerwijs te verwachten was.[77] Als dat het geval is, is er geen sprake van een 'onzeker voorval', een vereiste om met succes aanspraak te maken op een aansprakelijkheidsverzekering. Hoewel nog moeilijk voorstelbaar, kan niet worden uitgesloten dat ook in Nederland geprocedeerd gaat worden over de vraag of bepaalde vormen van geleden klimaatschade kunnen worden aangemerkt als een 'onzeker voorval'. Dat zou ook het geval kunnen zijn voor claims die daarmee verband houden, zoals proceskosten die moeten worden gemaakt vanwege een aansprakelijkstelling die gerelateerd is aan klimaatschade en als getracht wordt deze te verhalen op een in Nederland gevestigde grote *emitter* van broeikasgassen of groep van *emitters*.

Naast een toename aan geschillen over de vraag of de gevolgen van een klimaatgerelateerde gebeurtenis onder een afgesloten verzekeraarspolis vallen, is niet onwaarschijnlijk dat verzekeraars ook op een andere manier een rol gaan spelen in het klimaatdebat. Zo zullen polisvoorwaarden worden aangepast zodat helder is dat klimaatgerelateerde risico's worden uitgesloten of juist verzekerbaar worden, en is ook voorstelbaar dat in polisvoorwaarden eisen worden opgenomen om klimaatschade te voorkomen, bijvoorbeeld door beperkingen van de uitstoot aan broeikasgassen.

75 See Native Vill. Of Kivalina v. ExxonMobil Corp., 663 F.Supp.2d 863 (N.D. Cal. 2009).
76 AES v. Steadfast Insurance, 20 april 2012, Surpreme Court of Virginia (https://caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1599314.html).
77 Zie o.a. Rb. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4152, *S&S* 2020/10.

5.4.3 Regresvorderingen

Er zal verder rekening moeten worden gehouden met het gegeven dat verzekeraars die op basis van afgesloten polissen gehouden zijn door klimaatverandering veroorzaakte schade te vergoeden aan polishouders, zoals schade door droogte of door wateroverlast vanwege heftige regenval, regres zullen zoeken. Wij zijn niet bekend met procedures waarin dit nu al aan de orde is of is geweest, maar gegeven de omvang van verzekeringsuitkeringen die in 2018 wereldwijd zijn gedaan vanwege door natuurrampen veroorzaakte schade – zo'n USD 90 miljard[78] – is het moeilijk voorstelbaar dat dit niet op enig moment aan de orde gaat komen.[79] Het is goed mogelijk dat de pijlen van de verzekeraar zich dan zullen richten op de particuliere ondernemingen met een aantoonbaar omvangrijk aandeel in de uitstoot van broeikasgassen. Zoals eerder opgemerkt zijn dergelijke data inmiddels voorhanden en is het de verwachting dat deze data in nauwkeurigheid toenemen, mogelijk ook voor wat betreft de effecten van een toe te rekenen emissie op klimaatverandering en de gevolgen ervan.

5.4.4 Rol verzekeraars bij de klimaat en energietransitie

Gezien het voorgaande is onze inschatting dat verzekeraars polissen tegen het licht zullen houden en zullen nagaan welk potentieel financieel risico zij lopen vanwege de afgesloten polissen en of bijstelling van deze polissen dan wel de omvang van de te betalen premies niet noodzakelijk is. Aanwijzingen hiervoor zijn er al, ook in Nederland.[80] Voorstelbaar is ook dat de premies voor bedrijven met een aantoonbare emissie van enige omvang (verder) zullen stijgen. Mogelijk zal dat ertoe leiden dat een verdere druk ontstaat op deze bedrijven om emissies te beperken, ook op de korte termijn, en dat inzicht wordt gegeven in de maatregelen die worden genomen om dat te realiseren. Dat laatste omdat het totaal beschikbare *carbon budget* om onder de 2 ˚C te blijven beperkt is en iedere vermindering van broeikasgassen een positief effect heeft op het tegengaan van klimaatverandering.

6 Afsluiting en conclusie

Gezien het voorgaande is evident dat het aantal klimaatzaken toeneemt en nog verder zal toenemen, ook tegen particuliere ondernemingen. Het is immers een middel waarmee druk kan worden uitgeoefend om te bewerkstelligen dat broeikasgasemissies worden beperkt. Het is dan ook aannemelijk dat de toenemende claimbereidheid private ondernemingen ertoe zal bewegen maatregelen te nemen

78 Aon, Weather, Climate & Catastrophe Insight. 2018 Annual Report, p. 1 (http://thoughtleadership.aonbenfield.com/Documents/20190122-ab-if-annual-weather-climate-report-2018.pdf).

79 Zie in deze zin ook J. Umbert & J. Reeves, 'Climate Change and Insurance: Insurers' Subrogation Claims', *Insurance Law 360*, July 12, 2019.

80 Zie o.a. ASR Annual Report 2018, o.a. p. 26 en in meer algemene zin The Guardian, Climate change could make insurance too expansive for most people – report, 21 maart 2019.

om broeikasgasemissies (verder) te beperken. Omdat er in veel procedures nog geen eindbeslissing is, is nog niet zeker dat de toename aan klimaatzaken dit resultaat ook zal hebben. Aannemelijk is het wel, maar op dit punt blijkt het wetenschappelijk bewijs nog beperkt te zijn.[81]

Onze verwachting is echter dat gegeven ook de kritischere houding van financiële instellingen en aandeelhouders met betrekking tot bedrijven die investeren in fossiele brandstoffen en de toename aan kennis met betrekking tot de noodzaak om verdergaande emissiereductiemaatregelen te nemen, bedrijven meer en meer zullen doen om broeikasgasemissies te beperken, ook op korte termijn. Dat is uiteraard van belang voor de energietransitie waar Nederland voor staat; in de periode tot 2030 en daarna. Laten bedrijven dit na dan is onze inschatting dat aansprakelijkheidsrisico's van particuliere ondernemingen aanzienlijk zullen toenemen, zeker als deze bedrijven een meetbare uitstoot hebben.

81 Setzer & Byrnes 2019, p. 10.

6 OESO due diligence en klimaat: een goede en praktisch hanteerbare combinatie?

Martijn Scheltema[1]

Samenvatting

De al sinds 1972 bestaande en in 2011 gewijzigde OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen bevatten een *due diligence*-verplichting. Deze *due diligence* ziet op het identificeren, adresseren en rapporteren van risico's die de bedrijfsvoering van een bedrijf veroorzaakt voor derden. Het kan daarbij onder meer gaan om milieurisico's. Het gaat daarbij om de risico's van de bedrijfsvoering in brede zin, dus inclusief de toeleverings- en afzetketens van deze onderneming. Hoewel deze richtlijnen als zodanig niet bindend zijn, wordt in steeds meer wettelijke regelingen een verplichting opgenomen om dergelijke *due diligence* uit te voeren en de verwachting is dat dit in heel Europa binnen enkele jaren het geval zal zijn. Er bestaan duidelijke aanwijzingen dat deze *due diligence* ook op klimaat ziet en daarmee ook noodzaakt tot het adresseren van klimaatrisico's in de bedrijfsvoering in brede zin. Wel is samenwerking tussen bedrijven noodzakelijk om belemmeringen in de markt te kunnen adresseren.

1 Inleiding

In deze bijdrage komt de rol van (grotere) bedrijven in verband met klimaatverandering aan de orde. Deze is mijns inziens minstens net zo belangrijk als die van overheden, nu (de waardeketens van) deze bedrijven een belangrijke bijdrage leveren aan de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen en een directere invloed hebben op de uitstoot ervan dan overheden. Voor (grotere) bedrijven gelden al geruime tijd de (niet rechtstreeks bindende maar wel in steeds meer wetgeving verankerde) OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen.[2] Daarin is onder meer *due diligence* op het terrein van de in deze richtlijnen opgenomen onderwerpen (waaronder het milieu) opgenomen. De vraag is of deze *due diligence* (in de waardeketens) van ondernemingen ook ziet op klimaat en, indien dat het geval is, hoe deze dan moet worden vormgegeven. Deze vraag is met name relevant omdat bedrijven zelf vaak maar in beperkte mate bijdragen aan de uitstoot van broeikasgassen. Dat wordt veelal echter anders als ook hun waardeketens worden meegenomen. Daar komt bij dat effectieve samenwerking tussen bedrijven, bijvoorbeeld in *multi stakeholder*-initiatieven zoals de Nederlandse IMVO-convenanten, mogelijk kan bijdragen aan de

1 Martijn Scheltema is partner bij Pels Rijcken en hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Te raadplegen via http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/.

(verdere) reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Daarom wordt ook bezien of en hoe deze samenwerking in het kader van OESO *due diligence* (beter) kan worden vormgegeven.

Hierna wordt bezien wat OESO *due diligence* inhoudt en in hoeverre die evolueert in de richting van een bindende maatstaf. Daarna wordt onderzocht of die ook ziet op het klimaat en wat het voordeel is van dergelijke *due diligence* boven in nationale wetgeving opgenomen uitstootreductieverplichtingen (als dergelijke wetgeving voor handen is). Vervolgens komt aan de orde hoe dergelijke *due diligence* het effectiefst kan worden vormgegeven gelet op de uitdagingen die ten aanzien van dergelijke *due diligence* en het klimaat bestaan, met name bij een separate aanpak door individuele bedrijven. In dat verband wordt uiteengezet dat een doeltreffende *multi-stakeholder*-aanpak effectiever lijkt.

2 OESO due diligence[3]

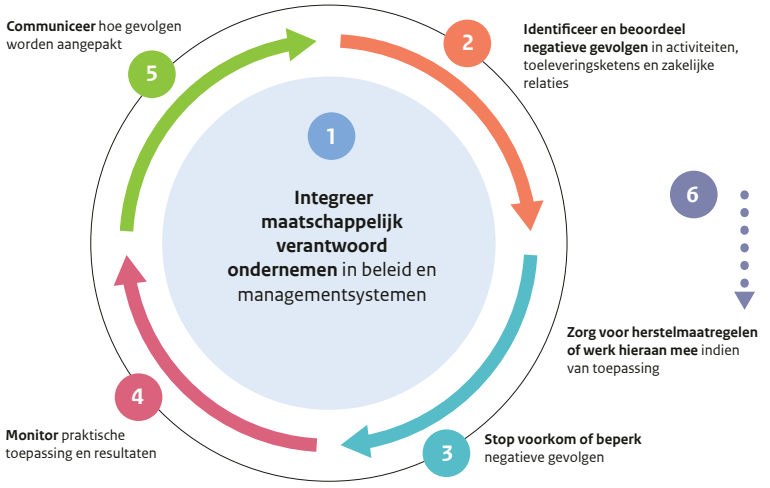
Het begrip *due diligence* wordt meestal in verband gebracht met het uitvoeren van onderzoek naar de (juridische) risico's die voor een bedrijf verbonden zijn aan bepaalde activiteiten, bijvoorbeeld in het kader van een overname, fusie of bij het doen van investeringen.[4] OESO *due diligence* heeft echter een ander karakter omdat dit juist is gericht op risico's die bedrijfsactiviteiten voor derden veroorzaken en doorlopend moet worden uitgevoerd.[5] OESO *due diligence* is gebaseerd op de OESO-richtlijnen. De OESO-richtlijnen, die inmiddels zijn onderschreven door 48 landen (waaronder bijna alle EU-lidstaten), zijn voor het eerst in 1976 gepubliceerd. In 2011 zijn deze richtlijnen herzien, mede om deze in overeenstemming te brengen met

3 Deze paragraaf is gedeeltelijk gebaseerd op eerder onderzoek in opdracht van het Ministerie van BuZa naar wetgevingsopties op het terrein van OESO *due diligence*: C.C. van Dam & M.W. Scheltema m.m.v. S.M. Oomes & C. Ferdinandusse, *Opties voor afdwingbare IMVO-instrumenten*, Den Haag 2020, hfdst. 2, opgenomen als bijlage bij de Kamerbrief van 3 april 2020, www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968

4 Zie daarover uitgebreider T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 282-283, 287-290; J. Bonnitcha & R. McCorquodale, 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights', *EJIL* 2017, afl. 3, p. 901-902; L.S Spedding, *Due Diligence Handbook. Corporate Governance, Risk Management and Business Planning*, Amsterdam/Boston/London: CIMA 2009, p. 3 en 4.

5 O. Martin-Ortega, 'Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last?', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2014, afl. 1, p. 50; C.C. van Dam, 'Corporate governance en respect voor mensenrechten', in: M. Lückerath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2018-2019*, Deventer: Kluwer 2018, p. 106; K. Buhmann, 'Public Regulators and CSR: The "Social Licence to Operate" in Recent United Nations Instruments on Business and Human rights and the Juridification of CSR', *Journal of Business Ethics* (136) 2016, afl. 4, p. 708; C. Shavin, 'Unlocking the Potential of the New *OECD Due Diligence* Guidance on Responsible Business Conduct', *Business and Human Rights Journal* 2019, afl. 1, p. 145.

het VN 'Protect, Respect, Remedy'-raamwerk en de bijbehorende United Nations Guiding Principles on Business Human Rights.[6] De OESO-richtlijnen bevatten richtsnoeren op het gebied van diverse onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Naast algemene beginselen bevatten deze richtsnoeren aanbevelingen voor specifieke onderwerpen op het terrein van verantwoord ondernemen. Deze richtsnoeren zijn verder uitgewerkt in zogenoemde *guidance*-documenten, die zowel voor specifieke terreinen (zoals *conflict minerals*) als ook in het algemeen voor *due diligence* zijn opgesteld.[7]
De OESO-richtlijnen geven aan dat multinationale ondernemingen een doorlopend *due diligence*-proces moeten implementeren, dat zes stappen bevat en er schematisch als volgt uitziet:[8]



Figuur 1 Het due diligence-proces & ondersteunende maatregelen (OESO)

6 OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* Parijs: OECD Publishing 2011, p. 3-4. Zie ook P. Simons, 'The governance gap: multistakeholder and intergovernmental initiatives' in: P. Simons & A. Macklin, *The Governance Gap. Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Abingdon, Oxon – New York: Routledge 2014, p. 102-103.

7 Zie voor de algemene guidance OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018 en voor de specifieke terreinen: OECD, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016; OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector,* Parijs: OECD Publishing 2018; OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* Parijs: OECD Publishing 2019. Zie de link voor meer sectorspecifieke guidances, https://mneguidelines.oecd.org/.

8 OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 21.

Allereerst moeten bedrijven dus een beleid opstellen om dit *due diligence*-proces vorm te geven. Een effectief beleid is volgens de OESO voor het publiek kenbaar, goedgekeurd op het hoogste niveau van de onderneming, ontwikkeld met de input van relevante interne en/of externe expertise en ook op operationeel niveau geïmplementeerd.[9]
Vervolgens moeten bedrijven onderzoek doen naar de (potentiële) risico's op het terrein van verantwoord ondernemen die verbonden zijn aan hun activiteiten, waaronder toeleveringsketens en zakenrelaties (hierna kort aangeduid als waardeketens).[10] In dat verband moeten onder meer de toeleveringsketens in kaart worden gebracht en kan informatie worden verzameld over significante risico's in de sector ten aanzien van producten en daarvoor gebruikte grondstoffen, in bepaalde landen of regio's of die volgen uit het beleid van een onderneming bijvoorbeeld ten aanzien van de inkoop.[11]
Wanneer de relevante risico's in kaart zijn gebracht, kan een prioritering plaatsvinden al naar de gelang de significantie van de risico's.[12] De aard van de bedrijfsactiviteiten kan daarvoor relevant zijn: zo brengen de ontwikkeling van een olieveld of een haven andere risico's mee dan de inkoop van kleding.[13] Daarna kunnen concrete risico's of daadwerkelijke ongunstige maatschappelijke effecten worden geïdentificeerd en beoordeeld.[14] Hoe ver dit onderzoek moet gaan, hangt af van de omstandigheden en de soort/grootte van de onderneming.[15] Vervolgens moet een onderneming beoordelen op welke wijze zij bij de geïdentificeerde (potentiële) negatieve effecten is betrokken. Onderzocht moet worden of zij de veroorzaker is, dan wel een bijdrage heeft geleverd, levert of 'direct verbonden' is met die effecten. Een onderneming heeft de ongunstige effecten veroorzaakt, wanneer haar eigen activiteiten voldoende zijn om de ongunstige effecten in het leven te roepen. Een onderneming heeft bijgedragen aan de ongunstige effecten, wanneer de combinatie van haar activiteiten met de activiteiten van een ander de ongunstige effecten in het leven hebben geroepen. Zo kan een onderneming ervoor hebben gezorgd of er nog steeds voor zorgen dat ongunstige effecten met een andere entiteit zijn of worden veroorzaakt of kan een onderneming de ongunstige effecten, die zijn of worden veroorzaakt door een ander, hebben gefaciliteerd of verergerd of nog steeds faciliteren of verergeren.[16] Een onderneming is 'direct verbonden' wanneer de ongunstige maatschappelijke effecten

9 OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* Parijs: OECD Publishing 2019, p. 32-33.
10 OECD 2018, p. 25, 62.
11 OECD 2018, p. 25, 63.
12 De OESO heeft daarvoor op verschillende deelgebieden handreikingen ontwikkeld. Zie noot 6.
13 OECD 2018, Q24, p. 66.
14 OECD 2018, p. 26-27.
15 OECD 2011, p. 20; zie ook OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 31, 61; Simons & Macklin 2014, p. 297.
16 In de OESO *due diligence guidance* wordt wel geëist dat de bijdrage 'substantieel' moet zijn, hetgeen betekent dat niet iedere geringe betrokkenheid van de onderneming gelijk staat aan een 'bijdrage' zoals hier bedoeld.

zijn veroorzaakt door een ander en de onderneming via haar diensten, producten, activiteiten of zakenrelaties in verband kan worden gebracht met de veroorzaker. Een onderneming dient vervolgens gepaste maatregelen te nemen om de negatieve effecten te adresseren, waarbij de mate van betrokkenheid bij de negatieve impact (veroorzaker, bijgedragen aan of direct verboden) bepalend is.[17]

De derde stap van OESO *due diligence* ziet op maatregelen die ongunstige effecten kunnen voorkomen, beëindigen of verzachten. Uiteraard staat het voorkomen van negatieve effecten voorop. Pas als ongunstige effecten niet voorkomen kunnen worden, dient de betrokken onderneming maatregelen te nemen die de negatieve effecten verzachten.[18] Gedacht kan worden aan het geven van trainingen en technische investeringen die risico's op ongunstige effecten verminderen.[19] Overigens zal een onderneming het negatieve effect niet altijd zelf veroorzaken of daaraan bijdragen. De onderneming kan dan de invloed die zij heeft gebruiken om de zakenrelatie ertoe te bewegen de activiteit te stoppen of aan te passen ter vermindering van daadwerkelijke ongunstige effecten en ter voorkoming en vermindering van toekomstige negatieve effecten. Daarbij kunnen ook overheidsinstanties in het land van de zetel van de onderneming worden betrokken.[20] De invloed die een multinationale onderneming heeft op een zakenrelatie kan te beperkt zijn om een gedragsverandering bij die zakenrelatie teweeg te brengen. Dan moet de invloed op deze zakenrelatie waar mogelijk worden vergroot. In de OESO *due diligence guidance* wordt in dat verband gewezen op initiatieven waarbij meerdere bedrijven in de sector betrokken zijn.[21] Dergelijke initiatieven kunnen door de samenwerking tussen belanghebbenden vaak meer voor elkaar krijgen dan individuele bedrijven, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van gezamenlijke *best practices*, en kunnen bijvoorbeeld ook monitoring door derden verplicht stellen. Te denken valt aan initiatieven (met certificering) zoals Fair Wear, UTZ/Rainforest en FairTrade. Hierna wordt specifiek nog ingegaan op (certificerings)initiatieven in verband met klimaat.

Een onderneming dient ook de effectiviteit van genomen maatregelen periodiek te evalueren en de implementatie van *due diligence*-processen te beoordelen. Deze evaluatie of beoordeling moet plaatsvinden op basis van passende kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren.[22]

17 OECD 2018, Q29, p. 70-72.

18 OECD 2018, p. 16, 74.

19 OECD 2018, p. 75.

20 OECD 2018, Q36, p. 78; OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* Parijs: OECD Publishing 2019, p. 49.

21 OECD 2018, Q 37, p. 72, 75 en 79. Zie ook H. Hofmann, C. Schleper & C. Blome, 'Conflict Minerals and Supply Chain Due Diligence: An Exploratory Study of Multi-tier Supply Chains', *Journal of Business Ethics* (147) 2018, afl. 1, p. 127.

22 OECD 2018, p. 82 en 83. Zie ook OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, Parijs: OECD Publishing 2016, p. 18-19 en 46.

De vijfde stap betreft communicatie en rapportage over het beleid op het terrein van verantwoord ondernemen. Het naar buiten toe communiceren over het gevoerde *due diligence*-beleid moet op zo toegankelijk mogelijke wijze gebeuren voor alle doelgroepen van de onderneming.[23]
Ten slotte dient een onderneming die een negatief effect veroorzaakt of daaraan bijdraagt een geschikte vorm van herstel te bieden. Welke vorm van herstel geschikt is, hangt af van de aard en de reikwijdte van het ongunstige effect. In de term 'herstel' wordt in de OESO-richtlijnen begrepen het bieden van of deelnemen aan legitieme processen voor herstel en maatregelen die, als uitkomst van de processen, de betreffende toestand herstellen.[24] Het bieden van herstel maakt overigens als zodanig geen deel uit van OESO *due diligence*. Het komt immers pas aan de orde wanneer een onderneming tot de conclusie is gekomen dat ze een ongunstig effect heeft veroorzaakt of daaraan heeft bijgedragen.[25] Via een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kunnen echter ook nieuwe potentiële en daadwerkelijke ongunstige effecten ter kennis van de onderneming worden gebracht. Een klachtenmechanisme (op operationeel niveau) kan dus nieuwe informatie in het *due diligence*-proces van de onderneming opleveren, naast de functie als procedure die de onderneming en haar *stakeholders* kunnen gebruiken in verband met het bieden van herstel.[26]

3 Alleen vrijwillig?

Naar hiervoor is uiteengezet, zijn de OESO-richtlijnen als zodanig niet bindend. Dat neemt niet weg dat er in verschillende landen initiatieven worden genomen om deze richtlijnen een meer bindend karakter te geven.[27] Veelal zien die initiatieven overigens nog op onderdelen van OESO *due diligence* en schrijven zij niet OESO *due diligence* als zodanig voor. Zo bevat de Europese Richtlijn niet-financiële verslaglegging[28] een rapportageverplichting (gerelateerd aan stap 5 van de OESO *due diligence*) die in Nederland is ingevoerd in artikel 2:391 lid 1 BW door middel van de verplichting (voor grote ondernemingen)[29] om niet-financiële informatie in het

23 OECD 2018, p. 85-87; OECD, '*Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17-20.

24 OECD 2018, p. 35, 88 en 89; zie ook OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* Parijs: OECD Publishing 2019, p. 59; OECD 2011, par. 46, p. 34; OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 99-100.

25 OECD 2018, Q46, p. 88.

26 OECD 2018, Q46, p. 88.

27 Zie voor een overzicht van deze wetgeving bijvoorbeeld L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain, onderzoek voor de Europese Commissie 2020*, Part III, Country Reports, te raadplegen via https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0268dfcf-4c85-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.

28 Richtlijn 2013/34/EU, *PbEU* 2013, L 182/19.

29 Ondernemingen met 500 of meer werknemers, een balanstotaal van meer dan 20 miljoen euro of een omzet van meer dan 40 miljoen euro.

bestuursverslag op te nemen, die bijvoorbeeld betrekking heeft op het beleid dat een bedrijf ten aanzien van mensenrechten en milieu/klimaat heeft geïmplementeerd en de vorderingen die het op dat terrein heeft gemaakt.[30] In dit verband is in artikel 2:391 lid 5 BW de mogelijkheid gecreëerd om bij AMvB regels te stellen voor niet-financiële verslaglegging.[31] Dat is voor de in de Richtlijn bedoelde niet-financiële informatie gebeurd in het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie.[32] Verder bepaalt artikel 54 Modern Slavery Act[33] van het Verenigd Koninkrijk dat bedrijven die goederen verkopen of diensten verlenen (boven een bepaalde omzetdrempel) moeten rapporteren over de stappen die zijn genomen om slavernij en mensenhandel in hun eigen bedrijf en handelsketens in het Verenigd Koninkrijk en daarbuiten te voorkomen (dan wel een verklaring af te leggen dat geen actie is ondernomen op dit terrein). In de Verenigde Staten bepaalt artikel 1502 Dodd Frank Act[34] dat op de Amerikaanse beurs genoteerde ondernemingen het bij de *US Securities and Exchange Commission* (SEC) moeten melden als zij (zeldzame) aardmetalen (waaronder tin, goud en wolfraam) uit conflictgebieden in de Democratische Republiek Congo of aangrenzende landen gebruiken.[35] Bovendien moeten zij aangeven welke maatregelen worden genomen om mensenrechtenschendingen te voorkomen indien die worden geconstateerd, en moeten hun rapporten daarover op hun website worden gepubliceerd.[36] Verder kent de Verenigde Staten wetgeving die het invoeren van producten gemaakt met kinderarbeid verbiedt (Trade Facilitation and Trade Enforcement Act) en kent

30 Zie bijvoorbeeld T&C Boek 2 (Kiersch), art. 391, aant. 1.

31 Bijvoorbeeld T&C Boek 2 (Kiersch), art. 391, aant. 6.

32 Besluit van 14 maart 2017, *Stb.* 2017, 100.

33 Te vinden op www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted. In die rapportage kan volgens art. 54 lid 5 melding worden gemaakt van beleid op dit terrein, uitgevoerde *due diligence*, of handelsketens waarin die risico's zich voordoen, en van maatregelen die zijn genomen. Ook dient de rapportage volgens art. 54 lid 6 onder a door bepaalde organen binnen bedrijven (zoals de raad van bestuur) te worden goedgekeurd. Indien het bedrijf een website heeft, moet de rapportage op grond van art. 54 lid 7 daarop worden geplaatst. Vergelijkbare regelgeving is ook ingevoerd in New South Wales in Australië (zie www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2018/30/full en wordt ook op federaal niveau overwogen. Zie www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6148

34 Een toelichting kan worden gevonden op www.sec.gov/spotlight/dodd-frank/specc orpdisclosure.shtml. Zie verder over dit artikel bijvoorbeeld www.globalwitness.org/en-gb/archive/dodd-frank-acts-section-1502-conflict-minerals/.

35 In de Amerikaanse rechtspraak is de wijze waarop de SEC uitvoering gaf aan dit artikel ongrondwettelijk bevonden en is een wet tot intrekking van dit artikel inmiddels in het Huis van Afgevaardigden aangenomen. Zie bijvoorbeeld www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

36 Met name dit voorschrift is in de rechtspraak ongrondwettelijk bevonden en inmiddels door de SEC ingetrokken. Zie www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

Californië een wet die bedrijven verplicht op hun website te rapporteren over slavernij en mensenhandel in hun handelsketens ten aanzien van door hen verkochte zaken.[37]
Frankrijk heeft echter een wet geïmplementeerd die grote bedrijven (ook voor hun activiteiten buiten de Franse landsgrenzen) verplicht om OESO *due diligence* als zodanig uit te voeren.[38] Ook in Nederland is een wetsvoorstel aangenomen dat een dergelijke verplichting in verband met kinderarbeid invoert voor bedrijven die goederen verkopen of diensten aanbieden in Nederland. Het (nog niet ingevoerde) artikel 5 lid 1 Wet zorgplicht kinderarbeid[39] bevat een verplichting *due diligence* uit te voeren naar het voorkomen van kinderarbeid in de gehele (ook buitenlandse) toeleveringsketen. Deze verplichting kan blijkens lid 3 bij AMvB nader worden uitgewerkt.[40] Ten slotte is in Zwitserland een wetsvoorstel aan het parlement voorgelegd, in reactie op een eerder volksinitiatief, waarin eveneens een OESO *due diligence*

37 Zie over de Trade Facilitation Act. 'Unintended Consequences of Western Advocacy', *Centre for Global Development* 2012, p. 14.
U.S. Customs and Border Protection, 'Trade Facilitation and Trade Enforcement Act Accomplishments 2018', *cbp*.gov 2018, te raadplegen via www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2018-Mar/cbp-tftea-factsheet.pdf. De California Transparency in Supply Chains Act 2010 is te vinden op https://oag.ca.gov/SB657. De verplichting bestaat volgens art. 1714.43 Civil Code (dat door middel van deze wet is ingevoegd) voor bedrijven met een wereldwijde omzet van meer dan 100 miljoen dollar. Volgens art. 1714.43(c) gaat het onder meer om een rapportage over het vaststellen van mensenhandel- en slavernijrisico's, het houden van audits, het vragen van bewijs door leveranciers, maatregelen tegen degenen die de standaarden niet halen, en training van verantwoordelijk personeel en leidinggevenden.

38 Art. L. 225-102-4 Wet op de Handel en Industrie bepaalt dat een bedrijf waarvan het hoofdkwartier is gevestigd op Frans grondgebied, of dat ten minste 5.000 werknemers in dienst heeft in het eigen bedrijf in Frankrijk, of 10.000 bij het eigen bedrijf en directe of indirecte dochterondernemingen (ook buiten Frankrijk), verplicht is om een effectief *human rights due diligence* (*vigilance*) plan op te stellen voor zichzelf en de activiteiten die het ontplooit, alsmede voor dochterondernemingen of bedrijven waarover het de controle heeft. Zie voor deze wet www.senat.fr/leg/ppl14-376.html en voor een Engelse vertaling https://business-humanrights.org/en/france-natl-assembly-adopts-law-imposing-due-diligence-on-multinationals-to-prevent-serious-human-rights-abuses-in-their-supply-chains#c152577.

39 Wet van 24 oktober 2019, *Stb.* 2019, 401. Zie daarover bijvoorbeeld L.F.H. Enneking, *EU Due Diligence Study, Part III, Country reports*, p. 173 e.v.

40 Veelal wordt aangenomen dat een wettelijke verplichting tot het uitvoeren van OESO *due diligence* veronderstelt dat in zoverre een zorgplicht bestaat die meebrengt dat degenen die het slachtoffer worden van het niet adequaat uitvoeren van *due diligence* de dader daarvoor aansprakelijk kunnen houden. Dit veronderstelt tevens dat OESO *due diligence* verder gaat dan enkele '*ticking the box*' praktijken. Zie daarover bijvoorbeeld L. Smit e.a., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, onderzoek voor de Europese Commissie, DG Just 2020, Final Report, p. 260-266, te raadplegen via https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.

verplichting is vastgelegd.[41] Ook op Europees niveau is het nodige gaande. Zo is een verordening vastgesteld die betrekking heeft op 'conflictmineralen' en die van toepassing is op degenen die dergelijke mineralen invoeren in de EU. Deze verordening wordt van kracht per 1 januari 2021 en bevat, kort gezegd, ook een OESO *due diligence*-verplichting.[42] Overigens blijkt uit een Europese survey dat de meerderheid van de ondernemingen de huidige *due diligence*-vereisten in wetgeving niet effectief, efficiënt en coherent acht.[43] Eurocommissaris van Justitie Reynders heeft in aansluiting daarop aangegeven dat hij in het voorjaar van 2021 met een tekstvoorstel komt voor EU-wetgeving waarin OESO *due diligence* verplicht wordt gesteld.[44] Daarnaast is in de EU Taxonomy on Sustainable Finance, die een door de EU goedgekeurde methode bevat om de duurzaamheid van financiële instrumenten vast te stellen en waarin klimaatmaatregelen een van de speerpunten vormen, het voldoen aan OESO *due diligence* een minimumvoorwaarde.[45] Inmiddels wordt bijvoorbeeld ook in Nederland door de regering nagedacht hoe dit effectiever kan worden vormgegeven.[46] De verwachting is daarom dat in ieder geval in de Europese Unie OESO *due diligence* op korte termijn wettelijk zal zijn verankerd en daarmee een verplichting zal zijn geworden voor bedrijven.

41 Zie www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-11-14.aspx?lang=1036 en, voor een onofficiële Engelse vertaling, www.bhrinlaw.org/180508-swiss-parliament-counter-proposal_unofficial_en-translation_updated.pdf. Zie over het eerdere volksinitiatief bijvoorbeeld N. Bueno, 'The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability', in: L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, Routledge 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125672; G. Geisser, 'Die Konzernverantwortungsinitiative', *Aktuelle Juristische Praxis* 2017, nr. 8, p. 943 e.v. Daarnaast kent Zwitserland al een wet die in art. 9 private beveiligingsbedrijven (en subcontractanten), ook bij operaties in het buitenland, verplicht om mensenrechten in acht te nemen. Zie www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20122320/201509010000/935.41.pdf.

42 Verordening (EU) 2017/821, https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8b0e378b-3c59-11e7-a08e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDFA1A. Deze verordening is gebaseerd op de *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, www.oecd.org/corporate/mne/GuidanceEdition2.pdf.

43 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 94.

44 https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-commissioner-for-justice-commits-to-legislation-on-mandatory-due-diligence-for-companies/.

45 Zie hiervoor https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200309-sustainable-finance-teg-final-report-taxonomy_en.pdf.

46 Zie de Kamerbrief van 3 april 2020 en daarbij gevoegde onderzoeken, te raadplegen via www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z06176&did=2020D12968.

4 OESO due diligence en klimaat

De vraag is of OESO *due diligence* ook ziet op (door bedrijven te nemen) klimaat-(maatregelen). Men zou zich overigens kunnen afvragen waarom dit relevant is en of niet kan worden volstaan met het in wetgeving opnemen van uitstootreductie-verplichtingen voor bedrijven. OESO *due diligence* heeft echter het voordeel dat deze ziet op de totale waardeketen van ondernemingen en niet alleen op de uitstoot van een onderneming zelf in een bepaald land waar de wettelijke verplichting geldt. OESO *due diligence* heeft daarmee potentieel een veel ruimer bereik en impact op de reductie van de uitstoot van broeikasgassen dan wettelijke reductieverplichtingen in specifieke landen voor bepaalde ondernemingen (of dan dergelijke verplichtingen in de EU).

In de praktijk blijkt te worden aangenomen dat OESO *due diligence* ook op klimaat ziet. Uit een in Europa uitgevoerde survey blijkt dat 70,85% van de ondervraagde ondernemingen OESO *due diligence* uitvoert en klimaat (expliciet of impliciet) meeneemt in dat proces, terwijl een verdere 7,43% zijn OESO *due diligence* beperkt tot milieu en klimaatverandering.[47] Wel werd door respondenten aangegeven dat klimaat *due diligence* nog nauwelijks wordt gebruikt als een zelfstandige vorm van OESO *due diligence*.[48] In dat verband is van belang dat voor veel bedrijven nog niet duidelijk is hoe zij het *due diligence* klimaat zouden moeten meenemen in de algemenere *due diligence* die zij al uitvoeren, waarbij met name het vormgeven van de deelverantwoordelijkheid voor een wereldwijd probleem als een uitdaging wordt gezien en ook de vraag rijst hoe om te gaan met bedrijven die naar de aard van hun activiteiten niet duurzaam zijn.[49] In sommige hiervoor genoemde (voorgestelde) wetgeving, wordt klimaat dan ook uitgesloten van verplichte *due diligence*.[50]

Naast de omstandigheid dat veel ondernemingen klimaat in de praktijk van hun OESO *due diligence* meenemen, komt dat ook in het Europese beleid tot uitdrukking. Zo is in het kader van de hiervoor besproken Europese rapportageverplichting, door de EU een (niet-bindende) richtsnoer uitgebracht waarin klimaat expliciet in die rapportageverplichting wordt begrepen en waarbij die rapportage zich niet alleen dient uit te strekken tot de klimaatimpact van de activiteiten van de onderneming zelf, maar ook tot de waardeketen (zowel aan leveranciers- als afnemerskant) van de

47 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 48. Van de ondernemingen die OESO *due diligence* uitvoeren, gaf 60,2% aan dat klimaatverandering expliciet wordt meegenomen en 39,8% dat dit impliciet gebeurt. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 51.

48 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 51, 59 en 151.

49 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 53. Sommigen zien hier een rol weggelegd voor een *life cycle assessment* voor producten. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 54.

50 Dat lijkt bijvoorbeeld voor het hiervoor genoemde Zwitserse voorstel het geval te zijn. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 53. Zie voor verdere initiatieven die OESO *due diligence* op het terrein van klimaat ondersteunen EU Due Diligence Study, Final Report, p. 55 en 56.

onderneming.[51] Specifiek voor de financiële sector ligt er verder een voorstel voor een EU-verordening met een rapportageverplichting op dit terrein, die het implementeren van gedragscodes en/of internationaal erkende standaarden voor OESO *due diligence* voorschrijft en het in acht nemen van de Parijs-klimaatdoelstellingen.[52] Daarnaast heeft de Europese Commissie een vrijwillig *Eco-Management and Audit Scheme* in het leven geroepen, dat mede is gebaseerd op OESO *due diligence* en dat betrekking heeft op de evaluatie, rapportage en verbetering van de milieuprestaties van ondernemingen wereldwijd en dat in alle sectoren van toepassing is.[53] Dit schema ziet ook op klimaat en veronderstelt dat de behoeften en verwachtingen van werknemers en andere belanghebbenden in dat verband binnen en buiten de onderneming worden meegenomen.[54] Daarbij kan worden gedacht aan de belangen van degenen die nadeel ondervinden van de klimaatimpact door de bedrijfsvoering van een onderneming zelf, maar ook in de waardeketens van die onderneming.

Toch is niet geheel zeker dat OESO *due diligence* ook ziet op klimaat en of dit bijvoorbeeld ook onder de hiervoor genoemde Franse wet het geval is, die het implementeren en uitvoeren van OESO *due diligence* voorschrijft.[55] Er bestaan daarvoor echter wel duidelijke aanwijzingen.[56] Zo loopt in Frankrijk tegen Total een rechtszaak waarin haar wordt verweten dat zij de in de Franse wetgeving opgenomen verplichting een (toereikend) OESO *due diligence*-plan ten aanzien van het klimaat op te stellen en te implementeren niet is nagekomen, nu zij onvoldoende maatregelen neemt om klimaatverandering tegen te gaan.[57] Ook tegen Shell in Nederland is een klimaatzaak aanhangig, die overigens over veel meer aspecten dan alleen *due diligence* gaat.[58] Buiten de nationale rechter is een klacht van onder andere Oxfam, BankTrack en Milieudefensie tegen ING bij het Nederlandse Nationale Contactpunt[59] (NCP)

51 EU Non-Binding Guidelines on non-financial reporting, C/2019/4490, juni 2019, i.h.b. par. 2.3. Zie daarover ook EU Due Diligence Study, Final Report, p. 166 en 167.

52 Voorstel voor een Verordening over rapportage over duurzame beleggingen en risico's en wijziging van Richtlijn EU 2016/2341. Zie daarover ook EU Due Diligence Study, Final Report, p. 168, 169 en 189.

53 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 169.

54 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 169.

55 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 184-186.

56 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 187.

57 Zie S. Brabant & E. Savourey, *All eyes on France*, te raadplegen via www.cambridge.org/core/blog/2020/01/24/all-eyes-on-france-french-vigilance-law-first-enforcement-cases-1-2-current-cases-and-trends/#_edn13; www.climateliabilitynews.org/2018/10/25/total-oil-france-climate-change/; EU Due Diligence Study, Final Report, p. 188.

58 Zie daarvoor https://milieudefensie.nl/klimaatzaakshell. Zie daarover uitgebreider de bijdrage van Edward Brans en Katrien Winterink in deze bundel, paragraaf 5. Zie daarover ook J. Spier, 'Private Law as a Crowbar for Coming to Grips with Climate Change?', in: *Climate Change: Options and Duties under International Law*, Mededelingen van de KNVIR, nr. 145, Den Haag: Asser Press 2018, p. 46.

59 Iedere OESO-lidstaat is op grond van de hiervoor besproken OESO-richtlijnen verplicht om een Nationaal Contactpunt (NCP) in te stellen dat klachten over het niet-naleven van

behandeld over het achterwege blijven van een publieke rapportage van ING over de impact die haar cliënten hebben op klimaatverandering.[60] Partijen verschillen in dat verband onder meer van mening over de beantwoording van de vraag of een dergelijke rapportage sowieso mogelijk is, en of een dergelijke verplichting op de OESO-richtlijnen kan worden gebaseerd.[61] Het NCP heeft de klacht ontvankelijk geacht en daarmee te kennen gegeven dat de beoordeling van de milieu-impact die banken op grond van de OESO-richtlijnen moeten uitvoeren ook het klimaat omvat. De NCP heeft verder aangegeven dat OESO *due diligence* zich niet alleen uitstrekt tot de bank zelf maar ook tot haar waardeketens en dat acceptatie van de klacht bijdraagt aan het doel van de OESO-richtlijnen en de effectiviteit daarvan verhoogt. De NCP overwoog in dit verband:[62]

> 'Under the terms of the OECD Guidelines companies are expected to conduct a *due diligence* process in respect of their environmental impact, including climate impact. This relates not only to their own negative environmental impact, but also to the impact in their value chain. (…) The NCP therefore takes the view that consideration of this notification could contribute to the purpose and enhance the effectiveness of the Guidelines, in the sense that it can clarify issues relating to climate change in the financial sector in respect of *due diligence*, and more particularly in respect of this specific instance.'

In de inhoudelijke beoordeling heeft de NCP uiteengezet dat de omstandigheid dat geen internationaal aanvaarde methodologie of standaard bestaat om klimaatimpact te meten bedrijven niet ontslaat van hun verplichting onder de OESO-richtlijnen om die impact te meten en daarover te rapporteren.[63] Daarbij nam de NCP wel in aanmerking dat gefinancierde emissies lastiger zijn te meten en te controleren, waarbij

deze richtlijnen door bedrijven (die zijn gevestigd in het land van deze NCP) kan behandelen. Veelal tracht de NCP in dialoog met de klager en de betrokken onderneming een oplossing te bereiken en komt daarna of als dat niet lukt met een eigen evaluatie (*final statement*) over de naleving van de OESO-richtlijnen. De NCP's zijn veelal onderdeel van de overheid (alleen in Nederland en het VK zijn deze onafhankelijk) en kunnen geen bindende beslissingen nemen. De mate waarin klachten worden geaccepteerd en de wijze waarop die vervolgens worden behandeld verschilt nogal per NCP.

60 Zie de *Initial Assessment* van 14 november 2017 van de Nederlandse NCP, alsmede op de ontvankelijkheid www.ing.com/Newsroom/All-news/INGs-response-to-the-admissibility-of-a-complaint-to-the-National-Contact-Point.htm.

61 Zie de klacht van Oxfam c.s., www.oxfamnovib.nl/Files/rapporten/2017/OECD%20complaint%20against%20ING%202017.pdf, en de reactie daarop van ING, www.ing.com/Newsroom/All-news/Reaction-to-National-Contact-Point-notification-about-ING-by-Greenpeace-BankTrack-Milieudefensie-and-Oxfam.htm, alsmede op de ontvankelijkheid https://www.ing.com/Newsroom/News/INGs-response-to-the-admissibility-of-a-complaint-to-the-National-Contact-Point.htm.

62 Zie www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs.-ing-bank, p. 4 en 5.

63 NCP Final Statement, p. 5, te raadplegen via www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing.

werd geconstateerd dat ING zich heeft ingespannen een dergelijke standaard te ontwikkelen doordat zij zich al in 2015 had gecommitteerd aan een nog door het Science Based Target Initiative te ontwikkelen standaard voor het meten van klimaatimpact.[64] Wel achtte het NCP het noodzakelijk dat door ING concrete doelstellingen worden gedefinieerd om de impact te adresseren in lijn met het Parijse klimaatakkoord.[65] Ook bij de Australische NCP is een klacht ingediend over ANZ bank in verband met haar financiering van de winning van fossiele brandstoffen en de klimaatimpact die dat heeft.[66] Verder is een klimaatzaak aanhangig gemaakt tegen de 47 grootste oliebedrijven bij de Filipijnse mensenrechtencommissie, waarin de vraag of bedrijven een *due diligence*-verplichting hebben op het terrein van klimaat ook een rol speelt.[67] Daarnaast hebben investeerders via de UN Principles for Responsible Investment (PRI), in het kader van de bosbranden in de Amazone, opgeroepen om meetbare maatregelen te nemen om deze ontbossing en daaruit volgende klimaatimpact tegen te gaan. In die oproep werd ook gerefereerd aan de stappen van OESO *due diligence*.[68] Interessant is verder dat het Nederlandse Model Investeringsverdrag[69] in artikel 7 lid 3 expliciet refereert aan de verantwoordelijkheid van de investeerder om OESO *due diligence* op het terrein van het milieu te betrachten.[70] Weliswaar wordt klimaat daarin niet expliciet genoemd, maar, naar hiervoor is uiteengezet, er valt het nodige voor te zeggen klimaat ook onder OESO *due diligence* (op het terrein van milieu) te begrijpen.

Er lijkt dus een duidelijke trend te bestaan OESO *due diligence* ook op klimaatmaatregelen te betrekken.[71] Deze toepasselijkheid van OESO *due diligence* op het

64 NCP Final Statement, p. 5.

65 NCP Final Statement, p. 5.

66 Zie voor die klacht www.dropbox.com/s/uoi8lqi21ql3uab/redacted_FOE%20et%20al%20v%20ANZ_ANCP_30012020.pdf?dl=0.

67 Zie voor deze en andere klimaatprocedures United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, Nairobi: UNEP, May 2017, p. 10-12 en 14. De International Bar Association heeft verder in februari 2020 een *Model Statute* gepubliceerd dat bespreekt hoe verschillende procedurele obstakels in klimaatprocedures tegen overheden kunnen worden geadresseerd en hoe wetgeving waarin dat gebeurt eruit zou kunnen zien. De gesignaleerde obstakels zijn echter veelal evenzeer relevant in procedures tegen bedrijven. Dit Model Statute is te raadplegen via www.ibanet.org/Climate-Change-Model-Statute.aspx.

68 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 188 en 189. Zie over het nemen van maatregelen om ontbossing tegen te gaan ook art. 5 lid 2 van het Akkoord van Parijs, te raadplegen via https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:22016A1019(01)&from=NL.

69 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/10/26/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden.

70 Zie daarover bijvoorbeeld OECD, *Business Responsibilities and Investment Treaties, Consultation Paper,* p. 101, te raadplegen via www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Consultation-Paper-on-business-responsibilities-and-investment-treaties.pdf.

71 Zie ook EU Due Diligence Study, Final Report, p. 189; H. Mulder & M.W. Scheltema, 'Synthesis and Further Perspectives', in: H. Mulder, M.W. Scheltema, S. van der Foort & C. Kwan (red.), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: a Glass Half Full, A Liber Amicorum for Dr. Roel Nieuwenkamp*, Paris: OECD 2018, p. 15 te vinden op

klimaat brengt mee dat deze moet worden uitgevoerd in de gehele waardeketen, zoals ten opzichte van leveranciers, afnemers en dochterondernemingen.[72] In dat verband is interessant dat in artikel 4 van het Nederlandse IMVO-convenant voor verzekeraars (net als overigens in de andere convenanten) een OESO *due diligence*-verplichting is opgenomen die zich ook uitstrekt tot de waardeketens én dat in artikel 7.4 een specifiek verband wordt gelegd met klimaatverandering.[73]

5 Voor de onderneming in brede zin

De OESO *due diligence*-aanpak die ziet op de activiteiten van de gehele onderneming (in bredere zin), is gelet op het transnationale karakter van het klimaatprobleem effectiever in het (wettelijk) beperken van de uitstoot van een bedrijf in één land waar het produceert, zeker waar het gaat om (de waardeketens van) grote internationaal opererende ondernemingen met een aanzienlijke bijdrage aan de wereldwijde uitstoot.[74] Deze benadering biedt in dit verband voordelen boven bijvoorbeeld klimaatregelgeving die veelal nog nationaal (of op EU-niveau) is georiënteerd en wordt geïmplementeerd.[75] Daar komt bij dat OESO *due diligence* voor bedrijven internationaal breder wordt gedragen en aanvaard is dan uit nationale regelgeving voortvloeiende uitstootreductieverplichtingen.

6 Belemmeringen (in de markt)

Het uitvoeren van OESO *due diligence* ten aanzien van klimaat (met name in waardeketens) is echter niet eenvoudig. Dat blijkt onder meer uit de omstandigheid dat een veelgebruikte OESO *due diligence*-methode is om via contracten eisen te stellen en

www.oecd.org/investment/mne/OECD-Guidelines-for-MNEs-A-Glass-Half-Full.pdf. Ook bijvoorbeeld in de op mensenrechten betrekking hebbende *Corporate Human Rights Benchmark* wordt dit verband echter niet expliciet gelegd. Zie voor deze benchmark www.corporatebenchmark.org/news.

72 Vergelijk ook Principle 17 van de Principles on Climate Obligations of Enterprises. Zie daarvoor Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, The Hague: Eleven International Publishing 2018, p. 149 en 160-166, te vinden op https://climateprinciplesforenterprises.files.wordpress.com/2017/12/enterprisesprincipleswebpdf.pdf.

73 Zie voor dit convenant www.imvoconvenanten.nl/verzekeringssector/news/2018/7/verzekeringssector-maakt-afspraken.

74 Zie ook C.J.M. Arts & M.W. Scheltema, *Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten*, Preadvies NJV 2019, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 100.

75 Zie voor Nederland bijvoorbeeld de Klimaatwet, *Stb.* 2019, 253. Zie voor de EU bijvoorbeeld de klimaatdoelstellingen van de Europese Commissie https://ec.europa.eu/clima/citizens/eu_nl en de EU Green Deal, COM (2019)640 final, te raadplegen via https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf.

invloed uit te oefenen.[76] Duidelijk is dat deze contracten met name zien en zullen zien op de directe leveranciers/afnemers (met wie een overeenkomst is gesloten) en daarmee in mindere mate op de verdere keten waar de negatieve effecten zich voordoen, waaraan de onderneming bijdraagt of waarmee zij direct is verbonden. Een verdere uitdaging is dat contractuele verplichtingen op dit terrein vaak niet worden gemonitord of afgedwongen en dat het volgen van goederen en het vaststellen van klimaateffecten in de hele keten lastig is.[77] Daarnaast kan het uitvoeren van OESO *due diligence* op het terrein van klimaat (met name waar het concrete klimaatmaatregelen betreft) negatieve impact hebben op mensenrechten die in het kader van OESO *due diligence* ook moeten worden meegenomen en moeten ondernemingen daarom een goede balans zien te vinden tussen de onderwerpen die in de OESO *due diligence* in bredere zin moeten worden meegenomen.[78]

Daarnaast is de vraag hoe ver waardeketens zich uitstrekken. Zien die bijvoorbeeld ook op de uitstoot die samenhangt met de door leveranciers gebruikte elektriciteit en op de uitstoot die samenhangt met de verwerking van in die waardeketens geproduceerd afval?[79]

Ten slotte zal het bieden van herstel in de vorm van schadevergoeding wegens klimaateffecten veelal lastig zijn. Het aantonen dat een bedrijf heeft bijgedragen aan schade door klimaatverandering (die bijvoorbeeld door een orkaan is veroorzaakt) elders in de wereld zal immers in het algemeen niet mogelijk zijn.[80] Bovendien kan deze schade heel omvangrijk en divers zijn en mogelijk ook niet voor vergoeding in aanmerking komen (bijvoorbeeld omdat deze te ver in de toekomst ligt of te onzeker is).[81] OESO *due diligence* lijkt in verband met klimaat dan ook vooral te zien op de preventieve kant ervan, te weten het voorkomen dat emissies plaatsvinden of in ieder geval het beperken ervan.

7 Vormgeving OESO-due diligence en klimaat door multi-stakeholderbenadering

De hiervoor gesignaleerde uitdagingen bij het uitvoeren van OESO *due diligence* doen de vraag rijzen of dit instrument effectief is in het beteugelen van negatieve klimaateffecten van activiteiten van ondernemingen. De tot nu toe uitgevoerde OESO

76 Uit een Europese survey blijkt ook dat 51,82% in de *due diligence* alleen de directe leveranciers/afnemers betrekt, terwijl 16,06% de hele toeleveringsketen en nog eens 16,06% de gehele waardeketen (dus inclusief afnemers en de keten daarna) bij *due diligence* betrekken. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 65.

77 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 66 en 71. Leveranciers krijgen verder ook weinig ondersteuning bij het implementeren van de in de contracten gestelde eisen. Zie EU Due Diligence Study, Final Report, p. 83.

78 EU Due Diligence Study, Final Report, p. 109.

79 Zie bijvoorbeeld Spier 2018 (noot 58), p. 39.

80 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van Edward Brans en Katrien Winterink in deze bundel, in par. 5.2.1. Zie ook Spier 2018, p. 56-59.

81 Zie daarover Spier 2018, p. 54, 55, 57, 61 en 62.

due diligence ziet immers nog weinig specifiek op klimaat, strekt zich veelal nog niet uit tot de gehele waardeketen, terwijl juist als dat wel het geval is de grootste impact wordt bereikt. Daarnaast zijn klimaateffecten nog lastig objectief meetbaar omdat er weliswaar vele standaarden voor het meten van klimaatimpact en uitstootreductie bestaan, maar er geen overeenstemming bestaat over de vraag welke methodologie het beste is en omdat de herkomst van goederen soms lastig valt te traceren.[82] Bedrijven alleen zijn bovendien vaak niet, of minder goed, in staat om effectieve maatregelen te nemen die (merkbare) invloed hebben op het tegengaan van klimaatverandering of de adaptie daaraan, zeker waar in een sector structurele belemmeringen bestaan om die te implementeren (zoals een korte- in plaats van de benodigde langeretermijnoriëntatie van aandeelhouders, investeerders en de markt). Dat geldt in het bijzonder ook voor het uitoefenen van invloed op het nemen van klimaatmaatregelen in de waardeketen van een bedrijf. Toch zijn er al interessante voorbeelden van een dergelijke aanpak. Zo brengen Nederlandse banken als ABN AMRO en ING al de geaggregeerde uitstoot van hun cliëntenportefeuille in kaart en rapporteren zij daarover. Het ligt voor de hand dat zij daarover ook met hun cliënten in gesprek zijn en langs die weg ook invloed uitoefenen in hun waardeketens.

OESO *due diligence* op het terrein van klimaat kan daarom het beste plaatsvinden door middel van internationale samenwerking tussen bedrijven, overheden en non-gouvernementele organisaties (NGO's). Deze samenwerking zou niet alleen moeten zien op bepaalde soorten actoren in een sector (bijvoorbeeld alleen ondernemingen) maar ook verticaal moeten zijn georiënteerd door bijvoorbeeld ook banken en investeerders bij het initiatief te betrekken. Deze samenwerking kan niet alleen leiden tot het op effectievere wijze wegnemen van drempels in markten en uitoefenen van invloed in waardeketens, maar ook tot het ontwikkelen van gezamenlijke *best practices* die de emissiereductie vergroten, respectievelijk versterken. Bovendien kan daarmee ook een beter *level playing field* worden gecreëerd. Overheden kunnen de effectiviteit van dergelijke initiatieven vergroten door de deelname aan, en implementatie ervan, te stimuleren en expertise ter beschikking te stellen (al dan niet als deelnemer aan het initiatief).[83] Het stimuleren van deelname en ontwikkelen van *best practices* op het terrein van OESO *due diligence* en klimaat zou onder meer kunnen plaatsvinden door een toezichthouder daarop te laten sturen, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van daaraan gerelateerde *benchmarks* per sector, per soort activiteit of soort onderneming. Die *benchmarks* zouden in het kader van aanbestedingen en subsidies kunnen worden gebruikt en daarnaast, als OESO *due diligence* ook een wettelijke verplichting is, door ondernemingen die niets doen om deze *best practices* te implementeren met bestuursrechtelijke handhaving dan wel bestuursrechtelijke sancties op het goede pad te brengen en ondernemingen die dat wel doen, maar nog onvoldoende, bijvoorbeeld door middel van gerichte gesprekken tot een betere aanpak te brengen. Ook dat vergroot de impact ten opzichte van separate door individuele

82 Zie voor (een deel van) deze initiatieven www.ecolabelindex.com/. Zie verder nog de bundel F.-J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Sustainability and financial markets*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, waarin een aantal (Europese) initiatieven wordt besproken.

83 Zie ook Arts & Scheltema 2019 (noot 74), p. 104.

bedrijven te nemen maatregelen. Daarnaast kunnen investeerders en banken een rol spelen om deelname aan dergelijke initiatieven te stimuleren.
Of (bestaande) *multi-stakeholder*-initiatieven (toereikende) OESO *due diligence* op het terrein van klimaat bevorderen, valt of staat uiteraard met de effectiviteit van dergelijke multi-stakeholder initiatieven in de implementatie en uitvoering van deze OESO *due diligence*.[84] Uit een eerder uitgevoerde analyse volgt dat er veel (wellicht te veel) *multi-stakeholder*-initiatieven bestaan die specifiek zien op het adresseren van klimaatverandering maar die weinig effectief zijn.[85] Dit komt omdat concrete standaarden veelal ontbreken die ertoe leiden dat deelnemers maatregelen nemen (in hun waardeketens) die impact hebben op klimaatverandering. Bovendien wordt de naleving van dergelijke standaarden veelal niet (door onafhankelijke derden) gecontroleerd. Ook ontbreekt vaak de mogelijkheid om bij het initiatief zelf te klagen over niet-naleving. Wel voorzien de meeste initiatieven in *best practices* en trainingen. Qua *governance* richten de meeste zich op een bepaald soort actoren en zijn dus niet *multi-stakeholder*. Nog minder initiatieven hebben een *multi-level* opzet waarbij ook in verticale zin wordt samengewerkt tussen actoren, zoals door banken, investeerders, ondernemingen en *rating agencies*. Eén initiatief, de *Gold Standard*, scoorde overigens op alle criteria goed, maar is ook nog ontoereikend omdat niet is bepaald dat een (*pro rato*) vermindering van bijvoorbeeld uitstoot van broeikasgassen moet plaatsvinden zodat onder de 2 graden-grens wordt gebleven. Bovendien hebben de onderzochte initiatieven niet als specifieke doelstelling om OESO *due diligence* te implementeren en dient daaraan dus nog specifiek aandacht te worden besteed.
Er dient daarom te worden gewerkt aan een (effectievere) *multi-stakeholder* aanpak om OESO *due diligence* op het terrein van klimaat (beter) te implementeren. Een belangrijk begin daarvoor lijkt te zijn om te komen tot een gedeelde en breed geaccepteerde methodologie om klimaateffecten in waardeketens te meten. Het lijkt daarom belangrijk om daarover bijvoorbeeld binnen de UN Global Compact[86] waaraan veel ondernemingen deelnemen, overeenstemming te bereiken.[87] Pas als een dergelijke methodologie is ontwikkeld, kunnen op zinvolle(re) wijze klimaatrisico's in waardeketens worden geïdentificeerd en geadresseerd. Ook kan er dan op vergelijkbaarder wijze over klimaateffecten in ketens worden gerapporteerd. Daarna kan effectiever worden gewerkt aan implementatie van OESO *due diligence* en het daadwerkelijk organiseren van klimaatimpact. Wellicht dat nieuwe technologieën zoals *blockchains* en *artificial intelligence* daar ook een bijdrage aan kunnen leveren. De omstandigheid dat deze *multi-stakeholder* aanpak nog niet (wettelijk) verplicht is, brengt overigens niet mee dat bedrijven deze als geheel vrijblijvend kunnen zien. Het niet nemen van zinvolle en effectieve maatregelen om de uitstoot van broeikasgassen tegen te gaan, leidt tot een toename van de kans dat de onderneming in

84 Zie daarover ten aanzien van effectiviteit in verband met uitstootreductie Arts en M.W. Scheltema 2019, p. 107 e.v.
85 Arts & Scheltema 2019, p. 117 e.v.
86 Zie www.unglobalcompact.org/.
87 Uiteraard kunnen ook de EU (Green Deal) en/of de WTO daarbij een (stimulerende) rol spelen.

(aansprakelijkheids)procedures (in rechte, maar bijvoorbeeld ook bij de NCP) wordt betrokken.[88]

8 Conclusie

Hiervoor is uiteengezet wat OESO *due diligence* inhoudt en welke zes stappen een (multinationale) onderneming in dat verband dient te zetten. OESO *due diligence* is relevant omdat bedrijven zelf vaak maar in beperkte mate bijdragen aan de uitstoot van broeikasgassen. Dat wordt veelal echter anders als ook hun waardeketens worden meegenomen, waarop OESO *due diligence* mede ziet. Daarbij is aan de orde gekomen in hoeverre OESO *due diligence* al in wetgeving is verankerd. Een wettelijke verankering daarvan heeft een toegevoegde waarde boven het in wetgeving opnemen van uitstootreductieverplichtingen voor individuele bedrijven omdat OESO *due diligence* ziet op de totale waardeketen van ondernemingen en niet alleen op de uitstoot van een onderneming zelf. OESO *due diligence* heeft daarmee potentieel een veel ruimer bereik en impact op de reductie van de uitstoot van broeikasgassen. De verwachting is dat in ieder geval binnen de EU voor 2030 een wettelijke verplichting zal bestaan om OESO *due diligence* uit te voeren. Vervolgens is bezien of OESO *due diligence* ook betrekking heeft op klimaatmaatregelen. Duidelijk is dat de bedrijven die OESO *due diligence* uitvoeren die mede betrekken op het klimaat, al hebben zij daarvoor nog geen specifieke benadering. Ook investeerders en overheden nemen meer en meer tot uitgangspunt dat OESO *due diligence* ziet op het klimaat. Dat blijkt ook uit *final statements* van NCP's en bij NCP's aanhangige klachten. Daarnaast wordt in procedures bij de overheidsrechter betoogd dat OESO *due diligence* ziet op klimaatmaatregelen.

Het vormgeven van OESO *due diligence* op het terrein van het klimaat is echter lastig en de impact van individuele ondernemingen op dat terrein is, mede door structurele belemmeringen in markten en *level playing field* uitdagingen, niet altijd even groot. Daar komt bij dat veel methoden bestaan voor het meten van klimaatimpact (in waardeketens) en dat dit het vergelijken en meten van de effectiviteit van inspanningen van bedrijven lastig maakt.

Teneinde deze complicaties te adresseren is het nuttig OESO *due diligence* op het terrein van het klimaat in een *multi-stakeholder* aanpak vorm te geven, waarbij, gelet op structurelere belemmeringen in markten, ook verticale samenwerking (bijvoorbeeld tussen banken en bedrijven) en deelname van overheden nuttig is. Een eerste stap op dit terrein zou kunnen zijn om in een breed gedragen *multi-stakeholde*r initiatief (zoals de UN Global Compact) te komen tot een algemener geaccepteerde methodologie om klimaateffecten (in waardeketens) te meten. Daarna kunnen klimaateffecten ook beter (en vergelijkbaarder in waardeketens) worden aangepakt.

88 Zie over (de kans op) aansprakelijkheidsprocedures uitgebreid de bijdrage van Edward Brans en Katrien Winterink in deze bundel, in par. 5.

7 Nieuwe normen voor moderne risico's

Tim Bleeker[1]

Samenvatting

Moderne risico's, zoals klimaatverandering, zijn een ramp voor juristen. Ze zijn complex, onzeker, grensoverschrijdend, uiterst gevaarlijk, soms zelfs onomkeerbaar, en iedereen en niemand is verantwoordelijk. Vanwege deze eigenschappen passen moderne risico's niet goed in onze normenkaders. De filosoof en socioloog Ulrich Beck weet op herkenbare en overtuigende wijze de veranderende aard, ernst en complexiteit van dergelijke risico's in kaart te brengen. Zijn theorie legt ook de blinde vlekken in ons (juridische) risicodenken bloot, en helpt bij het vinden van oplossingen. In deze bijdrage wordt aan de hand van Becks risicotheorie onderzocht hoe het milieuaansprakelijkheidsrecht, in de periode tot 2030, een bijdrage kan leveren aan een eerlijke en verantwoorde omgang met klimaatverandering.

> 'More urgently than ever, we need ideas and theories that will allow us to conceive the new which is rolling over us in a new way, and allow us to live and act within it.'[2]

1 Inleiding

Sinds de industriële revolutie heeft de mens zich zorgeloos kunnen storten op het produceren van goederen. Tot vrij recent leken de mogelijkheden eindeloos; door de voortschrijdende industrialisering en globalisering zou de wereld er voor iedere generatie een beetje beter uitzien. Economische groei was een vanzelfsprekendheid en een doel op zich.
Steeds vaker wordt de mens geconfronteerd met de nadelen van de modernisering die sinds de industriële revolutie heeft plaatsgevonden. Bijvoorbeeld, door het gebruik van fossiele brandstoffen verandert het klimaat, vanwege ongebreideld consumeren raken schaarse grondstoffen op, en grootschalige veeteelt gaat ten koste van de natuur. In sommige gevallen wegen de voordelen zelfs niet meer op tegen de nadelen. Zo zit op het moment van schrijven – ondanks een schreeuwend tekort aan woningen – de bouw op slot vanwege de stikstofcrisis.

---

1 Tim Bleeker is als promovendus verbonden aan het Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Hij doet onderzoek naar de milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden.

2 U. Beck, *Risk Society*, *Towards a New Modernity*, London: Sage 1992, p. 12 (Beck 1992).

De processen die gepaard gaan met modernisering zijn hun onschuld dus verloren, en de ongewilde neveneffecten komen steeds meer op de voorgrond. Door schaalvergroting en globalisering zijn 'moderne risico's' bovendien een stuk ingrijpender dan risico's van vroeger: defecte of schadelijke producten kunnen de hele wereld overgaan (zoals sjoemeldiesels), milieuvervuiling houdt niet op bij landsgrenzen (bijvoorbeeld de 'plastic soep'), sommige gevaren openbaren zich pas na vele jaren (zo waren PFAS-stoffen eerst wondermiddelen, maar blijken ze gevaarlijk voor milieu en volksgezondheid), en bepaalde gevolgen zijn zelfs onomkeerbaar (denk bijvoorbeeld aan biodiversiteitsverlies door klimaatverandering).

De (wellicht naïeve?) onbezorgdheid is er dus wel van af; vanwege allerhande risico's en onzekerheden laten we laaghangend fruit hangen. Volgens Ulrich Beck, de beroemde Duitse socioloog,[3] zijn we op weg naar een samenleving die niet langer primair gericht is op het produceren en distribueren van welvaartsgoederen, zoals in de afgelopen eeuwen het geval was. Hij voorziet een transitie naar een nieuw tijdperk dat is gericht op een juiste omgang met de (ongewenste) negatieve gevolgen van modernisering.[4] De nieuwe moderniteit is primair toekomstgericht, en een van de centrale opgaven is het beheersen en alloceren van moderne risico's. Daarom noemt Beck dit de 'risicomaatschappij'.[5]
De transitie is nog niet voltooid; voorlopig wint het verlangen naar economische groei het nog geregeld van de bezorgdheid over de gevolgen van die groei. Maar de overgang naar de risicomaatschappij gaat gepaard met een veranderend normenkader. Prioriteiten worden verlegd, normen veranderen, en voorheen vanzelfsprekende aanspraken of verplichtingen worden heroverwogen.[6]
In deze VMR-bundel staat de vraag centraal hoe het recht kan en moet worden ingezet om de klimaatdoelen van 2030 te realiseren. De klimaat- en energietransitie die Nederland voor de boeg heeft, past goed in de ontwikkeling naar een risicomaatschappij die Beck voorspelt. De theorie van Beck kan helpen om moderne risico's zoals klimaatverandering beter te doorgronden. Bovendien geeft zijn theorie ook een indruk van de maatschappelijke, institutionele en juridische veranderingen die nodig zijn voor het beheersen en alloceren van moderne risico's.

3 Beck was niet alleen socioloog, maar is ook opgeleid in de filosofie, politicologie, psychologie en rechtsgeleerdheid.

4 Zie uitvoerig o.a. U. Beck, *The Metamorphosis of the World,* Cambridge: Polity 2017 (Beck 2017).

5 Beck 1992 (zie noot 2); U. Beck, A. Giddens & S. Lash, *Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order,* Cambridge: Polity Press 1994 (Beck, Giddens & Lash1994); U. Beck, 'Politik in der Risikogesellschaft', vertaald door M.A. Ritter, *Ecological Enlightenment: Essays on the Politics of the Risk Society*, New York: Humanity Books 1995, p. 4 (Beck 1995). Zie voorts U.R.M.T. de Vries, 'Introducing the World Risk Society' in: J. Fanning & U.R.M.T. de Vries (red.), *Law in the Risk Society,* Den Haag: Eleven International Publishers 2017 (De Vries 2017).

6 Zie ter illustratie van dit proces bijvoorbeeld L. Francot & U.R.M.T. de Vries, 'Normativity in the Second Modernity', *Rechtstheorie* vol. 39, 2008, nr. 4, p. 477-494.

In deze bijdrage ga ik met name in op de implicaties van Becks theorie voor ons milieuaansprakelijkheidsrecht: welke juridische remedies zijn geschikt voor het adresseren van de negatieve gevolgen van modernisering? Wat moet er veranderen in ons normenkader om een adequate omgang met moderne risico's te waarborgen? En welke rol is er voor de rechter op weg naar de risicomaatschappij? In lijn met de insteek van deze bundel richt ik me in het bijzonder op de vraag welke rol het milieuaansprakelijkheidsrecht volgens Beck kan spelen bij het realiseren van de klimaatdoelstellingen in de periode tot 2030.

Ik heb gekozen voor de risicotheorie van Ulrich Beck, omdat deze theorie vooralsnog een groot voorspellend vermogen blijkt te hebben; Beck heeft er onder sociologen een profetische status door verworven. Maar belangrijker nog: Beck geeft een gedetailleerde historische en sociaal-theoretische analyse van de voortdurende modernisering, en een gedegen analyse van moderne risico's.[7] Zijn theorie zet aan tot denken, en zijn perspectief laat zien welke blinde vlekken er bestaan in ons recht over (de regulering van en aansprakelijkheid voor) risico's.

Hierna ga ik in paragraaf 2 eerst nader in op de transitie naar de nieuwe moderniteit. Vervolgens sta ik in paragraaf 3 stil bij een aantal belangrijke kenmerken van moderne risico's. Bij een nieuwe moderniteit hoort een andere logica; deze komt aan bod in paragraaf 4. Zoals gezegd is er sprake van een nog onvoltooide metamorfose, in paragraaf 5 bekijk ik waar we staan in de transitie en wijs ik op enkele ontwikkelingen die de voortschrijdende modernisering illustreren. Vervolgens sta ik in paragraaf 6 stil bij de centrale vraag van deze bijdrage: wat zijn de implicaties van Becks risicotheorie voor ons milieuaansprakelijkheidsrecht? Zoals gezegd ga ik in het bijzonder in op de rol die het recht in de periode tot 2030 kan en moet spelen bij het adresseren van het klimaatprobleem. Voor de beantwoording van deze vraag belicht ik ook een aantal actuele rechtsontwikkelingen, waarbij vanzelfsprekend ook het *Urgenda*-arrest aan bod komt. Paragraaf 7 bevat een korte conclusie.

2 Van welvaartsproductie naar risicomanagement

Om zijn risicotheorie uit te leggen, onderscheidt Ulrich Beck twee tijdperken, of in zijn woorden: twee 'moderniteiten'. Aan het begin van de eerste moderniteit, dit was ongeveer ten tijde van de industriële revolutie, was er een 'absolute schaarste' van welvaartsgoederen.[8] Maar door de toepassing van nieuwe technologische en wetenschappelijke inzichten was men in staat efficiënter te voorzien in de behoeften van

7 Mijn hoofdbron is Becks basiswerk *Risk Society, towards a New Modernity* (Beck 1992), zie noot 2; daarnaast zal ik ook putten uit secundaire literatuur, o.a. uit de bijdragen van de bundel J. Fanning & U.R.M.T. de Vries, *Law in the Risk Society*, Den Haag: Eleven International Publishers 2017.

8 Beck 1992 (zie noot 2), p. 51. Beck gebruikt hiervoor de term 'Reichtum', of in het Engels: 'Wealth'.

de mens. Industrialisering was een middel voor welvaartproductie en daarmee het antwoord op de absolute schaarste.[9]

De eerste moderniteit was een industriële maatschappij die werd gekarakteriseerd door de overtuiging van het menselijke meesterschap over de natuur en vertrouwen in de maakbaarheid van de samenleving door technologische vooruitgang, liberalisme en democratie.[10] Meer modernisering betekende lineaire vooruitgang; *everything will always be better.*[11] Schaalvergroting, industrialisering, innovatie en globalisering zijn de sleutels tot vooruitgang en meer welvaart; eventuele risico's verbonden aan deze processen werden op de koop toe genomen. De 'eerste moderniteit' kan worden gekenmerkt door het centrale probleem waar de samenleving op geijkt is: de *productie* en *distributie* van welvaartsgoederen.[12]

De 'successen' van de processen uit de eerste moderniteit, en dan met name van industrialisering, hebben ook een keerzijde. Beck spreekt van neveneffecten van modernisering. In de context van deze bijdrage zijn vervuiling, radioactiviteit, klimaatverandering en natuurrampen relevante voorbeelden. Het risico op rampen die het gevolg zijn van modernisering, noemt Beck 'moderne risico's', waarover hierna meer.

Gaandeweg in het proces van modernisering manifesteren steeds meer risico's zich als gezondheids- en milieuschade, waarbij de schade een steeds grotere groep mensen raakt en oncontroleerbaarder wordt. Naarmate de behoefte aan welvaart meer verzadigd raakt en de effecten van die welvaartsproductie nadeliger, wordt de urgentie om meer welvaart te produceren minder groot en verschuift de focus naar het reguleren van de risico's die het gevolg zijn van welvaartsproductie.[13] Uiteindelijk wordt het reguleren en distribueren van risico's in de nieuwe moderniteit het nieuwe centrale probleem, en dat markeert de overgang naar wat Beck noemt de tweede moderniteit. In de tweede moderniteit geldt dus een ander soort logica die gepaard gaat met een andere inrichting van de maatschappij, waarover in paragraaf 4 meer. Beck verwijst

9 Beck omschrijft naast het proces van industrialisering ook democratisering en emancipatie die plaatsvonden in de eerste moderniteit. In deze bijdrage richt ik me met name op ecologische risico's en niet zozeer op economische, politieke en sociale risico's; daarom leg ik de nadruk op de kenmerken en gevolgen van industrialisering. Over andere neveneffecten van de vorige moderniteit, bijvoorbeeld op maatschappelijk, economisch en politiek vlak, zie o.a. Beck, Giddens & Lash 1994; Beck 1997 (zie noot 10), p. 38; U. Beck & E. Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences,* London: Sage 2000.

10 Burgers emancipeerden en de verlichting had zijn sporen nagelaten, daarom bestond de overtuiging dat wie participeerde in de productie van welvaart ook zeggenschap moest hebben over de verdeling. Daarom ging het proces van industrialisering gepaard met de democratisering. U. Beck, *The Reinvention of Politics*, Cambridge: Polity 1997, p. 38 (Beck 1997).

11 Beck 1997 (zie noot 10), p. 38.

12 Beck 1992 (zie noot 2), p. 19.

13 Beck 1992 (zie noot 2), p. 13.

naar de eindfase van het proces van modernisering als de *Risicomaatschappij* ('Risikogesellschaft'). Momenteel bevinden we ons in de overgang van de ene naar de andere moderniteit, waarover in paragraaf 5 meer.

3 Kenmerken van moderne risico's

In zijn werk stelt Beck dat het proces van industrialisering *inherent* negatieve bijwerkingen heeft. Primitieve menselijke activiteiten kennen weinig risico, maar naarmate de technische en industriële mogelijkheden toenemen en de schaal van de activiteiten groter wordt, kan er ook meer misgaan. Zoals Beck zegt: 'Along with the growing capacity of technical options [Zweckrationalität] grows the incalculability of their consequences'.[14] Bijvoorbeeld, een door water aangedreven molen levert een beperkte hoeveelheid energie en weinig risico's op, maar het produceren van nucleaire energie veronderstelt het produceren van nucleair afval, en dat afval gaat gepaard met het risico op een nucleaire ramp.
Moderne risico's zijn dus niet incidenteel, maar een noodzakelijk gevolg van de processen uit de eerste moderniteit; ze zijn *structureel* en '*self-inflicted*'.[15] De successen van de eerste moderniteit vormen de problemen van de tweede moderniteit. De risico's zijn als het ware een reflex van de processen in de eerste moderniteit, en door de voortdurende modernisering worden de risico's groter.
Een tweede kenmerk van moderne risico's is dat de consequenties van de risico's niet langer gebonden zijn aan de plek waar de risico's ontstaan.[16] De aard en ernst van moderne risico's verschillen van de risico's uit de vorige moderniteit; daar waren de gevolgen nog lokaal en controleerbaar.[17] Maar moderne risico's kenmerken zich door 'ruimtelijke, temporele en sociale delocalisatie'.[18] Ruimtelijk, omdat moderne risico's grensoverschrijdend zijn. Dat is een gevolg van het proces van globalisering dat in de eerste moderniteit op gang kwam. De toegenomen mobiliteit en internationale handel gaan samen met het globaliseren van risico's van bijvoorbeeld infectieziekten (zoals het coronavirus dat momenteel de wereld teistert) en het verspreiden van risicoproducten (zoals asbest). Sommige moderne risico's zijn naar hun aard grensoverschrijdend, zoals klimaatverandering. Temporele delocalisatie, ten tweede, omdat moderne risico's (zoals nucleaire rampen) een lange afbreektijd hebben en langdurige impact, die soms meerdere generaties effect kunnen hebben. Sociale delocalisatie, ten slotte, omdat op den duur oorzaak en gevolg niet meer met zekerheid met

14 Beck 1992 (zie noot 2), p. 22.
15 Beck 1992 (zie noot 2), p. 14, 22.
16 Beck 1992 (zie noot 2), p. 20-22.
17 Een typische vorm van de neveneffecten van de eerste moderniteit is vervuiling. Er zijn verhalen dat de vissers die aan het begin van de vorige eeuw in Londen overboord vielen, niet overleden door verdrinking maar door vergiftiging door het zwaar vervuilde water. De vervuiling van de Theems kon worden teruggedraaid doordat fabrieken niet meer hun afval en koelwater in de rivier mochten lozen. Beck 1992 (zie noot 2), p. 21.
18 U. Beck, 'Living in the World Risk Society', *Economy and Society* 2006, 35(3), p. 334 (Beck 2006a). Te raadplegen op: www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/03085140600844902.

elkaar in verband kunnen worden gebracht.[19] Er is niet één veroorzaker, maar er is een lange causale keten waar veel partijen bij zijn betrokken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan klimaatverandering of de financiële crisis, waar overheden, hele sectoren, bedrijven, en consumenten allemaal op een eigen manier medeplichtig aan zijn. Deze onzekerheid over de causale toedracht komt ook voort uit de complexiteit van risico's door de toenemende industriële en professionele specialisatie. Doordat iedereen in zijn eigen niche zit, is er een zeer hoge wederkerige afhankelijkheid om het totale probleem te overzien.

Volgens Beck zijn moderne risico's naar hun aard 'toekomstgericht': de risico's zijn zelf niet tastbaar want de gevolgen van de risico's liggen in de toekomst. Risico's betekenen dus geen catastrofe, maar het *anticiperen* op catastrofes.[20] De dreiging van de effecten is weliswaar direct en constant aanwezig, maar de risico's zelf zijn onzichtbare abstracties.[21] De risico's zijn niet zintuiglijk waarneembaar, en zijn zo complex, abstract of technisch van aard, dat ook de wetenschap niet – of pas achteraf – het risico kan bevatten.[22] Door de toegenomen complexiteit en delocalisatie van risico's zullen moderne risico's soms naar hun aard onberekenbaar en onvoorspelbaar zijn. Daarom heerst er onzekerheid in de nieuwe moderniteit. Omdat de consequenties van moderne risico's oncompenseerbaar of onomkeerbaar zijn, is het probleem van de onzekerheid 'geradicaliseerd': onzekerheid is een belangrijke aanwijzing om het veilige pad te kiezen, omdat de kosten van nalaten veel hoger zullen zijn dan overreageren.[23]

Wie worden geraakt door de moderne risico's? In eerste instantie zijn dat de lagere klassen en arme landen: 'poverty attracts an unfortunate abundance of risks'.[24] Rijkere groepen kunnen bijvoorbeeld nog verhuizen naar plekken met een betere luchtkwaliteit en biologisch voedsel eten, waardoor ze veel effecten kunnen ontduiken. De effecten van moderne risico's hebben dus een sociaaleconomische dimensie.[25] Worden hierdoor de oude sociale ongelijkheden uit de vorige moderniteit vergroot met de transitie naar een risicomaatschappij? Nee, zegt Beck, want uiteindelijk wordt iedereen geraakt door moderne risico's, doordat de effecten ervan steeds groter worden. Uit deze gedachte ontspringt de bekendste uitspraak van Beck: 'poverty is

19 Beck 1992 (zie noot 2), p. 32.
20 Beck 2006a (zie noot 18), p. 332.
21 Beck 1992 (zie noot 2), p. 3-8, 23.
22 De Vries 2017 (zie noot 5), p. 23-24; Beck 1992 (zie noot 2), p. 27.
23 Beck 2006a (zie noot 18), p. 336. Zie voorts L. Francot en U.R.M.T. de Vries, 'No Way Out? Contracting About Modern Risks', *ARSP* 2009, vol. 95, nr. 2, p. 199-215.
24 Beck 1992 (zie noot 2), p. 35.
25 Beck verwijst hiernaar als 'social Risk Positions', Beck 1992 (zie noot 2), p. 40.

hierarchical, smog is democratic'.[26] De neveneffecten van modernisering zijn als een boemerang die terugkomt en waaraan niemand kan ontkomen. Zoals Beck stelt:[27]

> 'Risks of modernization sooner or later strike those who produce or profit from them. They contain a boomerang effect, which breaks up the pattern of class and national society. Ecological disaster and atomic fall out ignore the borders of nations. Even the rich and powerful are not safe from them.'

4 De logica van de risicomaatschappij

Uit de vorige paragrafen volgt dat zowel in de eerste als in de tweede moderniteit een verdelingsprobleem centraal staat. Maar let wel: de logica van het verdelen en reguleren van risico's is fundamenteel anders dan de logica van het produceren en verdelen van welvaart. Menselijke behoeftes kunnen worden verzadigd, maar zoals in de vorige subparagraaf omschreven is, zijn moderne risico's onverzadigbaar, want ze zijn naar hun aard mogelijk 'onomkeerbaar of oncompenseerbaar'.[28] Daarnaast is de productie van welvaart direct en gewenst, terwijl de productie van risico's een ongewenst, onvermijdelijk en cumulatief bijproduct is. Anders dan bij een schaarste aan welvaart kan een schaarste aan veiligheid niet verholpen worden door 'meer veiligheid' te produceren.

De voortschrijdende modernisering zal volgens Beck geen oplossing bieden voor de groeiende moderne problemen, nu juist dat de *oorzaak* is van de problemen. Het verdelen en reguleren van moderne risico's op een manier dat het ecologisch, psychologisch, economisch en sociaal acceptabel is, vereist derhalve een radicaal andere aanpak dan de distributie van welvaart.[29]
Liberalisme, democratie en kapitalisme gaven richting in het verdelen van welvaart in de vorige moderniteit, maar zijn inadequaat om moderne risico's te verdelen.[30] Doordat politiek en wetenschap de logica van welvaartsverdeling volgen en uitgaan van een achterhaald beeld van risico's, worden ze onderdeel van het probleem.[31] Het

26 Beck 1992 (zie noot 2), p. 36. Daarbij teken ik aan dat smog wellicht een ongelukkig gekozen voorbeeld is, omdat de rijke klasse dit probleem zou kunnen ondervangen door te verhuizen of door vervuilende processen te verhuizen naar arme regio's. Meer voor de hand liggende voorbeelden van het 'democratiseren van risico's' zijn bijvoorbeeld weersextremen, en de mogelijke nadelige gevolgen van GMO's en nanotechnologie. Maar ook massamigratie en de internationale instabiliteit die daarmee gepaard gaat, kan worden gezien als neveneffect van modernisering. Beck 2006a (zie noot 18), p. 338.

27 Beck 1992 (zie noot 2), p. 23. Ook treffend: 'perpetrator and victim sooner or later become identical', Beck 1992, p. 38.

28 Beck 1992 (zie noot 2), p. 23.

29 Beck 1992 (zie noot 2), p. 19.

30 U. Beck, *The Cosmopolitan Vision*, Cambridge: Polity 2006, p. 24 (Beck 2006b).

31 De Vries 2017, p. 16; Beck 2006a (zie noot 18), p. 331.
Beck 1992 (zie noot 2), p. 44.

ontkennen van risico's, apathie en de belofte van veiligheid van de politiek of wetenschap leidt immers (ironisch genoeg) tot een structurele *toename* van onzekerheid en risico's.

Moderne risico's ondermijnen daarom de structuren van de samenleving uit de eerste moderniteit, met '*institutional destabilization*'[32] als gevolg. De instituties, structuren en logica van de nieuwe moderniteit zijn een reactie op de gebreken van de vorige. Beck verwijst naar dit proces als 'reflexive modernisation'.[33] Door reflexiviteit kunnen we een nieuw politiek, juridisch en theoretisch referentiekader realiseren voor de nieuwe moderniteit.[34]

Hoe ziet het leven in de risicomaatschappij er uiteindelijk uit?[35] Ten eerste spreekt Beck van de 'Entgrenzung der Politik': de ontbinding van het politieke domein. Macht en verantwoordelijkheid zullen zich gaandeweg verplaatsen naar het subpolitieke domein in instituties zoals de rechterlijke macht, het bedrijfsleven en NGO's.[36] Ook zal het wantrouwen in de politiek leiden tot een brede politieke en juridische mobilisering van burgers.[37]
Ten tweede zullen in de risicomaatschappij risico en onzekerheid een centrale rol krijgen. Nu de prikkel van welvaartsproductie minder groot is, zullen we dus vaker 'bij twijfel niet doen', omdat het (onbekende) risico de toename in welvaart niet waard is.[38] Waar in de vorige moderniteit nog een *laissez faire* risicogedachte dominant was (het is veilig zolang niet bewezen is dat het gevaarlijk is) zal in de risicomaatschappij de voorzorgsgedachte leidend zijn (niets is veilig zolang niet bewezen is dat het onschadelijk is, en bij twijfel niet doen). Voorkomen is immers niet alleen beter dan genezen; het genezen van moderne risico's is zelfs niet altijd mogelijk.
Beck omschrijft de risicomaatschappij ten slotte als een 'samenleving van gevaar' ('Gefahrengemeinschaft') waarbij op lokaal en globaal niveau een grote wederkerige afhankelijkheid bestaat. Individuen en staten kunnen niet meer leven in relatieve isolatie, omdat ze op elkaar zijn aangewezen voor overleving.[39] Moderne risico's bewegen zich onafhankelijk van landsgrenzen, de 'natiestaatgedachte' is inadequaat voor het adresseren van deze risico's, daarom bestaat in de risicomaatschappij internationale solidariteit en een 'kosmopolitisch perspectief'. Eerdere tegenstellingen worden

32 U. Beck, *World at Risk*, Cambridge: Polity Press 2009, p. 42.
33 U. Beck, W. Bonss & C. Lau, 'The theory of reflexive modernization; Problematic, Hypotheses and Research Programme', *Theory, Culture & Society* 2003, vol. 20, nr. 2. De Vries 2017 (zie noot 5), p. 16-17, Beck, Giddens & Lash 1994 (zie noot 5), p. 2.
34 U. Beck, *World Risk Society*, Cambridge: Polity 1999, p. 2; Beck, Giddens & Lash (zie noot 5). De notie van reflexiviteit en de strijd tegen 'methodological nationalism' staan centraal in de werken van De Vries. Het citaat waarmee ook deze bijdrage begint, wordt ook gebruikt in De Vries 2017 (zie noot 31).
35 Beck 2006a (zie noot 18), p. 331.
36 Beck 1995 (zie noot 5), p. 31 e.v.
37 Beck 1992 (zie noot 2), p. 195; Beck, Giddens & Lash 1994.
38 Beck 2006a (zie noot 18), p. 330, 334.
39 Zie Beck 2006b (zie noot 30), p. 22-23, gevonden in De Vries 2017 (zie noot 31), p. 25.

opgeheven; wat ons als wereldgemeenschap verbindt, is de noodzaak om risico's te adresseren, want geen land kan de problemen zelf oplossen.[40] Uiteindelijk zal het een maatschappij van 'Grand harmony' kunnen – of beter misschien: moeten – zijn.[41] Tot op zekere hoogte is deze ontwikkeling al terug te zien in hoe het coronavirus wordt geadresseerd. De wereld is verenigd tegen een gemeenschappelijke vijand, en eerdere tegenstellingen vallen in de schaduw van nieuwgevonden solidariteit.

De risicomaatschappij behelst dus een kosmopolitisch perspectief; transnationale politiek; de ontbinding van het politieke domein; een normenstelsel waarin onzekerheid, solidariteit en voorzorg centraal staan; een maatschappij die is geënt op het reguleren en verdelen van de negatieve effecten die het gevolg zijn van de successen uit de vorige moderniteit.

5 Tussen moderniteiten in

Het hiervoor geschetste beeld van de risicomaatschappij is de eindfase van het proces dat Beck omschrijft. We bevinden ons echter nog niet in de risicomaatschappij. Beck spreekt van een transitie of metamorfose ('Verwandlung'):[42] langzamerhand maken we ons de logica van de risicomaatschappij eigen. De twee moderniteiten zijn dus niet twee gescheiden perioden met een duidelijk keerpunt, maar kunnen beter worden gezien als de uiteinden van een spectrum waarin we langzaam van de ene naar de andere kant schuiven.

Beck spreekt van een metamorfose gedreven door de negatieve neveneffecten, in plaats van een 'political explosion (revolution or democratic overtake)'.[43] Deze verschuiving naar een nieuwe moderniteit is ruwweg in de jaren zeventig van de vorige eeuw begonnen,[44] en in toenemende mate zal de maatschappij de eigenschappen van de risicomaatschappij vertonen. Hoe de maatschappij eruitziet, welke risico's bestaan en welke logica geldt, hangt dus af van naar welk 'moment' in de ontwikkeling naar de risicomaatschappij gekeken wordt. Dát we uiteindelijk aankomen in de risicomaatschappij is volgens Beck onvermijdelijk. Want óf we maken ons de nieuwe logica eigen, of we ontkennen de logica waardoor het nóg noodzakelijker wordt om

40 Over dit thema, zie U. Beck, *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*, Cambridge: Polity 2005.

41 Beck 1992 (zie noot 2), p. 46.

42 U. Beck, 'Emancipatory Catastrophism: What Does It Mean to Climate Change and Risk Society?', *Current Sociology* 2015, 63, nr. 1, p. 75-88, m.n. p. 75-76. Zie ook S. Veitch, 'Law in the Risk Society: Challenging Legal Concepts', in: De Vries & Fanning (red.), *Law in the risk society*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017, par. 2.4.

43 Beck 1992 (zie noot 2), p. 11.

44 Beck 1992 (zie noot 2), p. 21-22.

de nieuwe logica te erkennen, omdat we steeds vaker worden geconfronteerd met de gevolgen van de eerste moderniteit.[45]
Kenmerkend aan de transitie waar we nu inzitten, is dat de structuren en logica van de maatschappij nog zijn geënt op de eerste moderniteit en het proces van risicoproductie voortschrijdt, terwijl de problemen van de tweede moderniteit zich al wel manifesteren.[46] In de inleiding noemde ik al een aantal voorbeelden van moderne risico's. Hierna licht ik toe welke kenmerken van moderne risico's kunnen worden herkend in het klimaatprobleem.

De aarde warmt op, en de hoofdoorzaak daarvan is de menselijke broeikasgasuitstoot.[47] Het risico is dus '*self-inflicted*' en groeit naarmate het proces van modernisering, meer in het bijzonder industrialisering, voortschrijdt. De gevolgen van klimaatverandering zijn noch lokaal noch controleerbaar. Er is sprake van delocalisatie van het risico: de schadelijke gevolgen van klimaatverandering zullen wereldwijd zijn, het zal meerdere generaties raken, 'iedereen en niemand' is verantwoordelijk. We ervaren nu al sommige gevolgen van het veranderende klimaat, maar als de opwarming van de aarde niet beperkt wordt tot een verantwoord niveau, zijn sommige gevolgen onomkeerbaar en oncompenseerbaar. In dit verband wordt in de klimaatwetenschap gesproken van gevaarlijke kantelpunten. We zijn nog (bijna) geen kantelpunten gepasseerd, en de ernstigste gevolgen liggen nog in de toekomst, maar men ziet de boemerang aankomen.
Klimaatverandering kan dus worden aangemerkt als een modern risico. Hoewel de structuren van onze maatschappij en het normenkader nog niet op dit type risico's zijn geënt, kan in de omgang met het klimaatprobleem toch de transitie naar een risicosamenleving worden herkend.[48] Dit is bijvoorbeeld herkenbaar in de aandacht die er is voor klimaatverandering. In de media wisselen berichten over warmterecords en weersextremen elkaar af, consumenten consumeren bewuster, bedrijven en politici lopen te koop met hun groene voornemens.

Nu de kwaliteit van leven in ontwikkelde landen op een hoog niveau is en er in toenemende mate aandacht bestaat voor klimaatrisico's, lijkt het er ook op dat welvaartproductie geen absolute prioriteit meer heeft.[49] Dit is bijvoorbeeld terug te zien in het

45 Beck 2006a (zie noot 18), p. 332.
46 Beck 1992 (zie noot 2), p. 33.
47 IPCC AR5 SPM WGI, onder 'D. Understanding the Climate System and its Recent Changes', p. 13-17, m.n. onder 'D.3 Detection and Attribution of Climate Change'.
48 In lijn met deze omslag, benoemt Spier in zijn boek *Shaping the Law for Global Crisis* dat de focus moet worden verlegd van de successen naar de uitdagingen die in het verschiet liggen: 'This book is not about the achievements [of modern society], but about the threats and challenges ahead of us', J. Spier & J. de Jong, *Shaping the law for global crisis*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 3.
49 Zie bijvoorbeeld 'Don't pursue economic growth at expense of environment – report' in *The Guardian*, 4 december 2019, over een rapport van de European Environment Agency. Te raadplegen op www.theguardian.com/environment/2019/dec/04/dont-pursue-economic-growth-at-expense-of-environment-report?CMP=Share_iOSApp_Other.

debat rond de energietransitie. Critici wijzen erop dat duurzame energie per kilowattuur duurder is dan energie uit fossiele brandstoffen zoals gas en steenkool.[50] Deze kritiek is geaard in de logica van de vorige moderniteit: het primaire doel is om zo veel mogelijk welvaart te creëren; daarvoor gebruikt men een economische maatstaf en worden de latente risico's buiten beschouwing gelaten of op de koop toe genomen. Dat er toch windmolens worden gebouwd, is dan weer een typische uitdrukking van de transitie naar de logica van de nieuwe moderniteit: hoewel het goedkoper kan, kiezen we toch voor een oplossing die anticipeert op moderne risico's. Op termijn zullen olie- en gasvoorraden, hoe lucratief ook, niet worden aangeboord.

Ook zien we bij het klimaatprobleem de hang naar grensoverschrijdende samenwerking terug: op de klimaattop van Parijs waren landen zich er expliciet van bewust dat dit probleem niet op nationaal niveau kan worden opgelost: het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering vereist globale samenwerking. Vrijwel alle landen zijn partij bij het klimaatverdrag.[51] Op de jaarlijkse klimaatconferenties in het kader van dat verdrag komen niet alleen landen bijeen, maar worden ook NGO's, IGO's, bedrijven en de media betrokken.[52] Dit lijkt al behoorlijk op de 'nieuwe politiek' uit de risicotheorie van Beck.[53]
Als we kijken naar de ontwikkelingen in de 'structuren en de logica van onze samenleving, dan zie we – conform Becks theorie – al enkele aanwijzingen van 'institutionele destabilisatie'. We zien dat verantwoordelijkheid en macht overvloeien naar het subpolitieke domein. Kenmerkend daaraan is bijvoorbeeld de rol die bedrijven voor zichzelf zien weggelegd in het kader van het behartigen van algemene belangen,[54] en de invloed die bedrijven hebben op het tot stand komen van regelgeving.[55] Dit proces kan ook worden herkend in de emancipatie van burgers, en de daarbij horende toename in burgerinitiatieven en burgerparticipatie.[56] In Nederland en het buitenland behoren klimaatprotesten tot de orde van de dag. De rol van de rechter in het klimaatdebat verandert ook op een manier die overeenkomt met de theorie van Beck. Burgers gebruiken het 'aansprakelijkheidsrecht als breekijzer' om hun eigen

50 Al wordt deze groep critici kleiner al naar gelang duurzame energie goedkoper wordt.
51 Het zogenoemde Kyotoprotocol. 'United Nations Framework Convention on Climate Change (1992)'. Ook de Europese Unie is partij bij dit verdrag.
52 Zie over de *non-party observer-status* van de klimaatconferenties de website van het UNFCCC https://unfccc.int/process-and-meetings/parties-non-party-stakeholders/non-party-stakeholders/overview.
53 Zie daaromtrent Beck 1997 en Beck 2017.
54 Denk hierbij bijvoorbeeld aan Corporate Social Responsibility.
55 Hiermee doel ik op zelfregulering, bijvoorbeeld via Transnational Private Regulatory Regimes. Zie o.a. C. Scott, F. Cafaggi & L. Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', *Journal of Law and Society* 2011, 38, nr. 1, p. 1-19.
56 Zie ook R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20, m.n. par. 2.2 (Rijnhout e.a. 2013).

belangen kracht bij te zetten, en men verwacht van de rechter dat hij de problemen adresseert die de politiek laat liggen.[57]

Maar de huidige omgang met het klimaatprobleem illustreert ook dat de transitie naar de risicomaatschappij nog niet compleet is. Ondanks de grote hoeveelheid aandacht die bestaat voor het probleem van klimaatverandering worden er door burgers, bedrijven en overheden nog onvoldoende maatregelen genomen om het klimaatgevaar te keren.[58] De Nederlandse Staat faalt stelselmatig in het realiseren van zijn eigen klimaatdoelen, en de mondiale broeikasgasuitstoot neemt vooralsnog niet af, maar alleen maar toe. De nationale en internationale politiek kenmerken zich door hun afwachtende houding en opportunisme: klimaatbeleid mag niet te veel geld of draagvlak kosten, en waarden uit de vorige moderniteit – zoals economische groei, het primaat van de politiek en soevereiniteit – worden aangegrepen om klimaatmaatregelen uit te stellen. Ook worden maatregelen om aanvullende broeikasgasreductie te realiseren achterwege gelaten in de hoop dat voortschrijdende modernisering een oplossing biedt.[59] Verder is er nog zeker geen *grand harmony* op internationaal niveau; hoewel er consensus bestaat over de uiteindelijke temperatuurdoelstellingen, is er grote verdeeldheid over wie welke maatregelen moet nemen, hoe verstrekkend de maatregelen moeten zijn en in hoeverre adaptie een reële mogelijkheid is.[60]

Oftewel, er zijn ontwikkelingen zichtbaar, maar moderne risico's hebben zich nog niet ten volle gemanifesteerd, en de risicosensitiviteit die kenmerkend is voor de volgende moderniteit is nog niet doorgedrongen tot ons handelen en denken. We zitten dus nog tussen de twee moderniteiten in.

6 Moderne risico's, nieuwe normen

De premisse van deze bundel is dat het recht een rol kan en moet spelen bij het behalen van de klimaatdoelen in 2030. Het aansprakelijkheidsrecht is in dat kader een belangrijk instrument, en de risicotheorie van Beck geeft inzicht in hoe dat instrument ingezet kan worden om het klimaatprobleem op een adequate manier te

57 T. Hartlief, 'Een rechtszaak uit liefde', *NJB* 2013/6012448. Zie voorts H. Tjeenk Willink, 'De rechterlijke functie in de veranderde democratische rechtsstaat', *NJB* 2014/1; E. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's', *AA* 2015/872; L. Enneking & E. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136; Rijnhout e.a. 2013.

58 UNEP Emissions Gap Report 2019 (executive summary) p. IX, te raadplegen op https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30798/EGR19ESEN.pdf?sequence=13. Zie voorts de bijdrage van Detlef van Vuuren in deze bundel (hoofdstuk 2).

59 Zo wordt er in het Nederlandse klimaatbeleid en in de meeste emissiescenario's gerekend op negatieve emissies, een techniek die nog niet succesvol op grote schaal is toegepast. Zie daaromtrent Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *AB* 2018/417, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen, r.o. 49.

60 In dit verband spreekt Spier van een '*political deadlock*'. J. Spier & J. de Jong, *Shaping the law for global crisis*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012, p. 22-23.

adresseren. Hierna doe ik enkele suggesties met betrekking tot de rol van de rechter, het normenkader en de inzet van juridische instrumenten.

Rol van de rechter
In de transitie naar een risicomaatschappij zal zoals gezegd de rol van de rechter veranderen. Naarmate de politiek vaker tekortschiet in het adresseren van moderne risico's zoals klimaatverandering, neemt het wantrouwen van de burgers in de politiek toe en groeit de behoefte om het heft in eigen hand te nemen. De 'Entgrenzung der Politik' krijgt onder meer gestalte doordat geëmancipeerde burgers vaker procederen tegen bedrijven en overheden over milieukwesties die behoorden tot het domein van het openbare bestuur, zoals ook gebeurde in het *Urgenda*-proces.
Op deze manier krijgt de rechter ongevraagd doch onvermijdelijk een grotere rol in het reguleren van (milieu)risico's.[61] Dat zal ongetwijfeld leiden tot een maatschappelijke en academische discussie over de rol van de rechter in de democratische rechtsstaat, zoals die nu ook gevoerd wordt naar aanleiding van het *Urgenda*-arrest. Maar van een legitimiteitsprobleem hoeft evenwel geen sprake te zijn. De rechterlijke macht kan het democratische proces ondersteunen bij de lastige en vaak pijnlijke keuzes die moeten worden gemaakt bij het adresseren van de ongewenste neveneffecten van de successen uit de vorige moderniteit.[62]

Normenkader
Maar ook zullen veel materieelprivaatrechtelijke concepten heroverwogen moeten worden. Het vertrekpunt van ons aansprakelijkheidsrecht wordt meestal aangeduid met het adagium 'eenieder draagt zijn eigen schade'. Afwijking van dit vertrekpunt is pas mogelijk als er een goede grond is om afwenteling op een ander te rechtvaardigen: in dat geval dient de laedens de gelaedeerde op dusdanige wijze te compenseren, dat de gelaedeerde zo veel mogelijk wordt teruggeplaatst in de situatie waarin deze (vermoedelijk) zou hebben verkeerd indien de handeling die de aansprakelijkheid rechtvaardigt, wordt weggedacht.[63]

Dit vertrekpunt zal op weg naar de risicomaatschappij steeds meer gaan knellen, want het houdt geen rekening met de complexiteit van moderne risico's. Het zal vaak niet mogelijk zijn om schadelijke manifestaties van moderne risico's te herleiden tot individuele veroorzakers; en bij onduidelijkheid over de toedracht en in afwezigheid van verantwoordelijken zal de resulterende schade voor rekening komen

61 Ik richt me in dit hoofdstuk op het milieuprivaatrecht, maar er zijn ook gevolgen denkbaar voor de taak en bevoegdheden van de bestuursrechter. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het indringender toetsen van besluiten.

62 Zie uitvoerig L.E. Burgers, *Justitia, the People's Power and Mother Earth; Boundaries of democratically legitimate judicial law-making in European private law with environmental liability claims as a case-study* (diss. Amsterdam UvA), 2020.

63 Zie daaromtrent E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW A-15) Deventer: Kluwer 2008, m.n. randnummers 4-5; T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie leiden), Deventer: Kluwer 1997.

van de gelaedeerden. Dit kan leiden tot onbevredigende resultaten. Is bijvoorbeeld het verdwijnen van het leefgebied van eilandbewoners door zeespiegelstijging hun 'eigen schade'?[64] En als er een reden is om schade af te wentelen, hoe kunnen de eilandbewoners dan weer worden teruggeplaatst in de oorspronkelijke situatie? Welk scenario moet daarbij worden gehanteerd?

In de context van moderne risico's zoals klimaatverandering zijn dit de verkeerde vragen om te stellen. Betoogd kan worden dat het oorzakelijke verband tussen een gedraging en de schadelijke gevolgen niet langer het brandpunt mag zijn voor het vaststellen van een zorgplicht of de beoordeling van onderlinge aansprakelijkheid.[65] Als bekend is dat een risico zeer ernstige gevolgen kan hebben (bijvoorbeeld klimaatverandering), en we zien tegelijkertijd dat een gedraging bijdraagt aan dat risico (bijvoorbeeld broeikasgasuitstoot), zou het dan niet logischer zijn om de relatie tussen de gedraging en de schade te laten voor wat het is, en te accepteren dat onder omstandigheden de bijdrage aan een risico reeds onrechtmatig kan zijn?
De zorgplicht is dan niet langer verknoopt met de concrete schadelijke gevolgen van een bepaalde gedraging. Voor het onrechtmatige karakter van broeikasgasuitstoot kunnen andere aanknopingspunten worden gebruikt, bijvoorbeeld het overschrijden van een toegewezen deel,[66] afwijken van eerdere toezeggingen, het achterblijven op vergelijkbare andere actoren, historische bijdrage aan de totale uitstoot, of andere omstandigheden.

Een goed begrip van moderne risico's kan aanleiding geven voor een fundamentele herbezinning op ons aansprakelijkheidsrecht, met mogelijk een andere risicomentaliteit tot gevolg. In de eerste moderniteit werden risico's gezien als een 'mate van waarschijnlijkheid op een negatief gevolg'; hetgeen voorzienbaarheid en berekenbaarheid veronderstelt. De risico's konden op de koop toe worden toegenomen; en eventuele gevolgen kwamen voor rekening van de risiconemer.[67] Het nemen van risico's was een vorm van vrijheid; iets dat geaccepteerd of zelfs aangemoedigd en gefaciliteerd werd, omdat het uiteindelijk welvaart zou kunnen opleveren. Onkenbare risico's

64 Vergelijkbaar: de zaak van Peruviaanse boeren tegen het Duitse energiebedrijf RWE inzake de vergoeding van kosten voor het aanleggen van dammen en het treffen van andere maatregelen om de overstroming van een gletsjermeer het hoofd te bieden. Landgericht Essen 15 december 2016, zaak 14/0354Z/R/rv (*Lliuya/RWE AG*).

65 Deze gedachte werk ik verder uit in T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2.

66 Voor landen kan het toegewezen deel worden gebaseerd op internationale klimaatafspraken, of op Nationally Determined Contributions die zijn gesteld in het kader van het klimaatakkoord van Parijs. Maar ook bij andere actoren kan worden gedacht aan een quotum. Zo is niet ondenkbaar dat in de toekomst ook voor bedrijven, of zelfs voor consumenten, een broeikasgasbudget wordt vastgesteld.

67 P. O'Malley, 'Uncertainty Makes us Free'. Liberalism, Risk and Individual Security', *Behemoth* 2009, nr. 3, p. 24-38, p. 24. Gevonden in De Vries 2017, p. 15.

vielen buiten het blikveld, zowel in regelgeving ('met deze informatie moeten we het doen') als bij de afhandeling van de aansprakelijkheid voor het materialiseren van dergelijke risico's ('het gevolg was niet voorzienbaar, dus de handeling is niet onrechtmatig/verwijtbaar/toerekenbaar').

In de nieuwe moderniteit spelen onzekere of onkenbare risico's juist wél een belangrijke rol in de beoordeling van klimaataansprakelijkheid. We onderkennen de complexiteit en potentieel catastrofale gevolgen van moderne risico's, en krijgen meer ontzag voor onbekende of onkenbare gevolgen van voortschrijdende industrialisering en technologische ontwikkelingen. Doordat wordt ingezien dat een risiconemer of diens verzekeraar de eventuele gevolgen niet kán voorzien en niet kán dragen, wordt ook niet langer geaccepteerd dat de ander de risico's op de koop toeneemt.

Gelet hierop moet bij de rechter bij het maken van een belangenafweging meer gewicht toekomen aan het voorzorgsbeginsel.[68] Dat betekent onder meer dat er voor milieubelastende activiteiten strengere eisen worden gesteld ten aanzien van de voorzorgsmaatregelen. Maar het heeft ook gevolgen voor de aansprakelijkheid voor milieuproblemen: in sommige gevallen zullen handelingen waarvan de schadelijke gevolgen aanvankelijk onzeker of onbekend waren, tóch kunnen gelden als onrechtmatig. Ingevolge het voorzorgsbeginsel geldt immers: 'bij twijfel niet doen'. Gaandeweg verandert de uitgangspositie: niet langer wordt een handeling toegestaan totdat de onveiligheid bewezen is, maar de handeling is pas toegestaan wanneer kan worden bewezen dat het veilig is.
In het *Urgenda*-proces speelt het voorzorgsbeginsel ook een prominente rol. Het hof oordeelt dat de bevolen 25% broeikasgasreductie moet worden gezien als een harde ondergrens, en beveelt dat de Staat bij twijfel eerder méér dan minder broeikasgassen moet reduceren; het voorzorgsbeginsel verzet zich tegen een ruime onzekerheidsmarge.[69] Bovendien mag de Staat niet inzetten op negatieve emissies, dus het verwijderen van broeikasgassen uit de atmosfeer, omdat nog onzeker is dat die technieken succesvol zijn.[70] In cassatie blijft het bevel zoals gegeven door het hof in stand.

68 Dit beginsel stak de kop op in de jaren tachtig en krijgt steeds meer voeten aan de grond. S. Franken, 'Voorzorg: beginsel in het aansprakelijkheidsrecht?', *NJB* 2008/1682. S. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010/25; E. de Jong, 'Onzekerheid troef? Zorgplichten bij wetenschappelijke onzekerheid, het voorzorgsbeginsel en een typologie van wetenschappelijke onzekerheid', *NJB 2016/6;* E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen: over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (dis. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016. Reeds in 2011 over het voorzorgsbeginsel in het kader van klimaataansprakelijkheid: E.H.P. Brans & K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?', in: E.H.P. Brans e.a., *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?*, VMR Publicatie 2012, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, m.n. par. 1.3. Zie voorts meer in algemene zin Francot & De Vries 2009.

69 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 73.

70 R.o. 49.

Momenteel geldt dat als een milieuprobleem onbekende of meerdere veroorzakers heeft, de civiele aansprakelijkheid kan vastlopen op het (ontbreken van het) causale verband. Een vordering tot schadevergoeding loopt bijvoorbeeld vast op het constitutieve 'condicio sine qua non-vereiste'; of bij de beoordeling van de omvang van de schadeplichtigheid gooit de causaal-georiënteerde 'leer van de redelijke toerekening' roet in het eten. Het causale verband speelt indirect ook een rol bij andere vereisten in het aansprakelijkheidsrecht, waaronder de onrechtmatigheidstoets en de voldoende belang-toets.[71]
Vanwege de 'ruimtelijke, temporele en sociale delocalisatie' zullen moderne risico's voor grote causaliteitsproblemen zorgen.[72] Als alle veroorzakers naar elkaar kunnen wijzen, of als de onzekerheden die inherent zijn aan moderne risico's een disculperend effect zouden hebben, dan verdampt verantwoordelijkheid en blijft schade liggen waar hij terechtkomt. Zoals Beck stelt:

> 'Corresponding to the highly differentiated division of labour, there is a general complicity, and the complicity is matched by a general lack of responsibility. Everybody is cause *and* effect, and thus non-cause. The causes dribble away into a general amalgam of agents and conditions, reactions and counter-reactions (…).'[73]

Voor de regulering van moderne risico's is het daarom zaak dat er een aangepaste causaliteitsleer wordt ontwikkeld.[74] Hierbij kan worden gedacht aan aansprakelijkheidsconstructies die uitgaan van gedeelde verantwoordelijkheid. Dit zou overigens niet nieuw zijn: in het *Urgenda*-arrest overwoog de Hoge Raad reeds dat 'deelveroorzaking ook deelverantwoordelijkheid rechtvaardigt', en daardoor bestond er voor de Nederlandse Staat – ondanks zijn relatief kleine bijdrage aan de mondiale broeikasgasuitstoot – toch een positieve verplichting om aanvullende emissiereductie te realiseren.[75] Verder zou er kunnen worden aangeknoopt bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid dat bekend is van het *Kalimijnen*-arrest uit 1988,[76] of kan er gebruik worden gemaakt van omkeringsregels in de bewijslast.[77]

71 Zie over de rol van causaliteit in een gebodsactie T.R. Bleeker, 'Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM', *NTBR* 2018/39, m.n. par. 4.

72 Over causaliteit en verantwoordelijkheid in het kader van moderne risico's, zie uitgebreid M. Hoppenbrouwers, 'Puzzles with uncertain causation in tort law', in: Fanning en De Vries (red.), *Law in the risk society*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017 (Hoppenbrouwers 2017); en De Vries 2017 (zie noot 5), p. 24-25.

73 Beck 1992, p. 31.

74 Zie hierover ook S. Veitch, *Law and Irresponsibility, On the Legitimation of Human Suffering*, Routledge-Cavendish 2007, p. 43-44; en zie uitvoerig Hoppenbrouwers 2017 (zie noot 72).

75 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, r.o. 5.7.5 en 5.7.6.

76 HR 23 september 1988, *RvdW* 1988,150, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *RvdW* 1988,150 (*Kalimijnen*). Vergelijkbaar: HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

77 Zoals bijvoorbeeld gebeurde in HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304. In de literatuur wordt ook al langere tijd nagedacht over causaliteit in de context van klimaatverandering. Zie o.a. M. Robesin, 'Who done it? Multicausaliteit en

Juridisch instrumentarium
Om de klimaatdoelen voor 2030 te halen is het ook zaak dat het juridische handhavingsinstrumentarium anders wordt ingezet dan thans het geval is. Momenteel worden milieunormen hoofdzakelijk *ex post* gehandhaafd. In het bestuursrecht wordt na de constatering van een milieuovertreding de overtreder (bij een last onder dwangsom) gedwongen de gevolgen van een overtreding ongedaan te maken of (bij een last onder bestuursdwang) de saneringskosten te vergoeden. In het civiele proces is de schadevergoedingsactie nog altijd de norm: eventuele schade wordt gecompenseerd nadat de onrechtmatige gedraging is verricht.
Maar de gevolgen van klimaatverandering zijn niet altijd compenseerbaar of omkeerbaar. Zo ook Beck:[78]

> 'Given this new quality of "threats to humanity" (…) the logic of compensation breaks down and is replaced by the principle of precaution through prevention. Not only is prevention taking precedence over compensation, we are also trying to anticipate and prevent risks whose existence has not been proven.'

Oftewel, preventie is het sleutelwoord.[79] In het bestuursrecht zou meer kunnen worden ingezet op handhavingstoezicht, waarbij in geval van overtreding van de voorschriften (maar nog voordat de gevolgen zijn gematerialiseerd) een dwangmiddel kan worden ingezet. In het privaatrecht ligt het voor de hand dat via een rechterlijk bevel of verbod maatregelen worden afgedwongen om (verdere) milieuovertredingen te voorkomen.

7 Slotsom

Als de aard, ernst en complexiteit van risico's veranderen, moet het recht mee veranderen. Ulrich Beck weet op herkenbare en overtuigende wijze deze verandering van risico's in kaart te brengen. Hij legt de blinde vlekken bloot in ons (juridische) risicodenken.
Zo rijst de vraag of in het huidige aansprakelijkheidsrecht wel voldoende rekening wordt gehouden met onzekerheden en de ernst van de gevolgen van moderne risico's zoals klimaatverandering. Door de ruimtelijke, temporele en sociale delocalisatie, passen moderne risico's niet in het causale en nationaalgeoriënteerde keurslijf van het huidige klimaataansprakelijkheidsrecht. Het is daardoor lastig om preventief mitigerende maatregelen af te dwingen via een rechterlijk gebod, en omdat de schadevergoedingsactie geen soelaas kan bieden blijft de schade liggen waar deze neerkomt.

klimaatschade', in: E.H.P. Brans e.a., *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; I. Giesen, 'Proportionaliteit in de klimaatdiscussie', *NTBR* 2012/51.

78 Ulrich Beck Risk Society's 'Cosmopolitan Moment' Lecture at Harvard University – November 12th, 2008, www.labjor.unicamp.br/comciencia/files/risco/AR-Ulrich Beck-Harvard.pdf.

79 Zie daaromtrent J. Spier & U. Magnus, *Climate Change Remedies*, Den Haag: Eleven International Publishing 2014, p. 4.

Becks theorie confronteert ons ook met de asymmetrie tussen degenen die profiteren van modernisering, en degenen die de negatieve neveneffecten ervan ondervinden. De risicomentaliteit uit de vorige moderniteit is dus niet langer houdbaar: moderne risico's vragen om nieuwe normen. Voor deze nieuwe normen is een ingreep van de wetgever wenselijk maar niet noodzakelijk. Het milieuaansprakelijkheidsrecht staat immers bekend om de rijke hoeveelheid open normen. Men kan bij het formuleren van een milieuzorgplicht van een bepaalde actor rekening houden met de kenmerken van moderne risico's. En zo kan het milieuaansprakelijkheidsrecht in de periode tot 2030 en daarna een bijdrage leveren aan een eerlijke en verantwoorde omgang met klimaatverandering.

DEEL III
Transitie

8 Het recht en energietransitie in de industrie

Valérie van 't Lam[1]

Samenvatting

Of met de bestaande regelgeving over energiebesparing de gestelde doelstellingen voor de industrie uit het klimaatakkoord worden bereikt, betwijfel ik. De bestaande en toekomstige regelgeving is versnipperd en bovendien vindt een deel van de regulering plaats via convenanten, hetgeen de duidelijkheid voor de praktijk niet ten goede komt. Daarnaast laat ervaring met de bestaande regelgeving over energiebesparing zien dat het lastig is om duidelijke en handhaafbare regelgeving te schrijven. Tot slot is een beperking van de bestaande en toekomstige regelgeving dat deze gebonden is aan de locatie (de inrichting of onder de Omgevingswet milieubelastende activiteit) en de exploitant (drijver of onderneming). Mocht het wenselijk zijn breder te reguleren, dan behoeft de regelgeving aanpassing of aanvulling.

1 Inleiding en vraagstelling

1.1 Inleiding

In het Klimaatakkoord zijn ten aanzien van 'industrie' voor zowel 2050 als 2030 de volgende doelen (beeldend) verwoord:

- 'In 2050 zien wij een Nederland voor ons met een bloeiende, circulaire en mondiaal toonaangevende industrie,[2] waar de uitstoot van broeikasgassen nagenoeg nul is. We zien een land voor ons waar vernieuwende bedrijven en initiatiefnemers graag willen produceren en innoveren. Een innovatieve maakindustrie met steeds lagere CO_2-emissies draagt bij aan onze welvaart, ons welzijn en werkgelegenheid.'
- 'Vanuit dit wenkend perspectief heeft het kabinet de ambitie geformuleerd om in 2050 klimaatneutraal te zijn in Europees verband, maar als tussenstap 49% CO_2-reductie in 2030 te bereiken ten opzichte van 1990 met een doorkijk naar 55% reductie in 2030.'[3]

Uit de bijdrage van Backes en Akerboom in deze bundel volgde al dat er nog een flinke reductie nodig is om de CO_2-reductiedoelen uit onder meer het Klimaatakkoord te

1 Valérie van 't Lam is advocaat bij Stibbe en geassocieerd medewerker bij de Universiteit Utrecht. Valérie dankt Corinne van Neerven, werkzaam bij DCMR, voor haar bijdrage aan dit hoofdstuk.

2 Volgens het hoofdstuk 'Industrie' in het Klimaatakkoord valt onder industrie 'industrie inclusief AVI's en zowel ETS-bedrijven als non-ETS'. Klimaatakkoord, 28 juni 2019.

3 Hoofdstuk 'Industrie' in het Klimaatakkoord, 28 juni 2019, p. 83.

bereiken.[4] Voor de industrie is een doel van 14.3Mt afgesproken.[5] Ook in de actualiteit is aandacht voor CO_2-reductie in de industrie. Zo kan volgens een recent artikel in *NRC* de industrie 'eenvoudig' flink meer CO_2 reduceren. De techniek is er, maar bedrijven en handhavers zijn er onvoldoende mee bezig, aldus het artikel in *NRC*.[6] In deze bijdrage ga ik in op energiebesparing in de industrie. In het Klimaatakkoord is energiebesparing genoemd als een van de vele maatregelen die kan bijdragen aan de transitie van de huidige industrie naar een industrie waarmee de hierboven genoemde doelen worden bereikt.[7]

1.2 Vraagstelling en leeswijzer

De kernvraag van deze bijdrage is: hoe kan het recht worden ingezet of hoe moet het zich ontwikkelen om de stappen en acties bij bedrijven in de industrie mogelijk te maken die nodig zijn in het kader van energiebesparing (gelet op CO_2-reductie) in de periode tot 2030? Het recht ten aanzien van energiebesparing is in verschillende regelgeving te vinden en heeft als aangrijpingspunt veelal de inrichting (of als de Omgevingswet in werking is getreden de milieubelastende activiteit (de MBA), zie verder par. 3) of de onderneming. Dat betekent dat de regeling per definitie locatiegebonden is en geldt voor één of meer (rechts)personen. In paragraaf 2 bespreek ik de regelgeving die ziet op bedrijven die onder het Activiteitenbesluit milieubeheer (Activiteitenbesluit) vallen en in paragraaf 3 regelgeving die ziet op vergunningplichtige bedrijven die niet onder de emissiehandel vallen. Tot slot komen in paragraaf 4 bedrijven aan de orde die onder de emissiehandel vallen (ETS-bedrijven).

In deze bijdrage onderzoek ik of niet beter kan worden gereguleerd via convenanten zoals MJA of MEE, via subsidies[8] of via *command and control*.[9] Bezien wordt in het bijzonder of de bestaande regelgeving duidelijk en handhaafbaar is en daarmee

4 Chris Backes en Sanne Akerboom, 'Klimaatbeleid in Europa en Nederland: een overzicht van doelen en voortgang', hoofdstuk 3.

5 De andere vier sectoren met reductiedoel zijn: elektriciteitsproductie (20,2 Mt), mobiliteit (7,3 Mt), landbouw en landgebruik (3,5 Mt) en gebouwde omgeving (3,4 Mt).

6 Industriële CO_2-uitstoot kan eenvoudig omlaag, *NRC* 7 juli 2020, www.nrc.nl/nieuws/2020/07/07/industriele-uitstoot-kan-eenvoudig-omlaag-a4005207. Op het artikel en het onderliggende onderzoek ga ik in dit hoofdstuk niet in.

7 Hoofdstuk 'Industrie' in het Klimaatakkoord, p. 84. Daar worden overigens vele andere maatregelen genoemd die de industrie moet treffen om CO_2-reductie te bereiken, zoals CCS.

8 Zoals SDE, EIA, de MIA\Vamil en Subsidieregeling Indirecte emissiekosten ETS.

9 Zie bijv. voor onderzoek naar de regulering van algemene regels milieubeheer op grond van art. 8.40 Wm: ECWM, *De nieuwe algemene regels ingevolge artikel 8.40 Wet milieubeheer*, ECWM 2002/10; A.P.W. Duijkersloot e.a. 'Algemeen geregeld, goed geregeld? Een analyse van onderzoeken naar de werking van algemene regels in het licht van de doelstellingen voor de vernieuwing van het omgevingsrecht', *M en R* 2011, p. 576-586; R. Uylenburg, W. Opperman & A.M.C. Polman, *Grenzen aan de algemene regel? Een evaluatieonderzoek naar de wenselijkheid van voortgaande regulering van inrichtingen via amvb's ex art. 8.40 Wm,* ECWM 2002/79.

– aangenomen dat energiebesparing daadwerkelijk bijdraagt aan de CO_2-reductie – bijdraagt aan de hierboven genoemde doelen.

2 Energie(transitie) zonder een vergunning maar via algemene regels… dat kan

2.1 Vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet: het Activiteitenbesluit milieubeheer

In het Klimaatakkoord staat het volgende over energiebesparing:

> 'In de Wet milieubeheer is opgenomen dat bedrijven energiebesparingsmaatregelen dienen te treffen die zichzelf in vijf jaar of minder terugverdienen. Bij de actualisatie van de Wet milieubeheer zet het kabinet in op een integrale klimaatbenadering, waarbij zowel energiebesparende maatregelen als duurzame energieopwekking tot de mogelijkheden behoren. De actualisatie zal opgesteld worden in nauw overleg met het bedrijfsleven en het mkb, waarbij de uitvoerbaarheid van deze regeling, met zo min mogelijke administratieve en uitvoeringslasten, prioriteit heeft. De actualisatie zal voor 1 juli 2020 aan de Tweede Kamer voorgelegd worden.'[10]

Ik ga ervan uit dat dit citaat ziet op de verplichting voor drijvers van niet-vergunningplichtige inrichtingen zoals opgenomen in artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit en niet op grond van de Wet milieubeheer. Al sinds 2008 moeten drijvers van zogenoemde type A- en type B-inrichtingen (kortom: inrichtingen die niet vergunningplichtig zijn op grond van art. 2.1 lid 1 onder e Wabo) alle energiebesparende maatregelen treffen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder. Ik licht hierna toe waarom de resultaten van deze verplichting tot op de dag van vandaag niet zijn zoals gewenst, ondanks verschillende inspanningen tot verbetering. Dit artikel laat daarmee ook zien dat het niet eenvoudig is om regelgeving te maken die bijdraagt aan een energietransitie.

Onder meer hadden bevoegde gezagen en bedrijven moeite met deze verplichting; het was niet steeds duidelijk met welke maatregelen aan de verplichting van het Activiteitenbesluit werd voldaan, zo blijkt onder meer uit de rechtspraak over deze bepaling. Voor bedrijven was het lastig de verplichting uit het Activiteitenbesluit na te leven en de bevoegde gezagen hadden moeite met de handhaving van die verplichting. De vragen waren vaak: welke maatregelen verdienen zich in vijf jaar terug en welke niet en mogen ook andere maatregelen worden getroffen dan die op de

10 Hoofdstuk 'Industrie' in het Klimaatakkoord, p. 93.

(toen nog) Infomil website staan?[11] Ja, was het antwoord van de Afdeling.[12] Sinds 1 december 2015 is in bijlage 10 van de Activiteitenregeling een lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen opgenomen voor verschillende branches, zoals hotels en restaurants, bouwmaterialen, meubels en hout, agrarische sector en kantoren. Die maatregelen zien steeds op (slechts) een onderdeel van een bedrijf, zoals het gebouw (bijvoorbeeld het ventileren, verlichten en verwarmen) als voorzieningen, faciliteiten of activiteiten van het bedrijf. Nagegaan zou kunnen worden of er wellicht ook energiebesparingsmaatregelen zijn die niet op slechts een onderdeel van het bedrijf zien, maar of er ook maatregelen zijn die zien op het gehele bedrijf.

De lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen is bedoeld als hulpmiddel; de maatregelen zijn niet verplicht voorgeschreven. Dat betekent dat als een bedrijf andere, gelijkwaardige, alternatieve energiebesparende maatregelen treft, die niet in de erkende maatregelen lijst staan, het bedrijf ook voldoet aan de verplichting uit artikel 2.15 lid 1 van het Activiteitenbesluit.[13] Het valt dan wel onder de verantwoordelijkheid van het bedrijf (om zo nodig aan te tonen) dat de maatregelen gelijkwaardig zijn. Als een bevoegd gezag vindt dat artikel 2.15 Activiteitenbesluit niet wordt nageleefd, dan moet worden gehandhaafd op grond van dat artikel en niet op grond van maatwerk op grond van de zorgplicht ex artikel 2.1 lid 4 Activiteitenbesluit (zorgplicht voor een doelmatig gebruik van energie). Energiebesparing is in artikel 2.15 Activiteitenbesluit uitputtend gereguleerd, zodat er voor maatwerk op grond van de zorgplicht geen ruimte is.[14]

Uit de Nationale Energieverkenning van 2017 (NEV 2017) blijkt dat het totale resultaat voor energiebesparing (nog 25 PJ) achterblijft op het doel zoals gesteld in het Energieakkoord.[15] Het Rijk heeft eerder al 3 miljoen euro budget beschikbaar gesteld voor handhaving door het bevoegd gezag. Dit geld is gebruikt om meer aandacht voor de energiebesparende maatregelen te generen en om handhavingsbezoeken uit te voeren.[16]

Omdat zowel de naleving als de handhaving van deze verplichting blijkbaar (nog steeds) niet de gewenste resultaten opleverde, introduceerde de wetgever in 2019 een informatieplicht.[17] Deze informatieplicht houdt in dat (de meeste) drijvers van zogenoemde type A- en type B-inrichtingen – in totaal circa 100.000 inrichtingen – aan

11 O.a. Rb. Midden-Nederland 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4889 (terugverdientijd op brancheniveau bepalen of niet); ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1682 (geen maatwerkvoorschrift stellen op grond van art. 2.1 lid 4 Activiteitenbesluit); Rb. Noord-Holland 5 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9860 (wat is precies de inrichting en wie is de drijver?).

12 Deze problematiek kwam ook in het Energieakkoord 2013 aan de orde, Energieakkoord 2013, p. 50-51.

13 Art. 1.8 Activiteitenbesluit. Alsook art. 2.15 lid 3 Activiteitenbesluit. *Stb.* 2019, 167, p. 6.

14 O.a. ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1682 (geen maatwerk mogelijk op grond van de zorgplicht).

15 Energieonderzoek Centrum Nederland (ECN). 2017. Nationale Energieverkenning 2017. www.pbl.nl/publicaties/nationale-energieverkenning-2017.

16 *Stb*. 2019, 167.

17 *Stb.* 2019, 167.

het bevoegd gezag moeten rapporteren welke energiebesparende maatregelen zijn getroffen. Bepaalde inrichtingen zijn uitgezonderd van de informatieplicht, zoals de inrichtingen die aangesloten zijn bij de meerjarenafspraak energie-efficiëntie (zie voor vergunningplichtige MJA-bedrijven hierna par. 3)[18] en inrichtingen die onder het emissiehandelssysteem vallen omdat zij helemaal zijn uitgezonderd van de energiebesparingsplicht (zie voor vergunningplichtige ETS-bedrijven hierna par. 4).[19] Voor inrichtingen die een energieaudit moeten indienen op grond van de Richtlijn energie-efficiëntie geldt een afwijkend informatieregime (zie verder hierna par. 5).[20] Uiterlijk op 1 juli 2019 moesten de drijvers voor het eerst rapporteren en vervolgens iedere vier jaar. Inrichtingen die na 1 januari 2019 zijn opgericht, melden zich uiterlijk een jaar na oprichting.[21]
Uit een brief van de minister van Economische Zaken en Klimaat d.d. 12 februari 2020 blijkt dat per gemeente gemiddeld (slechts) door 51% aan de informatieplicht is voldaan. Om de gemeenten verder te ondersteunen bij hun taken is eerder in totaal 4,7 miljoen euro beschikbaar gesteld door het ministerie van EZK. Het gaat om financiële reserveringen voor het inkopen van diensten voor toezicht en handhaving op energiebesparing. Dit zijn bijvoorbeeld het beoordelen van rapportages en het uitvoeren van bedrijfsbezoeken.[22]
Kortom: het is blijkbaar niet eenvoudig om energiebesparing te reguleren en te handhaven. Of de meest recente wijzigingen van het Activiteitenbesluit tot verbetering van de handhaving en daarmee ook tot meer energiebesparing zullen leiden, moet worden afgewacht. Het PBL verwacht in elk geval wel een extra besparing door deze informatieplicht.[23]

2.2 De Omgevingswet: het Besluit activiteiten leefomgeving

Het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal)[24] en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) bevatten bepalingen over energiebesparing ten aanzien van milieubelastende activiteiten respectievelijk utiliteitsgebouwen. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op het Bbl; daarvoor verwijs ik naar de bijdrage van Jacco Karens in deze bundel.[25]

18 Art. 2.15 lid 9 Activiteitenbesluit.
19 Art. 2.15 lid 8 Activiteitenbesluit.
20 Art. 2.15 lid 11 Activiteitenbesluit.
21 Art. 2.15 lid 10 Activiteitenbesluit. Zie over de meldplicht verder, V.M.Y. van 't Lam & E.C. van der Maden, 'De informatieplicht en de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen uit het Activiteitenbesluit onder de loep', *Bb* 2018/37.
22 Brief 12 februari 2020, www.infomil.nl/onderwerpen/duurzaamheid-energie/energie besparing/nieuws/2020/oproep-informatiegestuurd-toezicht-handhaving/. Zie voorts een database die weergeeft hoeveel aanvragen voor VUE (versterkte uitvoering energiebesparing) worden gedaan: https://vue.databank.nl/jive.
23 P. Hammingh (red.), *Korte termijnraming voor emissies en energie in 2020. Zijn de doelen uit de Urgenda-zaak en het energieakkoord binnen bereik?*, PBL, 25 januari 2019.
24 Geconsolideerde versie van het Bal, april 2020.
25 Jacco Karens (hoofdstuk 13).

Artikel 5.15 Bal bevat een verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen. Die verplichting lijkt sterk op het huidige artikel 2.15 Activiteitenbesluit en houdt in dat een exploitant alle energiebesparende maatregelen treft die zich in vijf jaar terugverdienen. Deze verplichting zal – evenals onder het huidige artikel 2.15 Activiteitenbesluit – gelden voor niet-vergunningplichtige activiteiten die wel onder de reikwijdte vallen van het Bal. Evenals onder de huidige regelgeving voldoet een MBA in elk geval aan deze verplichting als erkende maatregelen zijn genomen.[26] In bijlage VII Omgevingsregeling zijn de erkende maatregelen opgenomen. Een bedrijf kan er ook voor kiezen om andere gelijkwaardige maatregelen te treffen. Zoals hiervoor besproken, is in 2019 aan het Activiteitenbesluit de informatieplicht toegevoegd. Op het moment van schrijven van deze bijdrage lag een wijziging van het Bal ter consultatie, waarmee de informatieplicht uit het Activiteitenbesluit alsnog in het Bal wordt opgenomen.[27]
De mogelijkheid voor maatwerk is beperkt. Een maatwerkregel of maatwerkvoorschrift over artikel 5.15 kan – zoals nu – alleen zien op het toestaan van een gefaseerde uitvoering van de maatregelen of een verplichting om onderzoek te verrichten naar mogelijke energiebesparende maatregelen.
Onder meer door het IPO maar ook door diverse omgevingsdiensten zijn hierover opmerkingen gemaakt. Deze beperkte mogelijkheid voor maatwerk sluiten volgens hen niet aan bij de uitgangspunten in het Bal waarin maatwerk ruim mogelijk is. Blijkens de nota van toelichting van het Invoeringsbesluit is die constatering juist, maar is de keus blijkbaar mede gelet op het Klimaatakkoord weloverwogen gemaakt. Energiebesparing alsmede de (beperkte) mogelijkheid tot maatwerk is zo veel mogelijk conform het Activiteitenbesluit geformuleerd.[28] Voor een gedetailleerdere bespreken over maatwerk verwijs ik naar de bijdrage van Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager in deze bundel.[29]

Een belangrijk verschil met de huidige regelgeving is dat veel bedrijven die onder de verplichting van artikel 2.15 Activiteitenbesluit vallen, onder de Omgevingswet niet meer door het Bal worden gereguleerd. Ingevolge artikel 5.1 lid 2 onder b Omgevingswet (Ow) is het verboden om zonder omgevingsvergunning ‘een milieubelastende activiteit’ te verrichten ‘voor zover het gaat om een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen geval’. Het begrip MBA is in de bijlage van de Omgevingswet als volgt gedefinieerd: ‘activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, niet zijnde een lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam of een lozingsactiviteit op een zuiveringtechnisch werk of een wateronttrekkingsactiviteit’.

Een activiteit zal al gauw onder deze ruime omschrijving vallen. De aanwijzing van de MBA’s vindt plaats in hoofdstuk 3 van het Bal. Alleen de in hoofdstuk 3 van het Bal aangewezen activiteiten vallen onder de regulering van het Bal en/of een vergunningplicht. Terzijde merk ik op dat het het overdenken waard is of de reikwijdte

26 Art. 4.14 Omgevingsregeling (versie juni 2020).
27 www.internetconsultatie.nl/informatieplichtenergiebesparingbal.
28 Invoeringsbesluit omgevingsrecht, par. 9.3.1 (versie maart 2020).
29 Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager (hoofdstuk 12).

van de Omgevingswet niet zou moeten worden verruimd tot niet-locatiegebonden activiteiten.[30] De hierna opgenomen voorbeelden worden in de nota van toelichting van het Bal genoemd als bedrijven die voortaan niet meer onder de regulering van het Rijk, en dus het Bal, vallen. Voorbeelden zijn: hotels, restaurants, cafetaria's, snackbars en cateringbedrijven, cafés, discotheken, concertpodia, muziektheaters en evenementenhallen, verblijfsrecreatie, dagrecreatie en sportfaciliteiten, detailhandel en ambachten en supermarkten, gebouwen voor permanente of tijdelijke bewoning, onderwijs- en kantoorgebouwen, welzijnszorg, dierenpensions, dierenasiel, dierenklinieken.[31] Dergelijke activiteiten zullen voortaan – voor zover het betreft het milieu – uitsluitend worden gereguleerd op decentraal niveau door een omgevingsplan. Dat is opmerkelijk, omdat jurisprudentie over artikel 2.15 Activiteitenbesluit veelal gaat over bijvoorbeeld supermarkten. In het Invoeringsbesluit zijn bepalingen opgenomen die in een omgevingsplan zullen staan zodra de Omgevingswet in werking treedt (de bruidsschat). De bruidsschat is bedoeld als een vorm van overgangsrecht om te voorkomen dat er een rechtsvacuüm ontstaat. De bruidsschat is opgenomen in het Invoeringsbesluit en bestaat uit artikelen die afkomstig zijn uit bijvoorbeeld het Activiteitenbesluit. De bepalingen over energiebesparende maatregelen lijken sterk op de hiervoor besproken energiebesparingsplicht in het Activiteitenbesluit en in het Bal.[32] Dat betekent dat gemeenten van meer bedrijven (dan die nu een inrichting vormen) energiebesparing kunnen verlangen. De bepalingen uit de bruidsschat kunnen uiteraard door de gemeenteraad op enig moment worden aangepast. Dat betekent in theorie dat per gemeente kan verschillen welke eisen aan energiebesparing worden gesteld.

3 Verplichting energiezuinig gebruik. Energie(transitie) via omgevingsvergunning… natuurlijk! Na 2020 ook voor voormalige MJA3-bedrijven?

3.1 Voor inwerkingtreding van de Omgevingswet: vergunningvoorschriften over energie mogelijk binnen bepaalde grenzen

Voor vergunningplichtige inrichtingen geldt op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) dat het bevoegd gezag bij de beslissing op een vergunningaanvraag voor een omgevingsvergunning in ieder geval moet betrekken de 'gevolgen voor het milieu' en de mogelijkheden tot 'bescherming van het milieu'.[33] Daaronder vallen gevolgen die verband houden met 'het verbruik van energie' en de 'zorg voor zuinig gebruik van energie'. Dat staat in de Wet milieubeheer (Wm).[34]

30 V.M.Y. van 't Lam, 'Integreren we in de toekomst ook wetgeving op het gebied van klimaat en energie?', *TO* 2017, afl. 3, p. 99-101.
31 *Stb*. 2018, 293, p. 568.
32 Par. 22.3.2 Invoeringsbesluit Omgevingswet (Ontwerpversie voorjaar 2020).
33 Art. 2.14 lid 1, onder a onder 2 en 5 Wabo.
34 Art. 1.1 lid 2 onder b Wm en art. 1.1 lid 2 onder c Wm.

Het bevoegd gezag neemt geen aanvullende of extra eisen op voor een zuinig gebruik van energie in de omgevingsvergunning bij bedrijven die toegetreden zijn tot de MJA3- en de MEE-convenanten.[35] Dat zijn circa 1000 bedrijven. Uit een evaluatie van RVO van de convenanten uit 2013 blijkt dat de convenantaanpak een goede basis is om energie-efficiëntie te vergroten. Ieder deelnemend bedrijf ontvangt jaarlijks een voortgangsverklaring (VGV) als de geplande, zekere maatregelen in het energie-efficiëntieplannen zijn uitgevoerd, en daarmee de minimale voorgenomen besparing is gerealiseerd. Het niet ontvangen van een VGV heeft als consequentie dat een bedrijf geen energiebelasting krijgt uitgekeerd en/of dat het bedrijf uit het convenant wordt gezet als het in het voorafgaande jaar ook geen VGV heef ontvangen.[36] Met het realiseren van de maatregelen die voortvloeien uit deze convenanten voldoen deze bedrijven immers aan de wettelijke plicht tot zuinig gebruik van energie. Na het einde van de looptijd van de convenanten in 2020 is de weg vrij om energievoorschriften wél te stellen in een omgevingsvergunning. Voor dergelijke bedrijven geldt zodoende na 2020 de mogelijkheid die hierna is beschreven voor het kunnen reguleren van energiegebruik/verbruik, tenzij die convenanten worden verlengd of er een alternatief komt. Of de convenanten na 2020 verlengd worden, is op het moment van schrijven van deze bijdrage niet bekend.[37]

Aan een (integrale)[38] omgevingsvergunning worden voorschriften verbonden die zien op de bescherming van de bovengenoemde belangen.[39] Daarnaast bepaalt artikel 5.7 Besluit omgevingsrecht (Bor) dat aan een omgevingsvergunning voorschriften worden gesteld met betrekking tot het 'doelmatig gebruik van energie'. Deze mogelijkheid is evenwel beperkt. Volgens vaste en inmiddels oudere jurisprudentie is het namelijk niet mogelijk om in de omgevingsvergunning voor milieu alternatieve grondstoffen, alternatieve energievormen of alternatieve productiemethoden in de inrichting voor te schrijven. Het bevoegd gezag moet beslissen op grond van de aanvraag. Zo kan bijvoorbeeld geen voorschrift worden opgenomen met de verplichting dat de elektriciteit die wordt afgenomen ten behoeve van het in werking

35 www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/energie-besparen/mja3-mee. Zie over deze convenanten en klimaatbeleid/klimaatakkoorden o.a. A. Gerbrandy, 'Klimaatakkoord(en) en het mededingingsrecht', in: C.S. Aal, M.P. Beijer, W.G. Timmerman & R. van der Veer, *Klimaatbeleid in wetgeving en akkoorden*, Den Haag: Raad van State 2018, p. 57 e.v. en M.R.P.M. Camps, 'Duurzame duurzaamheidsinitiatieven', in: C.S. Aal, M.P. Beijer, W.G. Timmerman & R. van der Veer, *Klimaatbeleid in wetgeving en akkoorden*, Den Haag: Raad van State 2018, p. 71 e.v.

36 www.rvo.nl/sites/default/files/2019/11/Resultatenbrochure%20Meerjarenafspraken energie-efficientie%202018.pdf.

37 Zie onder andere W. Sorgdrager, 'Een klimaatbijeenkomst bij de Raad van State', in: C.S. Aal, M.P. Beijer, W.G. Timmerman & R. van der Veer, *Klimaatbeleid in wetgeving en akkoorden*, Den Haag: Raad van State 2018, p. 11 e.v.

38 F. Oosterhuis & M. Peeters, 'Limits to integration in pollution prevention control', in: M. Peeters & R. Uylenburg, *EU Environmental Legislation. Legal Perspectives on Regulatory Strategies*, 2014.

39 Art. 2.22 lid 2 Wabo.

hebben van een zendinstallatie moet worden ingekocht als 'natuurstroom'.[40] Een poging om een bedrijf te verplichten om zonnecellen te gebruiken ter stimulering van duurzame energie ging te ver volgens de Afdeling.[41] Bovendien kunnen bij de beoordeling van een besluit tot verlening van een omgevingsvergunning voor milieu slechts de nadelige gevolgen voor het milieu worden betrokken die door *de inrichting* worden veroorzaakt. Het gaat niet om de milieugevolgen van het gebruik van het in de inrichting vervaardigde product.[42] Deze beperkingen vloeien zodoende voort uit het systeem van de regelgeving: het gaat om de nadelige gevolgen van de inrichting; de activiteiten/de processen op de locatie die zijn aangevraagd en niet de producten die worden gemaakt. Mocht het op enig moment wenselijk zijn om bijvoorbeeld producten via een vergunning te reguleren of de grondslag van de aanvraag te kunnen verlaten,[43] dan behoeft de wetgeving aanpassing. De bestaande mogelijkheid om de grondslag van de aanvraag te verlaten bij actualisering van de vergunning (art. 2.31a Wabo), hoeft daartoe voor IPPC-installaties niet te worden verruimd tot andere

40 ABRvS 7 november 2001, *JM* 2001/13, *M en R* 2002, 113, m.nt. Van Gestel, ABRvS 29 januari 1999, *M en R* 1999, 60K en *JM* 1999/41, m.nt. Zigenhorn, ABRvS 5 februari 2003, *M en R* 2003, 42, m.nt. Van Gestel. Er mag door het stellen van voorschriften in de vergunning geen andere inrichting ontstaan dan is aangevraagd. De Wm biedt geen grondslag om in de vergunning eisen te stellen omtrent de eigenschappen en samenstelling van producten die in de inrichting worden vervaardigd, noch aan de herkomst, de productiewijze en/of winning van grondstoffen die in een inrichting worden aangewend. Hoewel deze jurisprudentie is gewezen onder de Wm zie ik geen reden waarom deze niet onverkort relevant is onder de Wabo aangezien de bepalingen gelijkluidend zijn.

41 ABRvS 3 april 1998, *M en R* 1998, 104, m.nt. Ten Veen. De Afdeling stelt voorop dat verweerders bij hun beslissing dienen uit te gaan van de aanvraag zoals die is ingediend. In de aanvraag is niet aangegeven dat gebruik wordt gemaakt van zonnecellen. De vergunning is verleend overeenkomstig de aanvraag en bevat geen bepalingen over het gebruik van zonnecellen. Gezien het energieverbruik van de inrichting kan niet worden staande gehouden dat in het belang van de bescherming van het milieu een verplichting tot het gebruik van zonnecellen in dit geval hoe dan ook niet had mogen ontbreken. Dit bezwaar is ongegrond. Hoewel deze jurisprudentie is gewezen onder de Wm zie ik geen reden waarom deze niet onverkort relevant is onder de Wabo aangezien de bepalingen gelijkluidend zijn. Zie hierover ook M.N. Boeve, F.M. Fleurke en M.A. Wiering, 'Het begrip "milieu" in de Wet milieubeheer', *M en R* 2004, 221 e.v.

42 *Kamerstukken II* 1989/90, 21087, nr. 6, p. 43-44. ABRvS 20 augustus 2008, ECLI: NL:RVS:2008:BE8864. Volgens appellant levert het gebruik van biodiesel uit plantaardige producten per saldo weinig of geen CO_2-winst op. Daarom zou geen sprake zijn van een doelmatig gebruik van energie en grondstoffen. Volgens de Afdeling kunnen bij de beoordeling van een besluit tot verlening van een vergunning op grond van de Wm slechts de nadelige gevolgen voor het milieu worden betrokken die door de inrichting worden veroorzaakt. Nu deze beroepsgrond uitsluitend ziet op de milieugevolgen van het gebruik van het in de inrichting vervaardigde product, en niet op de milieugevolgen die door de inrichting worden veroorzaakt of op het doelmatig gebruik van energie en grondstoffen binnen de inrichting, bestaat in zoverre dan ook geen aanleiding voor vernietiging van het bestreden besluit.

43 Zoals dat ook is gedaan voor de implementatie van de RIE, art. 2.31a Wabo.

gevallen dan actualisering. Ook in het kader van de actualisering van de vergunning kan energie-efficiency namelijk aan de orde zijn, als de bestaande BBT over energie-efficiency (uit 2009) zou worden vernieuwd.[44] Op die BREF kom ik zo nog terug. De mogelijkheid om het gebruik van in de inrichting vervaardigde producten te reguleren, zou bij voorkeur niet via de omgevingsvergunning voor milieu moeten worden gereguleerd aangezien de doelstelling van de vergunning is om gevolgen ten gevolge van de *inrichting* te voorkomen. Om die reden ligt andere regelgeving naar mijn mening meer voor de hand.

In het verlengde hiervan is interessant te wijzen op een uitspraak waaruit volgt dat geen vergunningvoorschriften kunnen worden opgelegd tot het maken van een besparingsplan voor een geheel vervoerstraject van en naar de inrichting. Deze milieugevolgen kunnen niet worden toegerekend aan een inrichting. Niet op basis van de Wabo, en daarmee ook niet op basis van de algemene zorgplicht ingevolge de Wm. Hiermee stelt de Afdeling mijns inziens terecht een grens aan de ruime invulling van de zorgplicht die bestuursorganen hanteren als algemene grondslag om duurzaamheidseisen op te leggen aan bedrijven.[45] Deze uitspraak laat naar mijn mening tegelijkertijd zien dat men in de praktijk (goedbedoeld) duurzaamheidseisen via de vergunning probeert op te leggen. Daarvoor bestaat nu geen wettelijke grondslag als deze maatregelen niet zien op de gevolgen vanwege de inrichting en/of wanneer de grondslag van de aanvraag wordt verlaten; ook de zorgplicht biedt deze niet. De regulering van een vervoerstraject zou mijns inziens ook niet via een omgevingsvergunning voor milieu moeten worden gereguleerd gelet op de doelstelling van zo'n vergunning, maar eerder in regelgeving die specifiek op vervoer ziet.

Het bevoegd gezag beoordeelt bij de beslissing op de vergunningaanvraag of ten minste wordt voldaan aan de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken.[46] In het Bor is geregeld dat het bevoegd gezag bij de bepaling van BBT rekening houdt met de voor de inrichting in aanmerking komende BBT-conclusies en bij de ministeriële regeling aangewezen informatiedocumenten over BBT.[47] Er zijn BBT die zien op de gevolgen van energieverbruik en de zorg voor zuinig energieverbruik, zoals de BREF energie-efficiency die inmiddels al weer wat ouder is (2009).[48] Daarin wordt bijvoorbeeld ook een onderzoek naar de samenwerking met derden genoemd vanwege optimalisering, maar vergunningvoorschriften kunnen volgens vaste jurisprudentie uitsluitend betrekking hebben op de inrichting en niet strekken tot het aanbrengen van voorzieningen op percelen die niet tot de inrichting behoren.[49] Wanneer er geen BBT-conclusies of informatiedocumenten aan de orde

44 Art. 5.4 Bor en art. 5.10 Bor.
45 ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.
46 Art. 2.14 lid 1 onder c sub 1.
47 Art. 5.4 lid 1 Bor.
48 De BREF Energie efficiency bepaalt de BBT voor IPPC-installaties.
49 Bijvoorbeeld BAT 6, BAT 11 en BAT 20. Bijvoorbeeld ABRvS 24 juni 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AL2575 en ABRvS 10 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0771.

zijn, dan stelt het bevoegd gezag de BBT zelf vast.[50] Daarbij moet onder andere rekening worden gehouden met energie-efficiency.[51] Bij IPPC-installaties mag echter niet het gebruik van bepaalde technieken worden voorgeschreven maar kunnen wel doelvoorschriften aan de vergunning worden verbonden.[52] In zoverre is het niet kunnen voorschrijven van (energiebesparende) technieken bij IPPC-installaties een beperking. De beperking vloeit voort uit Europees recht, dus kan alleen op dat niveau worden opgelost.

3.2 De Omgevingswet

De Omgevingswet brengt geen grote verandering in het bovenstaande. Wel zijn de beoordelingsregels voor vergunning(verlening) voor vergunningplichtige milieubelastende activiteiten in lijn gebracht met de Richtlijn industriële emissies.[53] Zo is doelmatig gebruik van energie een beoordelingsregel voor vergunningverlening onder de Ow geworden. Anders dan nu wordt de vergunning 'alleen verleend' als 'wordt voldaan' aan het criterium van een 'doelmatig gebruik van energie'.[54] Hoe dat moet worden vastgesteld, is niet toegelicht.[55] Mijns inziens is deze bepaling een verzwaring ten opzichte van de Wabo/Bor, doordat 'moet zijn vastgesteld' dat aan dat criterium (doelmatig gebruik van energie) 'wordt voldaan'. Ook om die reden was een toelichting op zijn plaats geweest, temeer nu er over het onderwerp van een doelmatig gebruik van energie geen nationale BBT-documenten zijn. Het 'verbruik' en 'zuinig gebruik van energie' dat onder de Wabo onderdeel van het beoordelingskader voor de omgevingsvergunning is, is dat onder de Ow niet meer.[56] Op grond van artikel 5.34 lid 1 Ow verbindt het bevoegd gezag, wanneer dit nodig is met het oog op de beoordelingsregels, voorschriften aan de omgevingsvergunning. Door meer aan te sluiten bij de tekst van de Richtlijn industriële emissies zijn enkele bepalingen van het Bor, waaronder artikel 5.5 en verder volgens de regering 'opgeschoond'.[57] 'Energie' is weliswaar niet genoemd in artikel 5.34 Ow, maar 'een doelmatig gebruik van energie' is als gezegd wel opgenomen in artikel 8.9 Bkl.[58]

50 Art. 5.4 lid 2 Bor.
51 Art. 5.4 lid 3 onder i Bor.
52 Art. 5.6 lid 1 Bor.
53 Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging).
54 Art. 8.9 lid 1 onder f Besluit kwaliteit leefomgeving, ontleend aan art. 11 onder f Richtlijn 2010/75/EU. In art. 11 aanhef en onder f staat: 'De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat de installaties worden geëxploiteerd overeenkomstig de volgende beginselen (…) de energie wordt op doelmatige wijze gebruikt.'
55 *Stb.* 2018, 292, p. 818.
56 Overigens betwijfel ik of er daadwerkelijk een verschil is tussen 'verbruik' (vervallen) en 'zuinig gebruik van energie' (vervallen) versus 'doelmatig gebruik van energie' (in het Bkl nu de norm).
57 Ik merk volledigheidshalve op dat in art. 13 RIE 'energieverbruik' wel is vermeld als onderwerp waarop de BBT-referentiedocumenten moeten zien.
58 Volgens de transponeringstabel van de regering is art. 5.7 lid 1 onder a Bor omgezet naar art. 5.18 lid 1 en 5.26 Ow en art. 8.9 lid 1 onder f Bkl.

4 Energie(transitie) bij ETS-bedrijven via omgevingsvergunning milieu… beperkt mogelijk

4.1 Voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet: het verbod om energie(transitie) voor te schrijven

Een beperking voor het stellen van energievoorschriften in omgevingsvergunningen is het verbod daartoe dat geldt voor bedrijven die deelnemen aan het Europese Emissie-handelssysteem (ETS).[59] Het verbod is opgenomen in artikel 5.12 lid 1 Besluit omgevingsrecht (Bor). Specifiek omvat het verbod om in een omgevingsvergunning voor een inrichting waarin zich één of meer broeikasgasinstallaties bevinden en waarop het ETS-emissiehandelssysteem van toepassing is, het volgende voor te schrijven:

a. een emissiegrenswaarde voor de directe emissie van broeikasgassen; en
b. de bevordering van een zuinig gebruik van energie in de inrichting.

ETS-bedrijven zijn inrichtingen die één of meer broeikasgasinstallaties exploiteren, de grote energie-intensieve chemische en metallurgische industrie, papier- en kartonindustrie, raffinaderijen, enzovoort.

Dit verbod geldt omdat voor de ETS-bedrijven al het Europese systeem van emissiehandel in broeikasgasemissierechten geldt.[60] Het gaat om ongeveer 450 bedrijven in Nederland.
Emissiehandel (EU ETS) is een marktinstrument waarmee de Europese Unie de uitstoot van broeikasgassen kosteneffectief en op economisch efficiënte wijze wil verminderen om zo haar klimaatdoelstellingen te realiseren.[61] Het betreft een handel in emissieruimte, dat wil zeggen het recht om een bepaalde hoeveelheid broeikasgassen uit te stoten binnen een bepaald plafond, dat overigens voor de periode 2021-2030 aangescherpt is.[62] De bedoeling is dat deze bedrijven de hoeveelheid uit te stoten CO_2 gaan reduceren bij een hoge prijs voor een emissierecht. Bedrijven kunnen dus zelf een afweging maken wat het meest kosteneffectief is: investeren in schonere technologie of emissierechten bijkopen. Op deze manier draagt het ETS bij aan een

59 Volgens de NEA zijn de ETS bedrijven verantwoordelijk voor 45% van de CO_2-uitstoot in Nederland, Nederlandse Emissieautoriteit, *Welke bedrijven nemen deel aan het EU ETS?,* NEA, www.emissieautoriteit.nl/onderwerpen/deelnemers-ets/vraag-en-antwoord/welke-bedrijven-nemen-deel-aan-het-eu-ets.

60 Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Unie en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad.

61 Over het toezicht op en de handhaving van deze regelgeving is in onder andere de EU nog niet veel duidelijk, M. Peeters & H. Chen, 'Enforcement of Emission Trading. Sanction regimes of greenhouse gas emissions trading in the EU and China', in: S. Weishaar (red.), *Research Handbooks in Climate Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 111.

62 *Kamerstukken II* 2018/19, 35190, nr. 3, p. 1.

kosteneffectieve transitie naar een duurzame en klimaatneutrale economie. Een impuls voor innovatie door ontwikkeling van duurzame energie wordt als een van de aanvullende effecten gezien.[63] Volgens de Nederlandse Emissie Autoriteit (NEA) zijn de effecten van kostenbesparing bij het realiseren van CO_2-reductie en bewustwordingseffect bij bedrijven van CO_2-emissies en kosten merkbaar geweest. Het effect van een impuls voor innovatie door ontwikkeling van CO_2-arme technieken is slechts gering merkbaar geweest.[64]

Het verbod om energievoorschriften in de vergunning op te nemen is niet zo absoluut dat er geen enkele ruimte is voor het stellen van energievoorschriften in de omgevingsvergunning. Energievoorschriften bij ETS-bedrijven kunnen een concrete aanvulling zijn op het emissiehandelssysteem.

Artikel 5.12 Bor betreft de implementatie van artikel 9 lid 1 en 2 Richtlijn Industriële Emissies (RIE) 2010/75/EU. In dat artikel is bepaald:

> ‘1. Wanneer broeikasgassen uit een installatie in bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG in verband met een in die installatie verrichte activiteit worden vermeld, omvat de vergunning geen emissiegrenswaarde voor directe emissies van dat gas, tenzij zulks noodzakelijk is om te verzekeren dat er geen significante plaatselijke verontreiniging ontstaat.
>
> 2. Wat betreft de in bijlage I van Richtlijn 2003/87/EG genoemde activiteiten kunnen de lidstaten ervoor kiezen om geen voorschriften inzake energie-efficientie op te leggen voor verbrandingseenheden of andere eenheden die ter plaatse kooldioxide uitstoten.’

De in bijlage I bij de richtlijn genoemde activiteiten gaan over installaties. Een installatie wordt in de richtlijn als volgt omschreven:

> ‘vaste technische eenheid waarin één of meerdere van de in bijlage I genoemde activiteiten alsmede andere, daarmee rechtstreeks samenhangende activiteiten plaatsvinden, die technisch in verband staan met de op die plaats ten uitvoer gebrachte activiteiten en gevolgen kunnen hebben voor de emissies en de verontreiniging’.

Broeikasgas is in artikel 1.1 lid 1 Wm gedefinieerd als ‘gas, genoemd in bijlage II bij de EG-richtlijn 2003/87/EG’. De in die bijlage genoemde ‘gassen’ zijn: kooldioxide (CO_2): methaan, distikstofoxide, onvolledig gehalogeneerde fluorkoolwaterstoffen, perfluorkoolwaterstoffen en zwavelhexafluoride.

63 *Kamerstukken II* 2018/19, 35190, nr. 3, p. 2 en p. 7.
64 *Kamerstukken II* 2018/19, 35190, nr. 3, p. 2.

Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat artikel 5.12 Bor (en de voorloper art. 8.13a Wm) geen betrekking heeft op andere broeikasgassen dan CO_2 en geen betrekking heeft op andere activiteiten dan een broeikasgasinstallatie. Zo wordt in de wetsgeschiedenis bij artikel 8.13a Wm alleen gesproken over de noodzaak om geen concentratiewaarden voor de directe emissie van CO_2 in de omgevingsvergunning op te nemen. Dit in verband met de implementatie van de EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten en de voorkoming van een dubbele aanpak.[65] Ook rechtspraak over artikel 8.13a Wm ziet op ETS-bedrijven.[66]

Door Thurlings wordt mijns inziens terecht gesteld dat het probleem van artikel 5.12 Bor is dat dit voor de gehele inrichting geldt. Dit is in strijd met Richtlijn 2003/87/EG, omdat die richtlijn expliciet in artikel 26 bepaalt dat het verbod om emissiegrenswaarden te stellen alleen geldt voor activiteit-broeikasgascombinaties genoemd in bijlage I van Richtlijn 2003/87/EG. In bijlage I van Richtlijn 2003/87/EG wordt achter de daar vermelde activiteiten/installaties alleen het broeikasgas kooldioxide genoemd. Voor alle overige activiteiten en de uitstoot van andere broeikasgassen moeten emissiegrenswaarden kunnen worden voorgeschreven.[67]

Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 9 lid 1 RIE houdt in dat het verbod van artikel 5.12 Bor alleen betrekking heeft op broeikasgasinstallaties, dat wil zeggen installaties vallend onder de activiteiten genoemd in bijlage 1 van Richtlijn 2003/87/EG *die koolstofdioxide (CO_2) uitstoten*, bijvoorbeeld verbrandingsinstallaties >20 mw (met uitzondering van installaties voor het verbranden van gevaarlijke afvalstoffen of stadsafval) en aardolieraffinaderijen.

Gelet op de wetsgeschiedenis en de RIE is er aldus een voorzichtige grondslag om voor broeikasgasinstallaties binnen een inrichting emissiegrenswaarden te stellen in een omgevingsvergunning aan de directe uitstoot van broeikasgassen met uitzondering van CO_2 en/of om zuinig gebruik van energie binnen de inrichting via een vergunningvoorschrift te reguleren. Voor andere installaties/activiteiten binnen een inrichting die niet rechtstreeks samenhangen met de broeikasgasinstallatie, kunnen emissiegrenswaarden worden gesteld aan de directe uitstoot van alle broeikasgassen, óók voor CO_2 en ten aanzien van de bevordering van een zuinig gebruik van energie (binnen de ruimte zoals omschreven in par. 3). Het zal in de praktijk overigens niet altijd eenvoudig zijn te bepalen of er sprake is van een op zichzelf staande installatie of van een met een broeikasgasinstallatie samenhangende installatie.[68]

65 *Kamerstukken II* 2003/04, 29565, nr. 3, p. 14-16 en p. 92. En zie ook: *Stb.* 2010, 143, p. 96.

66 O.a. ABRvS 26 april 2006, *AB* 2006, 244; ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 75.

67 T.J. Thurlings, 'Omgevingswet en emissiehandel', *M en R* 2016/121, p. 3.

68 O.a. Van inrichting naar MBA. V.M.Y. van 't Lam & M. Jansen Schoonhoven, 'Enkele praktische consequenties nader belicht', *M en R* 2018/108.

4.2 De Omgevingswet

De Omgevingswet lijkt meer in lijn te zijn met wetsgeschiedenis en de richtlijn. Weliswaar blijft onder de Omgevingswet de beperking van artikel 5.12 Bor bestaan want artikel 5.12 Bor is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in artikel 8.71 Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl). Daaraan is (nu) wel de in het Europees recht opgenomen uitzondering toegevoegd 'tenzij dat noodzakelijk is om te verzekeren dat geen significante milieuverontreiniging in de onmiddellijke nabijheid van de activiteit wordt veroorzaakt'. Wanneer daarvan sprake is, is niet nader geduid. Het begrip inrichting is als gezegd gewijzigd in het begrip activiteit, wat een beperktere reikwijdte kan hebben. De nota van toelichting geeft ook aan: 'het verbod om energievoorschriften in de omgevingsvergunning op te nemen ziet alleen op de *activiteiten*, waarop de in artikel 16.5 van de Wet milieubeheer opgenomen verboden betrekking hebben'.[69] Voor alle andere activiteiten is het wel toegestaan deze voorschriften op te nemen.[70] Zij het, dat dan weer de beperking geldt dat geen grondstofgebruik of alternatieve wijze van energieopwekking mag worden voorgeschreven (zie par. 3). Mijns inziens biedt de Omgevingswet hierdoor een steviger grondslag die bovendien beter aansluit bij de richtlijn om voor andere installaties dan broeikasgasinstallaties voorschriften met betrekking tot energiezuinig gebruik voor te schrijven. Dat geldt ook voor het voorschrijven van emissiegrenswaarden of maatregelen om de emissie van de broeikasgassen te verminderen, inclusief CO_2 bij die andere installaties.

5 Energie-efficiency

Richtlijn 2012/27/EG betreffende energie-efficiëntie[71] legt een gemeenschappelijk kader met maatregelen vast voor de bevordering van energiebesparingen binnen de EU. De richtlijn bevat onder meer een doel 32,5% aan energiebesparing in 2030 ten opzichte van de eerste prognose uit 2007 van het eigenlijke energieverbruik in 2030. Jaarlijks moeten de lidstaten minimaal een energiebesparing van 0,8% van de energieconsumptie realiseren.

69 Overigens is per 1 januari 2020 art. 16.5 Wm gewijzigd. Het begrip 'inrichting in werking te hebben' wordt vervangen door gewijzigd in 'broeikasgasinstallaties te exploiteren'. *Stb.* 2019, 317, p. 4.

70 *Stb.* 2018, 292, p. 852.

71 Richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG. De richtlijn is herzien door Richtlijn 2018/2002/EU: Richtlijn (EU) 2018/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 houdende wijziging van Richtlijn 2012/27/EU betreffende energie-efficiëntie.

Voor (grote) inrichtingen[72] zijn in het bijzonder twee bepalingen van deze richtlijn van belang, te weten de verplichting om een energieaudit op te stellen (art. 8 lid 4 en 6). Deze zijn in Nederland geïmplementeerd in de 'Tijdelijke regeling implementatie artikelen 8 en 14 Richtlijn energie-efficiëntie'.[73] Op grond van deze regeling zijn ondernemingen verplicht om vóór 5 december 2015 en daarna om de vier jaar een energieaudit te doen waarvan een verslag moet worden gemaakt. Het doel ervan is om bedrijven en instellingen bewust te maken van hun energieverbruik én van de mogelijkheden om energie te besparen en te verduurzamen. De energieaudit geeft een gedetailleerd overzicht van alle energiestromen binnen de onderneming. Ook geeft de audit inzicht in de mogelijke besparingsmaatregelen en de te verwachten effecten daarvan. Onder andere energieverbruik van gebouwen, industriële processen en installaties, inclusief het vervoer en de warmte. Het bevoegd gezag kan bij niet-naleving van de verplichtingen sancties opleggen.

Of deze regeling voldoende bijdraagt aan een energiedoelstelling is te betwijfelen. Zo bleek dat in 2019 niet alle ondernemingen die verplicht een energieaudit moeten maken hadden voldaan aan deze plicht. Ook is de handhaving blijkbaar niet stelselmatig opgepakt. Van de destijds ingediende energieaudits werd 75% door de toezichthouders beoordeeld als voldoende. De verplichte energieaudit levert een beperkte bijdrage aan energiebesparing. Deels is dit omdat in Nederland al diverse verplichtingen en initiatieven gelden zoals de Meerjarenafspraken energie-efficiëntie en de verplichte implementatie van rendabele energiebesparingsmaatregelen op basis van het Activiteitenbesluit.

Uiteindelijk zal de auditplicht worden opgenomen in een AMvB ter vervanging van de huidige tijdelijke regeling. Het ministerie van EZK zal gemeenten en provincies 2,31 miljoen euro betalen voor het toezicht en de handhaving op de auditplicht in 2019.[74]

72 De regeling geldt nu voor: ondernemingen die geen kmo's zijn. De regeling zal gaan gelden voor: ondernemingen met meer dan 250 werknemers of meer dan 50 miljoen euro omzet en 43 miljoen euro balanstotaal. Een concern met meerdere vestigingen valt voortaan als geheel onder de Richtlijn energie-efficiëntie en zodoende ook onder deze nieuwe regelgeving.

73 Deze regeling wordt aangepast door een wetsvoorstel met betrekking tot de energieaudit waarmee de Tijdelijke regeling zal worden opgenomen in de Wet Implementatie EU-richtlijn energie-efficiency: Aangepast voorstel van wet tot wijziging van de Wet implementatie EU-richtlijnen energie-efficiëntie teneinde een grondslag op te nemen voor de energieaudit; *Stcrt.* 2020, 23297 (en oorspronkelijk *Kamerstukken II* 2019/20, 35435, nr. 2 en *Kamerstukken II* 2019/20, 35435, nr. 3 (MvT).

74 *Kamerstukken II* 2018/19, 31209, nr. 220 (Schoon en zuinig).

6 Conclusie

Of met de bestaande regelgeving over energiebesparing de gestelde doelstellingen voor de industrie uit het klimaatakkoord worden bereikt, valt te betwijfelen. Uiteraard zij daarbij opgemerkt dat energiebesparing slechts een van de manieren is die zal bij kunnen dragen aan de gestelde doelen.

In de eerste plaats is het recht ten aanzien van energiebesparing in verschillende regelgeving of convenanten te vinden en heeft het als aangrijpingspunt veelal de inrichting (of als de Omgevingswet in werking is getreden de MBA) of de onderneming. Die regelgeving ziet op (1) bedrijven die onder het Activiteitenbesluit milieubeheer vallen, (2) bedrijven die vergunningplichtig zijn en niet onder de emissiehandel vallen en (3) bedrijven die onder de emissiehandel vallen. Daarnaast geldt voor bepaalde bedrijven de Tijdelijke regeling implementatie artikelen 8 en 14 Richtlijn energie-efficiëntie en tot 2021 voor bepaalde bedrijven een MJA of MEE.

In de tweede plaats laat de ervaring met directe werkende regels over energiebesparing, zijnde artikel 2.15 Activiteitenbesluit (alle energiebesparingsmaatregelen treffen die zich binnen vijf jaar terugverdienen) en de Tijdelijke regeling implementatie artikelen 8 en 14 Richtlijn energie-efficiëntie' (verplichting opstellen energieaudit), zien dat het lastig is regelgeving te schrijven voor energiebesparing die duidelijk is en die goed handhaafbaar is. De naleving van die regelgeving schiet op het moment van schrijven van deze bijdrage (nog steeds) tekort. Die regelgeving in het Activiteitenbesluit is recent weer aangepast, zodat de verwachting is dat de handhaving zal verbeteren, zij het dat de verplichting in het Activiteitenbesluit (en Bal) alleen geldt – en dat zou op enig moment een ongewenste beperking kunnen zijn – om alle energiebesparingsmaatregelen te treffen die zich in vijf jaar terugverdienen.

In de derde plaats is het nu en straks onder de Omgevingswet mogelijk om voorschriften aan de vergunning te verbinden die zien op een doelmatig gebruik van energie, zij het dat deze mogelijkheid niet onbeperkt is. De vergunning reguleert namelijk de gevolgen van de inrichting (of als de Omgevingswet in werking is getreden de MBA) en niet bijvoorbeeld de gevolgen van het gebruik van het gemaakte product. Voorts mogen geen alternatieve energievorm of alternatieve grondstoffen dan aangevraagd worden voorgeschreven. De grondslag van de aanvraag kan echter wel worden verlaten als er een BBT is waarin energiebesparing voor het desbetreffende bedrijf aan de orde is. Mocht het op enig moment noodzakelijk blijken om in aanvulling op bestaande stimuleringsregelingen ook in de omgevingsvergunning (en zodoende integraal) bijvoorbeeld voor te schrijven het gebruik van alternatieve grondstoffen, alternatieve energievormen, alternatieve productiemethoden in de inrichting, de milieugevolgen van het gebruik van het in de inrichting vervaardigde product, dan behoeft de regelgeving aanpassing omdat dergelijke voorschriften nu en onder de Omgevingswet niet mogelijk zijn. Dan moet eerst nog een principiële discussie worden gevoerd, aangezien de beperking nu voortvloeit uit het doel/systeem van de omgevingsvergunning voor milieu. De omgevingsvergunning is locatiegebonden evenals de algemene regels en de aanvraag is thans bepalend (behalve als het om een

actualisering van de vergunning gaat). Daarnaast is het voor IPPC-installaties niet mogelijk om het gebruik van bepaalde techniek voor te schrijven, maar er kunnen wel doelvoorschriften aan de vergunning worden verbonden. De beperking vloeit voort uit Europees recht, dus kan alleen op dat niveau worden opgelost.

9 Energietransitie op en in het water: juridische belemmeringen en kansen

Jasper van Kempen en Sander van Hees[1]

Samenvatting

Om klimaatverandering beheersbaar te houden is een snelle energietransitie noodzakelijk. In Nederland kan opwekking van duurzame energie op/uit water een belangrijk onderdeel uitmaken van die energietransitie. Maar welke juridische knelpunten belemmeren momenteel de energietransitie op en in het water? En hoe en door wie kunnen deze knelpunten worden aangepakt? Dit hoofdstuk beantwoordt die vragen en laat zien dat de overheid aan zet is: door onderzoek te (laten) doen naar de effecten van dergelijke energieprojecten op de doelstellingen van het waterbeheer en door waterbeheerders in stelling te brengen om hun steentje bij te dragen. Waterbeheerders zijn vervolgens in staat om duidelijkheid te bieden aan de markt over de vraag welke projecten waar haalbaar zijn, welke projecten belangrijker zijn dan het behalen van de waterkwaliteitsdoelstellingen, en om te voorkomen dat andere initiatieven de schaarse ruimte opsouperen. Duurzame energie op/uit water kan zo een belangrijke bijdrage leveren aan de klimaatdoelstellingen voor 2030.

1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 2 (Van Vuuren) is aangegeven, is een sterke reductie in de Nederlandse CO_2-emissies noodzakelijk om te voldoen aan de doelstellingen van het Akkoord van Parijs, en daarmee om de mondiale temperatuurstijging niet te ver te laten oplopen teneinde catastrofale en onomkeerbare gevolgen te vermijden (ten hoogste 1,5 à 2 °C stijging ten opzichte van het pre-industriële niveau). Het gaat dan in Nederland om een reductie van 49% CO_2-emissies in 2030. Essentieel voor het halen van deze doelstelling is een vergroting van het aandeel hernieuwbare energie. Zoals in hoofdstuk 3 (Akerboom en Backes) is aangegeven stuurt Nederland daarbij op een aandeel van 27% in 2030. Qua elektriciteitsproductie wordt uitgegaan van een aandeel van 70% hernieuwbare elektriciteit in 2030.[2]

1 Jasper van Kempen is senior juridisch adviseur bij Rijkswaterstaat. Sander van Hees is senior juridisch adviseur bij Witteveen+Bos. Beide auteurs zijn daarnaast als geassocieerd medewerker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

2 Het Nederlandse Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan 2021-2030, p. 34.

In het kader van deze energietransitie wordt gezocht naar diverse mogelijkheden om duurzame energie op te wekken, ook in en op het oppervlaktewater.[3] Gezien de grote omvang van het areaal[4] is de potentie van energieopwekking op/uit water zeer significant. Zo moet de opwekking van elektriciteit uit wind op zee de belangrijkste bijdrage leveren aan het aandeel hernieuwbare energie (49 terawattuur (TWh) in 2030).[5] Ook bij de overige doelstellingen (in 2030 gaat het om minimaal 35 TWh zon en wind op land en 10 TWh kleinschalige hernieuwbare productie) kan oppervlaktewater een belangrijke rol spelen. Naast het plaatsen van windmolens en (al dan niet drijvende) zonnepanelen op de binnenwateren, moet daarbij gedacht worden aan energie die uit/met het water zelf gewonnen wordt, waaronder diverse vormen van waterkracht,[6] diverse vormen van aquathermie[7] en het benutten van zoet-zoutverschillen ('Blue Energy'). Hiernaast kan het watersysteem ook gebruikt worden voor de opslag van energie. De inschatting[8] is dat uit/op het oppervlaktewater (exclusief wind op water) met de huidige marktrijpe technieken jaarlijks zo'n 2 TWh opgewekt kan worden. Voor de technieken op/uit water die nog verdere ontwikkeling moeten doormaken voordat ze bruikbaar zijn, geldt dat ze samen een technisch potentieel van zo'n 10 TWh hebben. De technieken die al dichter bij economische haalbaarheid zijn, kunnen mogelijk al in 2030 een significante bijdrage leveren aan het behalen van de nationale duurzame energiedoelstellingen. De overige technieken kunnen in de loop naar 2050 een bijdrage leveren.

3 Dit hoofdstuk beperkt zich tot oppervlaktewater. Ook uit grondwater kan energie gewonnen worden (denk aan bodemenergiesystemen (gereguleerd in par. 5a van het Waterbesluit) en de winning van diepere aardwarmte door middel van geothermie (gereguleerd onder de Mijnbouwwet)). Deze vormen van energieopwekking worden hier buiten beschouwing gelaten vanwege de maximale omvang van de bijdrage. Waar in de rest van dit hoofdstuk het woord 'water' gebruikt wordt, wordt 'oppervlaktewater' bedoeld.

4 De binnenwateren beslaan een kleine 20% van het Nederlandse grondgebied. De Nederlandse Exclusieve Economische Zone heeft samen met de Nederlandse territoriale wateren een oppervlakte van zo'n anderhalf keer het landoppervlak van Nederland.

5 Het Nederlandse Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan 2021-2030, p. 54.

6 Gestuwd getij, gestuwde rivieren, vrije stroming op rivieren en bij getij, en golfenergie.

7 Bij aquathermie wordt thermische energie (zowel in de vorm van warmte als van kou) uit water gewonnen. Bij oppervlaktewater wordt gesproken over TEO (Thermische Energie uit Oppervlaktewater). Dit in tegenstelling tot TEA (Thermische Energie uit Afvalwater, waarbij warmte is opgeslagen in het riool, rioolgemalen, persleidingen en rioolwaterzuiveringsinstallaties), en TED (Thermische Energie uit Drinkwater, bijvoorbeeld koude uit een drinkwaterleiding, of warmte uit een drinkwaterpompstation). TEA en TED komen in dit hoofdstuk niet aan de orde.

8 Rapport *Perspectieven elektriciteit uit water. Nationaal potentieel voor 2030 en 2050*, Publicatienummer 2019-29, p. 5-7. Beschikbaar op: www.stowa.nl/publicaties/perspectieven-elektriciteit-uit-water-nationaal-potentieel-voor-2030-en-2050. In het rapport wordt het potentieel uitgedrukt in PJ. 1 PJ ≈ 0,28 TWh.

Vanwege het voorziene tijdpad van de energietransitie moeten slimme keuzes gemaakt worden bij het prioriteren van deze projecten, zodanig dat de benodigde capaciteit tijdig gerealiseerd kan worden. Hierbij gaat momenteel veel aandacht uit naar de potentiële TWh die de diverse energievormen kunnen opwekken, gebaseerd op berekeningen met betrekking tot de fysieke eigenschappen van het watersysteem. Naast cijfers over hoeveelheid verval, stroomsnelheid, zoet-zoutverschil of temperatuur gecombineerd met volume, zijn echter ook de juridische randvoorwaarden bepalend voor de mogelijkheden om deze projecten daadwerkelijk tot uitvoering te brengen en daarmee voor de reële potentie van energie op/uit water.

In de praktijk blijkt voor deze juridische randvoorwaarden vaak slechts aandacht tegen het einde van een traject, als veel keuzes al gemaakt zijn. Nu de hierboven genoemde technieken niet zelden een negatieve invloed op de doelstellingen van het waterbeheer blijken te hebben, werkt deze aanpak vaak belemmerend om de daadwerkelijk potentie aan duurzame energie op/uit water te benutten. Een helder juridisch kader dat op het juiste moment in het proces aan bod kan komen, is onmisbaar voor een efficiënte en effectieve energietransitie. Dit kader is met name van belang als de effecten van nieuwe technieken onzeker zijn, waar ruimte schaars is, wanneer verschillende juridische regimes naast elkaar bestaan, of in de gevallen waarin de regelgeving een afweging mogelijk maakt tussen de belangen van het waterbeheer en die van de energietransitie.

Vanuit deze achtergrond stelt dit hoofdstuk de volgende hoofdvraag centraal:

Welke juridische knelpunten belemmeren de energietransitie op en in het water, en hoe en door welke stakeholders kunnen deze knelpunten worden aangepakt?

Bij de beantwoording van deze hoofdvraag wordt onder meer ingegaan op de vraag in welke mate energieprojecten op/uit het water passen binnen de doelstellingen van het waterbeheer (zoals deze tot uitdrukking komen in wet- en regelgeving), en op de belemmeringen die voortvloeien uit onzekerheden omtrent de juridische randvoorwaarden (zoals de interpretatie van wetteksten die niet toegesneden zijn op de nieuwe technologische ontwikkelingen). Daarnaast is de vraag van belang of het recht de nodige sturingsmogelijkheden biedt om het fysieke potentieel hernieuwbare energie op/uit water optimaal te benutten. Ook beheerders van oppervlaktewater (Rijkswaterstaat en waterschappen) willen hun steentje bijdragen aan de energietransitie. Het is de vraag in welke mate zij daartoe in staat zijn, of gesteld kunnen worden.

Bij de uiteenzetting van het juridische kader voor energie op/uit water beperkt dit hoofdstuk zich tot de regulering op grond van de Waterwet (Wtw).[9,10] Hieronder wordt dat juridische kader uiteengezet en worden de voor- en nadelen daarvan geanalyseerd in het licht van de energietransitie en het waterbeheer. Ten slotte worden aanbevelingen gedaan voor verbetering.

2 Juridisch kader Waterwet

2.1 Regulering van diverse typen energieprojecten

Bij het opwekken van duurzame energie op/uit water worden handelingen verricht die gereguleerd zijn in hoofdstuk 6 van de Wtw, of in de Keur van het betreffende waterschap. Handelingen die plaatsvinden in de rijkswateren vallen onder het regime van de Waterwet, handelingen die plaatsvinden in de regionale wateren vallen daarnaast ook onder het regime van de Keur. In het navolgende wordt omwille van de omvang van deze bijdrage enkel de regulering voor de rijkswateren besproken. De regulering voor de regionale wateren is veelal grotendeels gelijk hieraan.[11]

9 De Waterwet gaat (naar verwachting) vanaf 1 januari 2022 op in de Omgevingswet. In dit hoofdstuk wordt verwezen naar artikelen van het huidige recht. Het voert voor deze bijdrage te ver om per bepaling aan te geven waar deze landt in het nieuwe recht. De inhoudelijke regulering zal grotendeels gelijk blijven. Waar relevante inhoudelijke veranderingen in regulering optreden, wordt dit wel besproken.

10 Het natuurbeschermingsrecht is een belangrijk voorbeeld van een ander juridisch kader dat relevant is voor de energietransitie op en in het water. De rol van het natuurbeschermingsrecht komt apart aan bod in hoofdstuk 14 (Dotinga). Het verkrijgen van een natuurvergunning voor watergerelateerde energieprojecten kan lastig zijn wanneer deze projecten mogelijk negatieve effecten hebben op beschermde watergerelateerde habitattypen en diersoorten. De belemmeringen die het natuurbeschermingsrecht kunnen opwerpen vertonen veel overeenkomsten met het waterrecht. In beide juridische kaders speelt het voorzorgsbeginsel een grote rol en is het ingewikkeld een vergunning te verkrijgen wanneer er nog wetenschappelijke onzekerheid bestaat (en dit is bij de meeste energie op/uit water-projecten het geval) over de negatieve ecologische effecten van het project. Voor een nadere beschouwing van de natuurbeschermingsregels in relatie tot energie op/uit water, zie: S.R.W. van Hees, 'Large-scale Water-related Innovative Renewable Energy Projects and the Habitats and Birds Directives: Legal Issues and Solutions', *European Energy and Environmental Law Review* 27 (1), 2018, p. 15-36.

11 In dit hoofdstuk wordt niet nader besproken op welke punten de regulering in regionale wateren afwijkt van die in rijkswateren. Dat kan per waterschap verschillen en het is dan ook binnen het bestek van deze bijdrage niet mogelijk daar een uitputtend overzicht van te geven.

De volgende gereguleerde handelingen kunnen aan de orde zijn bij dergelijke projecten:[12]
1. het gebruikmaken van een waterstaatswerk (art. 6.5 aanhef en onder c Wtw);
2. het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam en/of het brengen van water in een oppervlaktewaterlichaam (art. 6.5 aanhef en onder a Wtw).

Bij het gebruikmaken van een waterstaatswerk gaat het om het daarin, daarop, daarboven, daarover of daaronder maken/behouden van werken, of om het op die plaatsen storten, plaatsen of neerleggen van vaste substanties of voorwerpen of om deze daar te laten staan of liggen.[13] Deze handelingen zijn al snel aan de orde als constructies als turbines (voor wind of water), zonnepanelen, buisleidingen, enzovoort geplaatst worden.

Het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam kan aan de orde zijn bij aquathermie, wanneer oppervlaktewater naar een warmtewisselaar wordt geleid, bij Blue Energy waarbij water langs membranen wordt gepompt, en ook bij het opwekken van elektriciteit met waterkracht, wanneer oppervlaktewater door turbines wordt geleid. In deze gevallen zal het oppervlaktewater ook direct weer teruggebracht worden in het oppervlaktewaterlichaam. Het is voor onttrekken niet nodig dat het water ook daadwerkelijk buiten de buitengrenzen van het oppervlaktewaterlichaam wordt gebracht; ook wanneer het water nog binnen die grenzen blijft, maar door middel van een werk enige tijd niet vrijelijk in het oppervlaktewater beschikbaar is (bijvoorbeeld omdat het zich in een buis bevindt met daarin een warmtewisselaar of turbine), is reeds sprake van het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam.[14]

De regulering van bovenstaande handelingen kan bestaan uit ofwel een vergunningplicht, ofwel een meldplicht in combinatie met algemene regels. Hieronder wordt deze regulering nader uiteengezet per gereguleerde handeling.

2.1.1 Regulering van het gebruikmaken van een waterstaatswerk

Voor de hierboven beschreven vormen van gebruikmaken van een waterstaatswerk geldt in de binnenwateren in beginsel een vergunningplicht. Op de Noordzee geldt – voor zover hier relevant – een vergunningplicht voor het plaatsen van installaties, het neerleggen van kabels en leidingen, en voor bouwen (art. 6.13 Wtb).

12 Ook kan sprake zijn van lozen of van storten van stoffen als bedoeld in art. 6.1 Wtw. Dat zijn echter niet de meest kenmerkende handelingen van dergelijke projecten maar zijn hooguit annex daaraan. Daarnaast vloeien uit de regulering van deze annexe handelingen in de regel ook geen noemenswaardige beperkingen voort (met uitzondering wellicht van Blue Energy). Om deze redenen wordt de regulering van die annexe handelingen hier niet verder behandeld.

13 Voor zover die handelingen althans anders dan in overeenstemming met de functie van het waterstaatswerk plaatsvinden. In de Keur kan ook regulering zijn opgenomen voor het verrichten van andere werkzaamheden.

14 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3249, *AB* 2012/57, m.nt. Van Hall, r.o. 2.7.2.

Op de vergunningplicht voor het gebruikmaken van de binnenwateren bestaan de volgende (mogelijk) relevante uitzonderingen in het Waterbesluit (Wtb) en de Waterregeling (Wtr):
- het buiten de kanalen bouwen van bouwwerken kleiner dan 30 m^2 (art. 6.12 lid 2 onder a Wtb jo. art. 6.10 Wtr);
- het permanent afmeren van drijvende objecten buiten de stroomvoerende delen (art. 6.12 lid 2 onder e Wtb jo. art. 6.13 Wtr);
- het plaatsen van een in- of uitstroomvoorziening waarvan stroomsnelheid maximaal 0,3 m/s bedraagt (art. 6.12 lid 2 onder f Wtb jo. art. 6.11 lid 1 onder c Wtr);
- het plaatsen van kabels en leidingen die niet komen te liggen in/onder een kunstwerk, vaarweg of veiligheidszone van een waterkering, en die niet worden aangelegd door middel van een boring waarbij lagen met verschillende stijghoogtes worden doorkruist (art. 6.12 lid 2 onder f Wtb jo. art. 6.11 lid 1 onder j Wtr).

Het zal sterk afhangen van de technische uitvoering van de constructie die nodig is voor energieopwekking, of sprake is van een van deze uitzonderingen op de vergunningplicht. In sommige gevallen kunnen de gekozen bewoordingen in het Wtb ook vragen oproepen over de wijze van regulering. De geformuleerde uitzonderingen zijn niet duidelijk toegesneden op constructies ter opwekking van duurzame energie en er kan daardoor onduidelijkheid bestaan over de vraag of een vergunning vereist is. Bijvoorbeeld bij de aanleg van drijvende zonnepanelen in een oppervlaktewaterlichaam dat niet tot de stroomvoerende delen behoort, is de wetgeving niet zonneklaar over de vraag of een vergunning vereist is.

> Zonnepanelen zullen in de regel kwalificeren als een 'bouwwerk'.[15] Zij zijn immers in de regel – ook als ze drijven – op enigerlei wijze met de bodem of oever verbonden[16] (zodat ze niet wegdrijven, of beter nog: om ze zodanig te kunnen richten dat ze een maximale opbrengst genereren) en zijn bedoeld om ter plaatse duurzaam te functioneren. Daarbij is niet bepalend hoe die verbondenheid fysiek is vormgegeven, maar zijn de aard en hoedanigheid van het object en het gebruik dat ervan wordt gemaakt van belang, en is doorslaggevend of de zonnepanelen zijn bedoeld om ter plaatse als bouwwerk te functioneren.[17] Aangezien de gezamenlijke oppervlakte van te plaatsen zonnepanelen al snel meer dan 30 m^2 zal

15 Voor de vraag of sprake is van een 'bouwwerk' moet aansluiting worden gezocht bij de definitie van dat begrip zoals opgenomen in de modelbouwverordening: 'elke constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren'. Zie ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1331, *AB* 2014/234, m.nt. T.E.P.A. Lam, r.o. 5.1. Ook onder de Wtw geldt geen definitie voor 'bouwwerk', waardoor het ook hier logisch is om aan te sluiten bij deze lijn. Vgl. ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3383, *AB* 2019/131, m.nt. T.E.P.A. Lam.

16 Zelfs als zij eenvoudig kunnen worden losgemaakt en relatief eenvoudig te verplaatsen zijn, neemt dat niet weg dat ze – vóór dat losmaken – met de bodem/oever verbonden zijn.

17 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1331, r.o. 5.2.

beslaan, geldt daarmee niet de vrijstelling voor bouwwerken. De vrijstelling voor het permanent afmeren van drijvende objecten is echter lastiger. Waar de wetgever voor bouwwerken een bovengrens aan de vrijstelling heeft gesteld (30 m^2) en in de kanalen zelfs alle bouwwerken vergunningplichtig heeft gemaakt, is dat niet gebeurd voor drijvende objecten. Deze vrijstelling is oorspronkelijk bedoeld voor het afmeren van schepen in niet-stroomvoerend oppervlaktewater. Hoewel een schip in de regel groter is dan 30 m^2, hebben ook drijvende objecten in de regel een beperkt oppervlak. Strikt gelezen zijn echter alle drijvende objecten, ongeacht hun oppervlak, vrijgesteld van de vergunningplicht. Dat zou betekenen dat bijvoorbeeld het gehele IJsselmeer (geen stroomvoerend oppervlaktewater) vol gelegd zou kunnen worden met zonnepanelen zonder dat daarvoor een watervergunning vereist is. Dat is evident niet wat de wetgever beoogd heeft. Ergens zal dus een grens (moeten) bestaan aan de uitzondering op de vergunningplicht, maar onduidelijk is waar die precies ligt. Betoogd kan worden dat wanneer het niet meer gaat om schepen of andere soortgelijke objecten (duwbakken, vlotten, enz.) en deze een significante oppervlakte beslaan, deze vrijstelling niet van toepassing is. Het zou echter goed zijn als de wetgever duidelijk zou aangeven welke gevallen vergunningplichtig zijn, en welke niet.

Bij vergunningvrij gebruikmaken van een waterstaatswerk geldt wel een meldplicht (art. 6.14 lid 1 Wtr). Degene die een constructie maakt voor het opwekken van energie moet zich dan bovendien houden aan de algemene regels van artikel 6.15 Wtb en artikel 6.8 en 6.9 Wtr, op grond waarvan onder meer geen nadelige gevolgen mogen optreden voor het veilig en doelmatig gebruik van het oppervlaktewaterlichaam (bijvoorbeeld ten behoeve van de scheepvaart) of voor de ecologische toestand daarvan (bijvoorbeeld grootschalige schaduwwerping door zonnepanelen). Het bevoegd gezag kan naar aanleiding van een melding maatwerkvoorschriften stellen ten aanzien van onder meer de locatie van de te plaatsen constructie (art. 6.15 Wtr).

2.1.2 Regulering van het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam

Het onttrekken[18] van water aan een oppervlaktewaterlichaam is vergunningplichtig als het te onttrekken debiet groter is dan 100 m^3 water per uur en tevens de instroomsnelheid hoger ligt dan 0,3 m/s (art. 6.17 Wtb jo. art.6.16 lid 1 Wtr). Bij waterkrachtcentrales zal al snel sprake zijn van een vergunningplichtige situatie.[19] Een vergunning is tevens vereist bij debieten groter dan 100 m^3/u, als de onttrekking samenhangt met een vergunningplichtige lozing (art. 6.17 Wtb jo. art. 6.16 lid 1 Wtr).[20]

18 Ook het brengen van water in een oppervlaktewaterlichaam is gereguleerd. Dat wordt hier echter niet verder apart behandeld, omdat bij duurzame energieopwekking dit in de regel niet plaatsvindt zonder dat het water eerst onttrokken wordt en omdat bij het brengen van water in een oppervlaktewaterlichaam pas bij grotere debieten een vergunningplicht aan de orde is dan bij oppervlaktewateronttrekkingen.

19 Bij kleinschalige individuele turbines is dat wellicht anders.

20 Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als bij aquathermiesystemen middelen moeten worden toegevoegd om algengroei in de leidingen tegen te gaan, en (restanten van) deze middelen in het oppervlaktewater terechtkomen.

Bij vergunningvrij onttrekken geldt wel een meldplicht (art. 6.17 lid 1 Wtr). Degene die onttrekt, moet zich dan bovendien houden aan de algemene regels van artikel 6.18 Wtb, op grond waarvan onder meer geen nadelige gevolgen mogen optreden voor de ecologische toestand van het betreffende oppervlaktewaterlichaam. Het bevoegd gezag kan naar aanleiding van een melding maatwerkvoorschriften stellen ten aanzien van de locatie van de onttrekking, mits dat er niet toe leidt dat de onttrekking geen doorgang kan vinden (art. 6.17 lid 3 Wtr).

2.2 Beoordelingskader bevoegd gezag

2.2.1 Beoordelen van vergunningaanvragen

Op grond van artikel 6.21 Wtw dient een aanvraag geweigerd te worden als deze onverenigbaar is met de doelstellingen van die wet zoals opgenomen in artikel 2.1 Wtw (zie hieronder). Wel mag pas tot weigering worden overgegaan als het stellen van beperkende voorschriften onvoldoende is om vergunningverlening toch mogelijk te maken binnen deze doelstellingen.[21] Uit jurisprudentie volgt dat dit een limitatief toetsingskader is; vergunningaanvragen mogen niet om andere redenen geweigerd worden.[22] Evenmin mogen om andere redenen voorschriften aan de vergunning worden verbonden.[23]

De doelstellingen waaraan vergunningen worden getoetst zijn, in onderlinge samenhang:
- het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste;
- het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen; en
- het vervullen van maatschappelijke functies door watersystemen.

Bij projecten ter opwekking van duurzame energie op/uit water zullen meestal de laatste twee doelstellingen van de Wtw relevant zijn en de eerste niet. Met name zal het gaan om de effecten op de ecologische waterkwaliteit en op maatschappelijke functies als scheepvaart. Zo is bijvoorbeeld bekend dat waterkrachtcentrales negatieve effecten kunnen hebben op de vismigratie (onderdeel van de ecologische waterkwaliteit) indien geen maatregelen worden getroffen.[24] Het plaatsen van windparken kan negatieve invloed hebben op bijvoorbeeld het scheepvaartverkeer (een

21 H.J.M. Havekes, P.J. de Putter & W.J. Wensink (red.), *Wegwijzer van Waterwet naar Omgevingswet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2018, p. 377 en 379.

22 Zie onder meer ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:850 en ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:887.

23 ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3169, *M en R* 2019/112, m.nt. J.J.H. van Kempen.

24 ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353, *AB* 2018/39, m.nt. H.F.M.W. van Rijswick.

maatschappelijke functie van veel watersystemen).[25] Grote oppervlakten zonnepanelen op/boven het water zouden tot schaduwwerping kunnen leiden en daarmee negatieve gevolgen kunnen hebben voor de ecologische waterkwaliteit,[26] maar welke effecten precies in welke mate onaanvaardbaar zijn, is nog onbekend. Van de gevolgen van aquathermie op de ecologische waterkwaliteit is nog heel weinig bekend. De doelstellingen voor temperatuur liggen voor veel oppervlaktewaterlichamen binnen een specifieke bandbreedte waarbij een verhoging van slechts enkele graden Celsius al onacceptabel kan zijn. Anderzijds zouden ook juist *positieve* gevolgen kunnen optreden bij aquathermie, namelijk als warmte onttrokken wordt op plekken/momenten waar daarvan een overschot bestaat en waardoor de temperatuurdoelstelling reeds onder druk staat. Voor Blue Energy geldt dat er afhankelijk van de gekozen productiemethode negatieve effecten voor de ecologische waterkwaliteit kunnen ontstaan door het brengen van brak en/of warm water op het oppervlaktewater, en door het inzuigen in het systeem van vissen en andere organismen.[27]

De doelstellingen voor waterkwaliteit zijn verder uitgewerkt in normen op grond van artikel 2.10 Wtw. Deze normstelling, die krachtens de Wet milieubeheer geland is in het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water (Bkmw) 2009, implementeert de milieudoelstellingen van de Kaderrichtlijn Water[28] (KRW). Bij de vraag of een vergunningaanvraag verenigbaar is met de bescherming van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen, is dus mede bepalend wat de effecten zijn van het aangevraagde project op de KRW-doelstellingen.[29] Voor een project dat leidt tot achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam, of dat het tijdig bereiken van een goede oppervlaktewatertoestand in gevaar kan brengen, mag dan ook geen vergunning verleend worden (tenzij een uitzonderingsgrond van de KRW wordt toegestaan).[30] Naast deze verplichte toets aan de KRW-doelstellingen kunnen ook andere aspecten leiden tot het oordeel dat een project onverenigbaar is met de bescherming van de waterkwaliteit. Zo geldt voor de beoordeling van vergunningaanvragen voor waterkrachtcentrales in de rijkswateren een beleidsregel[31]

25 Zie bijvoorbeeld het Akkoord voor de Noordzee, waarin afspraken gemaakt zijn om de diverse functies van de Noordzee met elkaar te verenigen (waaronder scheepvaart en wind op zee): https://www.overlegorgaanfysiekeleefomgeving.nl/actuele+projecten/actuele+projecten+overzicht/noordzeeoverleg/documenten+noordzeeoverleg/default.aspx.

26 Veel organismen zijn afhankelijk van voldoende lichtinval.

27 Zie o.a. A. Cipollina & G. Micale (red.), *Sustainable Energy from Salinity Gradients*, Woodhead Publishing 2016, p. 316.

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

29 Zie voor een uiteenzetting van dit toetsingskader ook de annotatie van J.J.H. van Kempen bij Rb. Rotterdam 17 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2000, *M en R* 2017/73.

30 HvJ EU 1 juli 2015, C-461/13, ECLI:EU:C:2015:433, *AB* 2015/262, m.nt. H.F.M.W. van Rijswick.

31 Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren, *Stcrt.* 2014, 34276.

van Rijkswaterstaat (hierna: WKC-beleidsregel). Deze WKC-beleidsregel beoogt de bescherming van trekvissen als zalm en aal. Niet alle door de WKC-beleidsregel beschermde vissoorten zijn bepalend voor de waterkwaliteitsdoelstellingen van de KRW; zij maken echter wel alle deel uit van de ecologische waterkwaliteit en vormen daarmee onderdeel van het toetsingskader van de Wtw. Een toets aan de WKC-beleidsregel kan dus plaatsvinden naast een toets aan de KRW-doelstellingen.[32]

Kenmerkend voor de beoordeling van de effecten van duurzame energieopwekking op de doelstellingen van het waterbeheer, is vooral dat *onzeker* is wat die effecten precies zijn op de ecologische waterkwaliteit. Hiermee is vooral veel ervaring bij waterkrachtcentrales. Hierover oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat – wanneer niet kan worden uitgegaan van vaststaande gegevens maar van aannames gebruik moet worden gemaakt, met de daarbij behorende marges, en er onzekere factoren zijn die niet kunnen worden beïnvloed (zoals het moment waarop en de locatie waar vismigratie plaatsvindt) – bij de beoordeling van de aanvraag moet worden uitgegaan van een (realistisch) *worstcasescenario.*[33] Het hanteren van een dergelijk worst-case scenario leidt er al snel toe dat initiatieven geen doorgang kunnen vinden, althans niet op locaties waar de norm al (bijna) overschreden wordt. Dit geldt ook voor initiatieven die op zich veelbelovend lijken, maar waarvan de effecten nog niet zijn aangetoond. Vaak moeten die effecten door middel van experimenten 'in het veld' eerst worden vastgesteld. Problematisch is dat ook die experimenten vaak vergunningplichtig zijn en niet altijd vergund kunnen worden, op grond van precies hetzelfde toetsingskader. Voor bestaande waterkrachtcentrales biedt de WKC-beleidsregel ruimte om binnen strikte randvoorwaarden te experimenteren.[34] Voor nieuwe waterkrachtcentrales zal voor experimenten moeten worden uitgeweken naar locaties waar binnen de geldende normen nog voldoende ruimte is om ook bij *worstcase*-omstandigheden een waterkrachtcentrale te testen, of zullen tests bijvoorbeeld zeer kortdurend moeten zijn of buiten het vismigratieseizoen moeten plaatsvinden. Zo is op de Afsluitdijk een vergunning verleend voor een kortdurende test met getijdeturbines. Langduriger gebruik van getijdeturbines lijkt daarentegen vooral in de Grevelingendam kansrijk omdat daar – in tegenstelling tot de Afsluitdijk – geen sprake is van een essentiële vismigratieroute.

32 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3249, *AB* 2012/57, m.nt. Van Hall, r.o. 2.14.

33 ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353, *AB* 2018/39, m.nt. H.F.M.W. van Rijswick, r.o. 7.1. Zie voor een analyse waarom die benadering overigens niet consistent is met andere uitspraken binnen het omgevingsrecht: J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018', *M en R* 2018/81, p. 456. Zie ook punt 2 van de annotatie van J.J.H. van Kempen bij ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904, *M en R* 2017/144.

34 Zie art. 6 Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren, *Stcrt*. 2014, 34276. Op grond van dit artikel zijn inmiddels drie experimenten gestart, waarover ook diverse juridische procedures lopen: Rb. Oost-Brabant 2 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5362, ECLI:NL:RBOBR:2018:5363 en ECLI:NL:RBOBR:2018:5363, *AB* 2019/32 en *AB* 2019/33, beide m.nt. H.F.M.W. van Rijswick; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 december 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:5923. In al deze zaken loopt nog een hoger beroep ten tijde van het schrijven van dit hoofdstuk.

2.2.2 Beoordelen van meldingen

Bij het in ontvangst nemen van meldingen (verplicht wanneer geen vergunning is vereist, zie par. 2.1.1 en 2.1.2) moet het bevoegd gezag beoordelen of de gemelde activiteit in strijd komt met de daarvoor gestelde algemene regels. Indien de activiteit tot dusdanig nadelige gevolgen zou leiden voor het veilig en doelmatig gebruik van het oppervlaktewaterlichaam of voor de ecologische toestand daarvan, dat de activiteit daarmee onverenigbaar is, dan kan het bevoegd gezag aangeven dat het toch uitvoeren van de activiteit in strijd is met die algemene regels en dat handhavend kan worden opgetreden.

In wezen verricht het bevoegd gezag in dit geval dus eenzelfde toets als bij het beoordelen van een vergunningaanvraag. Er zijn echter twee belangrijke verschillen. Ten eerste beschikt het bevoegd gezag over minder mogelijkheden om beperkende voorschriften te stellen (maatwerkvoorschriften in plaats van vergunningvoorschriften), namelijk nagenoeg enkel ten aanzien van de locatie waar de activiteit verricht kan worden, waardoor het dus eerder nodig kan zijn om de activiteit te 'verbieden'.[35] Ten tweede – en belangrijker – heeft het bevoegd gezag praktisch gezien veel minder tijd om de beoordeling uit te voeren. De melder mag immers vier weken na het doen van de melding beginnen met de activiteit (art. 6.14 lid 1 en art. 6.17 lid 1 Wtr). Bij een vergunningaanvraag dient het bevoegd gezag in beginsel binnen acht weken te beslissen.[36] Hoewel de mededeling dat gehandeld wordt in strijd met de algemene regels van het Wtb uiteraard ook gedaan kan worden nadat de uitvoering van de meldingsplichtige handeling al gestart is, kunnen negatieve effecten dan al wel zijn ingetreden. Bovendien is deze situatie ook voor de melder onwenselijk, omdat deze in onzekerheid blijft verkeren over de vraag of zijn al gestarte activiteit niet plots stilgelegd wordt, waar een vergunning juist een duidelijke *license to operate* vormt en zodoende investeringsbeslissingen makkelijker kan maken.

De in paragraaf 2.2.1 genoemde onzekerheid over de effecten van projecten voor duurzame energieopwekking, maakt dat deze activiteiten eigenlijk ongeschikt zijn om door middel van algemene regels te reguleren. De noodzakelijke beoordeling kan vooralsnog[37] in de regel niet binnen vier weken worden verricht en de gestelde algemene regels bieden onvoldoende duidelijkheid over welke maatregelen getroffen moeten worden ter bescherming van de doelstellingen van de Wtw.

2.2.3 Het beoordelen van andere handelingen

Hierboven is aangegeven dat het beoordelingskader voor vergunningverlening (en het stellen van maatwerkvoorschriften) strikt is voorgeschreven door de wetgeving;

35 Strikt genomen verbiedt het bevoegd gezag de activiteit niet, maar maakt het duidelijk dat de regelgever de activiteit verboden heeft door middel van het stellen van algemene regels.

36 Hiervoor geldt de reguliere voorbereidingsprocedure van afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht.

37 Totdat er meer kennis is over effecten die in het algemeen zullen optreden bij dergelijke projecten.

andere belangen kunnen daarbij niet worden betrokken. Dat geldt daarmee ook voor andere projecten dan die voor de opwekking van duurzame energie.

Dergelijke projecten kunnen echter wel belemmerend werken op de mogelijkheden om duurzame energie op te wekken, bijvoorbeeld omdat ze de ruimte bezetten waar duurzaam energie opgewekt zou kunnen worden. Het beoordelingskader van de Wtw biedt slechts beperkt mogelijkheden om hiermee rekening te houden. Een aanvraag voor bijvoorbeeld een ander soort bouwwerk kan niet zomaar geweigerd worden omdat die een andere verwachte aanvraag, voor duurzame energieopwekking in de weg zit. Dat zou alleen kunnen als de opwekking van duurzame energie een maatschappelijke functie van het betreffende watersysteem is (de derde doelstelling van art. 2.1 Wtw is immers de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen). Wanneer in het betreffende water-/beheerplan de functie duurzame energieopwekking is toegekend aan een (deel van een) oppervlaktewaterlichaam, dan zou een aanvraag voor een andere handeling ter plekke geweigerd kunnen worden, als aangetoond wordt dat die andere handeling onverenigbaar is met de vervulling van die maatschappelijke functie. Of hiermee ook een aanvraag voor een energieproject met weinig potentieel (bijvoorbeeld vanwege de kleine schaal) geweigerd kan worden, lijkt twijfelachtig.

Het gebruikmaken van deze weigeringsgrond om geplande projecten voor de opwekking van duurzame energie 'veilig te stellen', vergt wel dat op voorhand goed wordt nagedacht of en waar deze functie aan oppervlaktewaterlichamen wordt toegekend.

3 Weging van belangen: artikel 4 lid 7 KRW

In paragraaf 2.2.1 is aangegeven dat toestemming voor een project geweigerd moet worden indien dat project zou leiden tot strijd met de KRW-doelstellingen. Daarbij is ook aangegeven dat toestemming niet onthouden hoeft te worden indien een uitzonderingsgrond van de KRW wordt toegestaan. De KRW biedt in artikel 4 lid 7[38] een relevante uitzonderingsmogelijkheid voor nieuwe projecten die veranderingen aanbrengen in de fysische kenmerken van een oppervlaktewaterlichaam.

Een dergelijk project mag leiden tot achteruitgang van de toestand of tot het niet tijdig bereiken van een goede toestand, wanneer dat project een hoger of nuttiger[39] belang dient dan het waterkwaliteitsbelang, er geen alternatieven voor het project zijn,[40] en alle haalbare stappen worden ondernomen om negatieve effecten van die activiteiten zo klein mogelijk te maken. Wil een project doorgang kunnen vinden met een beroep op artikel 4 lid 7 KRW, dan dient het bestuursorgaan dat het project beoordeelt, een toets uit te voeren aan de criteria van dat artikellid. Alleen als aan al

38 In Nederland geïmplementeerd in art. 2 lid 5 en art. 3 lid 2 Bkmw 2009.

39 Nuttiger voor de gezondheid van de mens, de handhaving van de veiligheid van de mens of duurzame ontwikkeling.

40 Vanwege technische haalbaarheid of onevenredig hoge kosten van die alternatieven.

die criteria is voldaan, kan terecht een beroep op deze uitzonderingsbepaling gedaan worden. Vervolgens moeten het stroomgebiedbeheerplan en het betreffende water-/beheerplan[41] worden aangepast door daarin het beroep op deze uitzonderingsgrond te motiveren.[42]

Deze uitzonderingsgrond lijkt zeker mogelijkheden te bieden voor projecten voor het opwekken van duurzame energie. Bij dergelijke projecten zal immers bij uitstek aan de orde kunnen zijn dat sprake is van een hoger openbaar belang als bedoeld in artikel 4 lid 7 KRW. In dit licht overwoog het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds[43] dat hierbij meespeelt dat 'het energiebeleid van de Unie (…) erop gericht is (…) de ontwikkeling van nieuwe, duurzame energiebronnen te stimuleren' (r.o. 72) en dat 'de bevordering van hernieuwbare energiebronnen (…) het mogelijk kan maken om sneller de doelstellingen te bereiken van het Protocol van Kyoto' (r.o. 73). Zo kan bijvoorbeeld de bouw van een waterkrachtcentrale daadwerkelijk een hoger belang dienen (r.o. 69).

Uiteraard kan dit niet in algemene zin voor alle projecten voor duurzame energieopwekking gezegd worden; per project zal moeten worden onderbouwd dat het daadwerkelijk van hoger openbaar belang is. Daarbij geldt dat 'de lidstaten een bepaalde beoordelingsruimte [moet] worden gelaten' (r.o. 70)[44] bij het maken van een expliciete afweging tussen de verwachte voordelen van de waterkrachtcentrale en de negatieve gevolgen voor het oppervlaktewaterlichaam. Van belang hierbij is dat 'niet louter in abstracto het hogere openbaar belang [wordt] ingeroepen dat verband houdt met de productie van energie via hernieuwbare energiebronnen', maar men zich baseert op 'een gedetailleerde en concrete wetenschappelijke analyse van [het] project' (r.o. 80). Daarnaast moet uiteraard nog beoordeeld worden of er voor het project alternatieven bestaan en of alle haalbare stappen worden ondernomen om de negatieve effecten van het project op de toestand van het oppervlaktewaterlichaam tegen te gaan.[45]

Toepassing van deze uitzondering is dus niet eenvoudig,[46] maar voor projecten voor duurzame energieopwekking wel meer binnen handbereik dan voor een willekeurig

41 Op grond van art. 2 lid 5 onder c en art. 3 lid 2 onder c Bkmw 2009.

42 Een dergelijke motivering kan ook op voorhand in het plan worden opgenomen, indien bij het opstellen van het plan al bekend is dat het project zal plaatsvinden.

43 HvJ EU 4 mei 2016, C-346/14, ECLI:EU:C:2016:322. Zie voor een nadere bespreking van dit arrest J.J.H. van Kempen & H.E. Woldendorp, 'Waterkwaliteit versus duurzaamheid. Een bespreking van een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de toepassing van art. 4, lid 7, van de Kaderrichtlijn Water als uitzondering op het achteruitgangsverbod (zaak C-346/14)', *TOO* 2016, nr. 3, p. 390-398.

44 De KRW is immers een kaderrichtlijn die zorgt voor de coördinatie, integratie en ontwikkeling van algemene beginselen en structuren, zonder evenwel volledige harmonisatie te beogen, aldus het Hof (eveneens r.o. 70).

45 Bij een waterkrachtcentrale kunnen stappen worden ondernomen die bijvoorbeeld onder meer bestaan uit het plaatsen van een vistrap.

46 Door de Europese waterdirecteuren is binnen de 'Common Implementation Strategy' van de KRW een 'Guidance Document' vastgesteld waarin de lidstaten, de Commissie

ander project. Zeker een grootschalig project dat is opgenomen binnen de strategie om aan de CO_2-reductiedoelstellingen te voldoen, kan kansrijk zijn.[47] Dan moet echter wel op voorhand een strategie worden uitgewerkt om aan de vereisten van artikel 4 lid 7 KRW te kunnen voldoen. Publieke participatie zal tijdig moeten worden vormgegeven om te bepalen of sprake is van een hoger openbaar belang,[48] of er alternatieven zijn, mitigerende maatregelen, enzovoort.

Dit alles zal bovendien gemotiveerd moeten worden in het betreffende water-/beheerplan. Om tijd te besparen kan dat ook op voorhand gedaan worden, in plaats van pas bij het aanvragen van de vergunning. Het vereiste van motivering in het water-/beheerplan vergt bovendien de medewerking van de waterbeheerder.[49] De vergunningaanvrager heeft geen 'recht' op gebruikmaking van deze uitzonderingsmogelijkheid; dat is een beleidsbeslissing van de waterbeheerder. Tijdig overleg met de waterbeheerder en inpassing van het initiatief in diens duurzaamheidsstrategie, is dus noodzakelijk.

4 Conclusies en aanbevelingen

Op basis van het voorgaande kunnen enkele knelpunten in het juridische systeem onderscheiden worden, die een soepele ontsluiting van het energiepotentieel op/uit het water in de aanloop naar 2030 in de weg staan. Deze knelpunten hebben enerzijds betrekking op de mogelijkheden om een project voor duurzame energieopwekking doorgang te laten vinden binnen het juridische kader en waar mogelijk ook binnen de doelstellingen van het waterbeheer. Anderzijds hebben die betrekking op de mogelijkheden voor de overheid om effectief te sturen op de activiteiten binnen het areaal zodanig dat het fysiek aanwezige potentieel aan hernieuwbare energie ook zo veel mogelijk benut kan worden. Naast deze knelpunten biedt het beschreven juridische kader ook kansen voor de energietransitie. Deze knelpunten en kansen worden hieronder besproken en waar mogelijk worden aanbevelingen gedaan om de knelpunten weg te nemen om de energietransitie op en in het water richting 2030 mogelijk te maken. Het hoofdstuk sluit af met enkele conclusies.

---

en andere partijen aangeven hoe omgegaan moet worden met deze uitzonderingsmogelijkheid: Guidance Document No. 36. Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7), te vinden op https://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/facts_figures/guidance_docs_en.htm.

47 Bij kleinschaliger, individuele projecten, zal dat minder snel het geval zijn, omdat de opbrengst daarvan gering is en de afweging tussen die geringe opbrengst en het bredere waterkwaliteitsbelang niet snel in het voordeel van het project zal uitvallen. Bovendien zullen voor kleinschalige projecten eerder alternatieven bestaan dan voor grootschalige projecten.

48 Zie Guidance Document No. 36 (voetnoot 46), p. 59.

49 Niet per se hetzelfde bestuursorgaan als het bevoegd gezag. Een vergunningaanvraag kan bijvoorbeeld behandeld worden door het waterschap, terwijl een beroep op art. 4 lid 7 KRW gedaan moet worden in het regionale waterplan (door de provincie dus).

4.1 Knelpunten en kansen voor projecten

Een eerste knelpunt is dat vanwege de onzekerheid omtrent de effecten van projecten voor duurzame energieopwekking op de ecologische waterkwaliteit, initiatieven maar moeilijk doorgang kunnen vinden omdat een realistisch *worstcasescenario* moet worden gehanteerd. Het verdient aanbeveling zo snel mogelijk deze onzekerheid weg te nemen. Dit kan door te investeren in onderzoek naar de effecten van duurzame energieopwekking op de ecologische waterkwaliteit. Ook waterbeheerders kunnen hierbij ondersteunen. Vaak zijn echter experimenten nodig om de daadwerkelijke effecten aan te tonen (onder meer voor waterkracht en Blue Energy geldt dat negatieve ecologische effecten vaak pas bij een grotere proefopstelling goed aan het licht komen). Die experimenten zijn echter slechts op enkele locaties mogelijk, namelijk daar waar ook grotere negatieve effecten aanvaardbaar zijn of waar die effecten gemitigeerd kunnen worden. Wat dit betreft verdient het aanbeveling dat waterbeheerders proactief op zoek gaan naar geschikte locaties voor experimenten en de betreffende locaties openbaar maken. Dit voorkomt 'kansloze' aanvragen waarin veel energie gestoken moet worden door zowel initiatiefnemers als bevoegde gezagen.

Vanuit het oogpunt van een soepele en tijdige energietransitie is het wenselijk dat experimenteerprojecten vervolgens kunnen worden opgeschaald wanneer uit monitoringsresultaten blijkt dat de negatieve effecten op de ecologische waterkwaliteit niet onverenigbaar zijn met het toetsingskader van de Waterwet. Het verdient daarom aanbeveling dat waterbeheerders *eveneens* in beeld brengen waar er binnen hun areaal ruimte is voor meer grootschalige duurzame energieproductie op/uit water, zodat de vergunningverlening bij positieve monitoringresultaten snel op gang kan komen. Inspiratie kan worden gevonden in het door Marine Scotland (de Schotse evenknie van Rijkswaterstaat) ontwikkelde beleid van *phased deployment*. Dit beleid houdt in dat een duurzaam energieproject op kleine schaal begint, en dat opschaling afhankelijk wordt gesteld van gefaseerde toestemmingverlening, op basis van vooraf bepaalde criteria. Het getijdenenergieproject in de Schotse zeestraat Pentland Firth is een voorbeeld van een project waarin dit beleid wordt toegepast. Terwijl de reeds verleende vergunning toestemming geeft voor 61 getijdenturbines, zullen de turbines in fases worden geïnstalleerd, waarbij de eerste fase is beperkt tot zes turbines. Monitoring van de ecologische effecten is verplicht gesteld met als doel informatie te verzamelen voor de toestemmingverlening van de opvolgende fases van het project. Het doel is dat deze fases alleen worden toegestaan wanneer er voldoende wetenschappelijk bewijs bestaat dat de negatieve ecologische effecten binnen de gestelde grenzen zullen blijven.[50] Hoewel gefaseerde toestemmingverlening een geschikte manier is voor het omgaan met onzekerheden rondom ecologische effecten

50 Marine Scotland, MeyGen Decision, Decision Letter and Conditions, p. 25, www2.gov.scot/Topics/marine/Licensing/marine/scoping/MeyGen/DecisionLetter; Marine Scotland, MeyGen Decision – Appropriate Assessment, p. 77, www2.gov.scot/Topics/marine/Licensing/marine/scoping/MeyGen/AppropriateAssessment.

van duurzame energieprojecten,[51] is een nadeel dat het beleid het risico meedraagt de energietransitie op en in het water richting 2030 te vertragen (er moet immers steeds worden gewacht tot onzekerheid is weggenomen, voordat opschaling van een project mogelijk is). Het toepassen van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 4 lid 7 KRW biedt mogelijk een ontsnapping aan de noodzaak onzekerheid weg te nemen dan wel aan het moeten toepassen van een realistisch *worstcasescenario.*

Een tweede knelpunt is dat niet in alle gevallen duidelijk is of voor een project een watervergunning vereist is. Deze onzekerheid is niet bevorderlijk voor de doorgang van duurzame energieprojecten. Het verdient aanbeveling deze onzekerheid weg te nemen door de wetgeving te verduidelijken. Daar waar een keuzemogelijkheid bestaat tussen een vergunningplicht en algemene regels (zie par. 2.1.1), verdient het aanbeveling alleen te kiezen voor algemene regels als de gevolgen van een type project op voorhand duidelijk te voorspellen zijn en daarmee ook de algemene regels die borgen dat die gevolgen niet onverenigbaar zijn met de doelstellingen van het waterbeheer.[52] Ook om deze reden verdient het aanbeveling zo snel mogelijk duidelijkheid te krijgen over de daadwerkelijke effecten van dergelijke projecten. Aangezien in veel gevallen de effecten op de ecologische waterkwaliteit onvoldoende duidelijk zijn, zal dus bij de huidige kennis omtrent effecten zelden een regulering door middel van algemene regels wenselijk zijn.

Geen knelpunt maar een kans voor de opwekking van duurzame energie op/uit water, is de mogelijkheid om ook in gevallen waarin de doelstellingen voor de ecologische waterkwaliteit in het gedrang komen, toestemming te geven aan een project met een beroep op artikel 4 lid 7 KRW. Dan moet echter wel op voorhand een strategie zijn uitgewerkt om aan de vereisten van dat artikellid te kunnen voldoen. De waterbeheerder speelt daarbij een belangrijke rol. Deze zal ten eerste de beleidskeuze moeten maken of in bepaalde gevallen de ecologische waterkwaliteit moet wijken voor de energietransitie. Als deze keuze uitvalt ten gunste van de energietransitie, moet geïnventariseerd worden welke projecten van hoger openbaar belang zijn en waarvoor geen alternatieven bestaan. Hiertoe dienen zij tijdig – via de water-/beheerplannen – de vereiste publieke participatie te faciliteren.

4.2 Knelpunten en kansen in de sturing

Het beoordelingskader van de Wtw biedt slechts beperkt mogelijkheden om voorrang te geven aan projecten voor duurzame energieopwekking boven andere activiteiten. Daarmee bestaat het risico dat die andere activiteiten schaarse ruimte innemen die

51 Voor een verdere beschouwing van hoe om kan worden gegaan met onzekerheid binnen watergerelateerde duurzame energieprojecten, zie: S.R.W. van Hees, 'Large-scale Water-related Innovative Renewable Energy Projects and the Water Framework Directive – Legal Issues and Solutions', *Journal for European Environmental and Planning Law* 14, 2017, nr. 3-4, par. 5.1 (Dealing with uncertainty).

52 De negatieve gevolgen voor zowel het bevoegd gezag als de initiatiefnemer zijn beschreven in par. 2.2.2.

vervolgens niet meer beschikbaar is voor de energietransitie. Het in deze zin langs publiekrechtelijke weg sturen op projecten die wenselijk zijn voor de energietransitie zou binnen de geldende wetgeving alleen kunnen als de opwekking van duurzame energie een maatschappelijke functie van het betreffende watersysteem is. Het verdient dan ook aanbeveling dat waterbeheerders die willen meewerken aan de energietransitie in hun water-/beheerplan de functie duurzame energieopwekking toekennen aan (delen van) oppervlaktewaterlichamen. In dat geval zou een aanvraag voor een andere handeling ter plekke geweigerd kunnen worden, als aangetoond wordt dat die andere handeling onverenigbaar is met de vervulling van die maatschappelijke functie. Dit vergt wel dat op voorhand goed wordt nagedacht of en waar deze functie aan oppervlaktewaterlichamen wordt toegekend.

4.3 Conclusies

Het beschreven juridische kader bevat enkele knelpunten voor een soepel verloop van de energietransitie op en in het water. Hoewel het aanbeveling verdient dat de wetgever bestaande onduidelijkheden wegneemt met betrekking tot de vraag in welke gevallen een vergunningplicht geldt, is het goede nieuws echter dat het bestaande kader ook kansen biedt en dat enkele van de knelpunten ook zonder aanpassing van regelgeving aangepakt kunnen worden. Waterbeheerders spelen daarbij een belangrijke rol.

Waterbeheerders die door de inzet van hun areaal willen bijdragen aan de energietransitie kunnen op kaart aangeven waar de gevolgen van (experimenten voor) duurzame energieopwekking acceptabel zijn voor de ecologische waterkwaliteit en voor maatschappelijke functies als scheepvaart. Vervolgens kunnen ze aan deze gebieden de functie ‘duurzame energieopwekking’ toekennen in hun water-/beheerplan. Daarmee kunnen ze dat areaal vrijwaren van andere initiatieven die de schaarse ruimte opsouperen.

Waterbeheerders kunnen daarnaast investeren in onderzoek naar de effecten van duurzame energieopwekking op de ecologische waterkwaliteit. Het verdient ten slotte aanbeveling dat ze een beleidskeuze maken of in bepaalde gevallen de ecologische waterkwaliteit moet wijken voor de energietransitie. Als dat inderdaad zo is, kunnen ze inventariseren welke projecten van hoger openbaar belang zijn en waarvoor geen alternatieven bestaan binnen de noodzakelijke energietransitie. Hiertoe dienen zij tijdig – via de water-/beheerplannen – de vereiste publieke participatie te faciliteren.

Om te zorgen dat waterbeheerders echt aan zet kunnen zijn, is het echter in de eerste plaats aan de Rijksoverheid om duidelijkheid te bieden over de gewenste rol van waterbeheerders in de energietransitie. Op dit moment worden watergerelateerde energieprojecten niet specifiek genoemd in het Klimaatakkoord en in het Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan 2021-2030 (met uitzondering van wind op zee). Deze projecten maken daarom ook geen onderdeel uit van de Regionale Energiestrategieën

(RES).[53] Gezien de potentie (zie de inleiding bij dit hoofdstuk) van energieopwekking op/uit water en de bijdrage die deze vorm van energieproductie kan leveren aan de energietransitie, strekt het tot de aanbeveling dat de Rijksoverheid een standpunt inneemt op dit punt. Door vast te leggen in het nationale klimaatbeleid welke rol de Rijksoverheid ziet voor energieopwekking op/uit water, kan een helder signaal worden afgegeven aan de waterbeheerders dat zij op zoek moeten gaan naar beschikbaar areaal. Daarnaast kan in het nationale klimaatbeleid aan de waterbeheerders een rol in de energietransitie worden toegekend, waardoor het voor hen logischer wordt om (in de gevallen waarin dat mogelijk is) de stap te zetten naar het toekennen van de functie 'duurzame energieopwekking' aan een waterlichaam, en om in bepaalde gevallen de belangenafweging te maken dat de ecologische waterkwaliteit moet wijken voor de energietransitie.[54]

53 Dit betekent overigens niet dat deze energiebronnen niet opgenomen *mogen* worden in de RES. Volgens de Handreiking RES staat het elke regio vrij om de RES naar eigen inzicht te 'verbreden', zie Nationaal Programma RES, Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, 2019, p. 16-17.

54 Voor een verdere beschouwing van hoe nationaal klimaatbeleid waterbeheerders kan ondersteunen in hun bijdrage aan de energietransitie, zie: S.R.W. van Hees, 'Large-scale Water-related Innovative Renewable Energy Projects and the Water Framework Directive – Legal Issues and Solutions', *Journal for European Environmental and Planning Law* 14, 2017, nr. 3-4, par. 5.2 (Towards better integration).

10 Crisis- en herstelwet: een proeftuin voor de energietransitie

Aart Jan van der Ven en Raf Vermolen[1]

Samenvatting

Voor het behalen van de klimaatdoelstellingen van de EU en Nederland zullen buitengewone stappen nodig zijn; stappen die niet altijd passen binnen de normaal geldende regels. De Crisis- en herstelwet biedt de ruimte om te experimenteren met het afwijken van regels. Daarmee vormt deze wet in potentie een nuttig middel om de energietransitie aan te jagen. In deze bijdrage gaan wij aan de hand van vier voorbeelden in op de vraag hoe experimenten met regelgeving kunnen bijdragen aan de energietransitie en daarmee aan het behalen van de klimaatdoelen.[2]

1 Inleiding

De overgang naar een duurzame energievoorziening is een grote opgave. Een opgave waarbij bestaande regels soms meer vijand dan vriend en meer hindernis dan handvat zijn. De Crisis- en herstelwet (Chw) biedt hier een uitkomst, doordat deze wet het in bepaalde gevallen mogelijk maakt om bij wijze van experiment af te wijken van bepaalde knellende regels.

Sinds de inwerkingtreding in 2010 heeft de Chw een ontwikkeling doorgemaakt. Was de wet oorspronkelijk bedoeld om de economie uit het slop te trekken, inmiddels functioneert deze wet als proeftuin voor nieuwe regels op het gebied van het omgevingsrecht, anticiperend op de Omgevingswet.

De afgelopen jaren is door heel het land geëxperimenteerd met de mogelijkheden die de Chw biedt, ook in projecten die (mede) tot doel hebben de energietransitie te faciliteren. Door de vorig jaar in werking getreden wijzigingswet, die bekend staat als de Transitiewet, is de nadruk nog meer komen te liggen op experimenten die de energietransitie kunnen faciliteren. Het gaat dan om regels die ten doel hebben de productie van duurzame energie aan te zwengelen en om het energieverbruik te verminderen.

---

1 Aart Jan van der Ven is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en Raf Vermolen is bestuurlijk-juridisch adviseur bij het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

2 Zie voor een overzicht van de klimaatdoelstellingen van de EU en van Nederland voor de periodes tot 2020, 2030 en voor 2050, de bijdrage van Sanne Akerboom en Chris Backes 'Klimaatbeleid in Europa en Nederland: een overzicht van doelen en voortgang' (hoofdstuk 3) in deze bundel.

Door deze experimenten hebben overheden en ontwikkelaars veel juridische kennis en praktische ervaring opgedaan over knelpunten in de huidige wet- en regelgeving en de oplossingen die nodig zijn om de energietransitie toch verder te helpen.

Met de Omgevingswet voor de deur is het tijd om de balans op te maken. Wat werkt en wat niet? Welke lessen kunnen we trekken uit de inmiddels gevormde jurisprudentie? Welke kansen worden nog onvoldoende benut? En op welke wijze faciliteert de experimenteerregeling van de Omgevingswet straks de energietransitie?

In deze bijdrage nemen wij vier typen experimenten onder de loep, met als onderzoeksvraag: welke lessen zijn te trekken uit de vraag op welke wijze experimenten met regelgeving kunnen bijdragen aan de energietransitie? In paragraaf 2 bespreken wij eerst kort de achtergrond van de Chw en de interessante ontwikkeling die deze wet heeft doorgemaakt in de afgelopen tien jaar. Vervolgens komen in de paragrafen 3 tot en met 6 de vier experimenten aan de orde. In paragraaf 7 geven wij een doorkijkje naar de experimenteerregeling van de Omgevingswet, die wij vergelijken met die van de Chw. In paragraaf 8 trekken wij tot slot enkele conclusies in antwoord op onze onderzoeksvraag.

Voor de volledigheid merken wij op dat we ons ervan bewust zijn dat er ook een keerzijde zit aan experimenteren met regelgeving. Experimenteren kan ten koste gaan van rechtens te beschermen belangen, zoals rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Daarnaast staat buiten twijfel dat een experiment niet zo vaak moet worden toegepast dat het meer regel dan uitzondering is; in dat geval is het zuiverder de regel aan te passen. Toch zullen wij in deze bijdrage niet uitvoerig stilstaan bij de bezwaren die tegen experimenteren pleiten. Zoals ook uit de vraagstelling blijkt, concentreren wij op ons de rol die het experiment kan spelen bij het ondersteunen van de energietransitie. Bij het aanwijzen en uitvoeren van experimenten zal er vanzelfsprekend altijd aandacht moeten zijn voor (het mitigeren/compenseren van) de negatieve effecten.

2 Achtergrond en ontwikkeling Chw

Op 31 maart 2010 trad de Chw in werking. Doel van de wet was om de financiële en economische crisis het hoofd te bieden door procedures te verkorten, projecten te versnellen en experimenten mogelijk te maken. Uit voortgangsrapportages en evaluaties bleek al snel dat de wet een positieve impuls gaf aan projecten en een bijdrage leverde aan de versnelling van de procedure bij de bestuursrechter.[3]

3 Zie o.a. Ministerie IenM, *Praktijkervaringen Crisis- en herstelwet: Voortgangsrapportage 2012-2013*, juli 2013 en A.T. Marseille, B.W.N. de Waard e.a., *Crisis- en herstelwet: Tweede evaluatie procesrechtelijke bepalingen*, WODC 2014.

Het succes van de Chw vormde voor de wetgever reden om van de wet – die in eerste instantie een tijdelijk karakter had – een blijvertje te maken.[4] In april 2013 is de einddatum uit de wet geschrapt en daarna nam het gebruik van de wet structureel toe.[5] Van koudwatervrees was geen sprake meer; experimenteren werd *mainstream*.

Doordat Nederland langzaam uit het economische dal krabbelde, verdween het belang van het tegengaan van de financiële crisis naar de achtergrond. De vraag naar experimenteerruimte is echter blijven bestaan en zelfs gegroeid. Dit volgt ook uit het regeerakkoord van het huidige kabinet, dat benadrukt dat er meer ruimte moet worden geboden aan duurzame ontwikkeling in de fysieke leefomgeving.[6]

Dit is onderkend door de wetgever en heeft geleid tot de Transitiewet, die medio 2019 in werking trad.[7] Met deze wijziging van de Chw is onder meer beoogd duurzame ontwikkeling te faciliteren, zoals het verduurzamen van energiegebruik, en de overgang naar de Omgevingswet te versoepelen.

Daartoe heeft de wetgever de experimenteerruimte uit de Chw vergroot. Voorheen moest elk experiment voldoen aan drie voorwaarden: (1) het experiment draagt bij aan duurzaamheid, (2) aan innovatie en (3) aan de bestrijding van de economische crisis. Sinds de inwerkingtreding van de Transitiewet geldt als voorwaarde dat het experiment bijdraagt aan duurzame ontwikkeling en aan hetzij innovatieve ontwikkeling hetzij het versterken van de economische structuur.[8] Ook kunnen experimenten nu eenvoudiger worden aangewezen, namelijk bij ministeriële regeling (Regeling uitvoering Chw) in plaats van bij AMvB (Besluit uitvoering Chw).

Uit het voorgaande blijkt dat met de jaren het accent van de Chw is verschoven van crisiswet naar proeftuin, vooruitlopend op de Omgevingswet.[9] Op het moment van schrijven van deze bijdrage zijn er circa 400 experimenten (zogenoemde 'bijzondere voorzieningen') aangewezen, verdeeld over 21 tranches van het Besluit uitvoering Chw en zes tranches van de Regeling uitvoering Chw. Een deel daarvan heeft als doel de energietransitie te faciliteren. Hierna gaan wij in op een viertal van dit soort experimenten.

4 E.C.M. Schippers, A.J. van der Ven e.a., 'De Crisis- en herstelwet (deel I): een blijvertje!', *Gst.* 2013/55 en E.C.M. Schippers, A.J. van der Ven e.a., 'De Crisis- en herstelwet (deel II): een blijvertje!', *Gst.* 2013/65, p. 63-71.

5 Wet van 28 maart 2013 tot wijziging van de Crisis- en herstelwet en diverse andere wetten in verband met het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het aanbrengen van enkele verbeteringen op het terrein van het omgevingsrecht, *Stb.* 2013, 144. Zie ook *Stb.* 2013, 145.

6 Regeerakkoord 2017-2021, 'Vertrouwen in de toekomst'.

7 Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van de Crisis- en herstelwet in verband met het versnellen van woningbouw en het faciliteren van duurzame ontwikkeling, zoals het verduurzamen van het energieverbruik, *Stb.* 2019, 216.

8 Art. 2.4 lid 2 Chw.

9 A. de Snoo, 'Never waste a good Crisis- en herstelwet', *VGR* 2018/5.

Overigens merken wij op dat de ministeries van IenW respectievelijk BZK sinds de inwerkingtreding van de Chw de Tweede Kamer jaarlijks hebben gerapporteerd over de uitvoering van deze wet en dat in de literatuur ook al de nodige artikelen zijn verschenen waarin de experimenten uit de Chw uitgebreid aan bod komen.[10] Wij zullen dit werk niet dunnetjes overdoen. Wij nemen in de navolgende vier paragrafen vier typen experimenten onder de loep om lessen te trekken uit de vraag op welke wijze experimenten met regelgeving kunnen bijdragen aan de energietransitie.

3 Experiment I: Afwijkende duur voorlopige bestemming wind- en zonneparken

Op grond van artikel 3.2 Wro kan de planwetgever bij een bestemmingsplan voorlopige bestemmingen aanwijzen. Hiermee kan een tijdelijk gebruik mogelijk worden gemaakt voorafgaand aan de verwezenlijking van de definitieve bestemming. Denk bijvoorbeeld aan tijdelijke huisvesting voor studenten in een gebouw dat wacht op herontwikkeling.

Deze mogelijkheid biedt ook een uitkomst bij de realisatie van wind- en zonneparken. Wanneer aan gronden de voorlopige bestemming windenergie is toegekend, kan de planwetgever na afloop van die termijn een nieuwe afweging maken en ervoor kiezen slechts ruimte te bieden voor nieuwe turbines of voor efficiëntere vormen van duurzame energieopwekking. Hiermee wordt voorkomen dat verouderde turbines blijven staan.

Een belangrijk nadeel is dat een voorlopige bestemming op grond van de Wro voor ten hoogste vijf jaar kan gelden. Een dergelijke termijn geeft een ontwikkelaar weinig zekerheid dat hij een investering in een wind- of zonnepark kan terugverdienen. Daarmee heeft deze wettelijke termijn een afschrikwekkend effect op potentiële investeerders, terwijl wind- en zonneparken hard nodig zijn om de energietransitie te kunnen realiseren.

Om die reden experimenteren een aantal planwetgevers over de band van de Chw met een voorlopige bestemming van tussen de 25 en 30 jaar, wat aansluit bij de economische levensduur van een windturbine en zonnepaneel. Hierdoor behoudt de planwetgever mogelijkheden om tijdig over te schakelen op duurzamere alternatieven, maar ontstaat voor de ontwikkelaar meer zekerheid dat de investering economisch rendabel zal zijn.

10 Wij noemen in het bijzonder maar niet uitsluitend: J.J. Karens e.a., ‘De Transitiewet: doelmatige aanpassingen in de Crisis- en herstelwet?’, *TBR* 2018/185, A.G. Bregman e.a., ‘De proeftuin van het omgevingsplan’, *TBR* 2019/45 en T.E.P.A. Lam & J. van Vulpen, ‘De aanleg van warmtenetten in proeftuingemeenten’, *TBR* 2019/155.

Het Besluit uitvoering Chw maakt dit experiment mogelijk voor onder meer de windparken Fryslân, De Drentse Monden en Oostermoer en Elzenburg-De Geer en voor zonneparken in de provincie Groningen.[11]

Tot op heden heeft de Afdeling zich in twee uitspraken gebogen over dit experiment. De eerste uitspraak ging over windpark De Drentse Monden en Oostermoer.[12] Voor de realisatie van dit windpark was een rijksinpassingsplan vastgesteld waarin – met toepassing van artikel 7o Besluit uitvoering Chw – aan gronden een voorlopige bestemming was toegekend voor een periode van 30 jaar.

Tegen dit planonderdeel voerden appellanten verschillende beroepsgronden aan. Hier is met name interessant dat de Afdeling uitgebreid ingaat op de stelling dat voornoemd artikel in strijd zou zijn met artikel 2.4 lid 2 Chw, waarin is geregeld aan welke criteria een experiment moet voldoen.

De Afdeling stelt voorop dat onder 'experiment' als bedoeld in de Chw de mogelijkheid moet worden verstaan om af te wijken van bepaalde wettelijke bepalingen. Het experiment is dus de afwijking zelf en niet het project waarvoor die afwijking kan worden toegepast. Dit betekent dat het windpark zelf geen experimenteel karakter hoeft te hebben. Waar het om gaat, is of de mogelijkheid om in afwijking van de Wro een langdurige voorlopige bestemming toe te kennen ten behoeve van de ontwikkeling van het windpark in overeenstemming is met de criteria van artikel 2.4 lid 2 Chw.

In dit kader overweegt de Afdeling allereerst dat deze mogelijkheid bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en dat ook aannemelijk is dat deze bijdraagt aan de duurzaamheid.
Vervolgens gaat de Afdeling in op het criterium dat de uitvoering van het experiment moet bijdragen aan het bestrijden van de economische crisis. De Afdeling overweegt dat dit criterium zo dient te worden uitgelegd dat aannemelijk moet zijn dat het experiment bijdraagt aan de versterking van de economische structuur. De Afdeling ziet aanleiding voor deze ruimere uitleg in de beslissing van de wetgever om de Chw permanent te maken. Deze ruime en praktische uitleg sluit in onze ogen aan bij de in paragraaf 2 beschreven ontwikkeling die de experimenteerbepaling heeft doorgemaakt. Deze uitleg is inmiddels ook door de Transitiewet in de Chw zelf geborgd. De Afdeling concludeert vervolgens dat het experiment inderdaad bijdraagt aan de versterking van de economische structuur. Hierbij verwijst de Afdeling naar de nota van toelichting bij artikel 7o Besluit uitvoering Chw, waarin uiteen is gezet dat de voorlopige bestemming onder andere bijdraagt aan een verminderde afhankelijkheid van fossiele brandstoffen, grotere mogelijkheden voor eigenaren om rendement uit agrarische gronden te halen en het creëren van werkgelegenheid vanwege de bouw, het onderhoud en de afbraak van het windpark.

11 Art. 7i, 7j, 7o, 7s en 7t Besluit uitvoering Chw.
12 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

Op basis van deze overwegingen komt de Afdeling tot de slotsom dat het artikel uit het Besluit uitvoering Chw niet in strijd is met artikel 2.4 lid 2 Chw.

In de uitspraak over windpark N33 – waarin het eveneens ging om een inpassingsplan waarin aan bepaalde gronden een langdurige voorlopige bestemming was toegekend – herhaalt de Afdeling dit oordeel.[13]
In beide uitspraken heeft dit experiment de toets van de Afdeling dus doorstaan.[14]

4 Experiment II: Lagere energieprestatiecoëfficiënt (EPC)

Om ervoor te zorgen dat nieuwe woningen en utiliteitsgebouwen energiezuinig zijn, worden daar in het Bouwbesluit 2012 eisen aan gesteld. De maat voor energiezuinigheid heet op dit moment de energieprestatiecoëfficiënt (EPC). De EPC zal naar verwachting op 1 januari 2021 worden vervangen door de (strengere) BENG-eisen (BENG staat voor Bijna Energie-Neutrale Gebouwen).[15] Het zijn beide landelijk (bij AMvB) vastgestelde eisen. De eisen leiden ertoe dat nieuwe woningen en utiliteitsgebouwen moeten worden voorzien van nog betere isolatie en de duurzaamste technieken voor de opwekking van energie. De EPC drukt uit hoeveel energie in een gebouw wordt gebruikt voor verwarming, warm water en ventilatie.

Op het moment van inwerkingtreding van de Omgevingswet en het daarbij behorende Besluit bouwwerken leefomgeving (dat het Bouwbesluit 2012 zal vervangen), ontstaat voor gemeenten de mogelijkheid om maatwerkregels te stellen.[16] Met een maatwerkregel kunnen gebieden of categorieën gebruiksfuncties worden aangewezen waarin de EPC/BENG-eisen worden aangescherpt. Die mogelijkheid bestaat onder het huidige Bouwbesluit 2012 nog niet.

Een aantal gemeenten wilde gelet op zijn duurzaamheidsambities echter niet tot de inwerkingtreding van de Omgevingswet wachten en heeft zich aangemeld voor een Chw-experiment. Dit heeft geresulteerd in artikel 6b en 6p Besluit uitvoering Chw. Deze artikelen bepalen dat in de betreffende gemeenten nu al een strengere (lagere) EPC geldt voor nieuw te bouwen woningen (0,2 in plaats van 0,4). Artikel 6p lid 3 Besluit uitvoering Chw geeft de gemeenten bovendien de mogelijkheid om in hun bouwverordening een nog lagere EPC dan 0,2 voor te schrijven voor woningen of

13 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1781, r.o. 62-74.
14 In dit kader wijzen wij nog op ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 9-9.3. Hierin oordeelt de Afdeling dat de afwijkingsbevoegdheid in art. 7l Besluit uitvoering Chw – die Provinciale Staten van Noord-Brabant de mogelijkheid biedt om in de verordening voorwaarden te stellen die veehouders stimuleren over te stappen naar een duurzame en zorgvuldige veehouder – óók deze toets doorstaat.
15 *Kamerstukken II* 2019/20, 30196, nr. 695.
16 Art. 4.150 Bbl.

om (ook) een lagere EPC voor andere gebruiksfuncties dan wonen vast te stellen.[17] Dit geeft de gemeenten de mogelijkheid om hun duurzaamheidsambities nu al ten uitvoer te brengen. Het stellen van een strengere EPC is namelijk dé manier waarop gemeenten publiekrechtelijk bij ontwikkelaars kunnen afdwingen dat energiezuinige woningen worden gebouwd. Zo geldt in Amsterdam een EPC van < 0,2 voor alle vergunningaanvragen die vanaf 18 februari 2019 voor nieuwbouwwoningen zijn ingediend. Ook in de Binckhorst in Den Haag worden op dit moment zeer energiezuinige woningen met een EPC van < 0,2 gebouwd. Een duidelijk voorbeeld van een experiment waarmee voorbij kan worden gegaan aan knellende regelgeving die duurzaamheidsambities in de weg zit.

5 Experiment III: Van het gas af met het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte

Een van de belangrijkste afspraken in het Klimaatakkoord voor de gebouwde omgeving is dat alle 7 miljoen bestaande woningen en 1 miljoen bestaande andere gebouwen in 2050 van het aardgas af moeten zijn. Voor nieuwe woningen geldt sinds de wijziging van de Gaswet per 1 juli 2018 al een verbod om aan te sluiten op het gasnet.[18] De huidige wet- en regelgeving biedt nog geen mogelijkheid om bestaande gebouwen verplicht van het gas af te sluiten.[19] Voor deze gebouwen geldt voor de netbeheerder nog steeds een aansluitplicht.[20] De wijziging van de Gaswet van 1 juli 2018 heeft het wel mogelijk gemaakt dat het college van B&W een gebied aanwijst waar de aansluitplicht niet geldt als zich daar een warmtenet of andere energieinfrastructuur bevindt of gaat bevinden, die kan voorzien in de verwachte warmtebehoefte.[21] Dit betekent dat geen nieuwe aansluitingen meer worden aangelegd en dat bestaande aansluitingen niet meer worden vervangen als dat nodig is.[22] Voor bestaande gebouwen heeft dit echter weinig gevolgen, omdat de aangeslotene en de netbeheerder nog steeds een overeenkomst hebben over de aansluiting, die niet door het gebiedsaanwijzingsbesluit wordt aangetast.[23] De gemeente kan in het bestemmingsplan ook niet afdwingen dat bestaande woningen van het aardgas worden afgesloten, omdat de levering van gas geen ruimtelijk relevant aspect is en artikel 62 Gaswet hieraan in de weg staat.

17 Als de gemeente is aangemeld voor het Chw-experiment 'bestemmingsplan met verbrede reikwijdte' kan de lagere EPC ook in dat bestemmingsplan worden vastgesteld, in plaats van in de bouwverordening.

18 Wet van 9 april 2018 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (voortgang energietransitie), *Stb.* 2018, 109 en *Stb.* 2018, 129. Zie art. 10 lid 7 Gaswet.

19 R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *O* 2019/4.6. Zie ook Lam en Van Vulpen, p. 953.

20 Art. 10 lid 6 onder a en b Gaswet en art. 6.10 lid 2,Bouwbesluit 2012.

21 Art. 10, lid 7 onder b Gaswet.

22 *Kamerstukken II* 2017/18, 34627, nr. 19, 23 en 39.

23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34627, nr. C, p. 3 en 4.

De Transitiewet heeft ervoor gezorgd dat de Gaswet aan het rijtje wetten in artikel 2.4 Chw is toegevoegd.[24] Dit betekent dat bij wege van experiment van de regels uit deze wet mag worden afgeweken, met dien verstande dat de taken die bij of krachtens de Gaswet aan een netbeheerder zijn opgedragen, niet worden gewijzigd. Gemeenten krijgen hierdoor de bevoegdheid om in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte per wijk of gebied een datum op te nemen waarop de gasaansluitingen van bestaande gebouwen afgekoppeld (kunnen) worden en daarmee de wijk of het gebied aardgasvrij wordt.[25]

In de 21e tranche van het Besluit uitvoering Chw was een nieuw artikel 7ag voorgesteld, waarin was bepaald dat de gemeente Utrecht (in afwijking van art. 62 Gaswet) in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte gebieden kan aanwijzen in de wijk Overvecht-Noord waarbinnen het verboden is te beschikken over een kookgasaansluiting vanaf een in dat bestemmingsplan gestelde datum.[26] Een groot deel van de bestaande woningen in die wijk maakt op dit moment alleen nog gebruik van gas om te koken, omdat de warmte wordt geleverd door een warmtenet. Door koken met gas te verbieden kan de wijk dus relatief eenvoudig van het gas worden gehaald en kan worden voorkomen dat de (verouderde) gasinfrastructuur moet worden vernieuwd. Op deze manier kunnen dus ook bestaande woningen van het gas worden gehaald. Een mogelijkheid die de huidige wet- en regelgeving als gezegd niet biedt.

Het experiment van artikel 7ag Besluit uitvoering Chw was in eerste instantie uitsluitend bedoeld voor Overvecht-Noord en later wellicht ook voor de andere zogenoemde proeftuingemeenten. Dat zijn de gemeenten die met een bijdrage van het Rijk vooroplopen in de transitie om wijken aardgasvrij te maken. De kennis die daarbij wordt opgedaan kan daarna grootschaliger toegepast worden op de andere wijken in het land. Het experiment zou dus in potentie veel kunnen betekenen voor de energietransitie in de gebouwde omgeving.

Aandachtspunt daarbij is dat het omgevingsplan onder de Omgevingswet weliswaar dezelfde reikwijdte heeft als het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte en dus ook betrekking kan hebben op de levering van gas, maar dat de wet – anders dan de Chw – géén uitzondering maakt op artikel 62 Gaswet,[27] terwijl de omgevingsplannen cruciaal zijn voor de uitvoering van de warmtetransitie. Daarin wordt straks immers, op basis van de Transitievisie Warmte die iedere gemeente moet vaststellen, ook vastgelegd waar welke warmtevoorziening wordt toegepast.[28]

24 Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van de Crisis- en herstelwet in verband met het versnellen van woningbouw en het faciliteren van duurzame ontwikkeling, zoals het verduurzamen van het energieverbruik, *Stb.* 2019, 216, art. I onderdeel D.

25 *Kamerstukken II* 2018/19, 35013, nr. 21.

26 Voorpublicatie tot wijziging van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (eenentwintigste tranche), *Stcrt.* 2020, 7147.

27 J.J. Karens, 'Experiment afbouw aardgaslevering met de Crisis- en herstelwet. De contouren van energietransitie in het omgevingsplan?', *TBR* 2020/47.

28 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813 nr. 437.

In de politieke behandeling van de 21e tranche hebben Kamerleden echter vraagtekens geplaatst bij de wenselijkheid van de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen het verbod om te beschikken over een kookgasaansluiting.[29] Bij motie is de regering verzocht de mogelijkheid voor Utrecht om over te gaan tot een verbod op het hebben van een kookgasaansluiting te schrappen uit de 21e tranche. Die motie is aangenomen, waardoor het experiment niet doorgaat.[30] De indieners van de motie zien meer in het stimuleren en verleiden van bewoners om van het gas af te gaan dan hen te dwingen.[31] Dat is op zichzelf een begrijpelijke wens, die in het verlengde ligt van de keerzijden van experimenten met regelgeving die wij eerder noemden. Met het oog op het faciliteren van de energietransitie is het wel teleurstellend dat dit experiment niet doorgaat.

Met het experiment hadden immers nuttige ervaringen kunnen worden opgedaan die van belang zijn voor de transitieopgave voor bestaande gebouwen in bredere zin. Zo zal de vraag beantwoord moeten worden welke termijn redelijk is om bewoners/woningeigenaren de kans te geven vrijwillig over te stappen op een andere (elektrische) kookvoorziening. Hoe werkt een gasaansluitingverbod door in de verhouding tussen de woningeigenaar en de huurder? En wie is verantwoordelijk voor de kosten van de transitie? Dat zijn vragen die ook bij de warmtetransitie spelen. Het zou daarom mooi zijn geweest als dit experiment die vragen had kunnen beantwoorden of, nog beter, als het experiment zou zijn ingezet om de warmtetransitie van bestaande gebouwen te faciliteren. De les die hier getrokken kan worden, is dat voor experimenten echter ook voldoende (politiek) draagvlak moet bestaan. De voordelen van het experiment moeten opwegen tegen de nadelen daarvan.

6 Experiment IV: Gemeentelijke regeling slagschaduw en lichtschittering

In de 17e tranche (art. 7x Besluit uitvoering Chw) is voor de gemeenten Almere en Zeewolde een experiment opgenomen dat de realisatie van een windturbinepark makkelijker moet maken. Voor dat Windpark Zeewolde (dat zal bestaan uit 91 nieuwe turbines, waarmee circa 300 MW opgewekt kan worden) is al een rijksinpassingsplan vastgesteld, waarmee het project planologisch mogelijk is gemaakt. In (deels) hetzelfde gebied (plangebied Oosterwold) moeten naast windturbines ook circa 15.000 nieuwe woningen komen, die al planologisch mogelijk zijn gemaakt door een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte. Kenmerkend van dit plan is dat het een organische ontwikkeling mogelijk maakt. Er is dus geen blauwdruk die bepaalt waar de woningen precies moeten komen. Dat wordt overgelaten aan initiatieven van burgers, bedrijven en instellingen.

29 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 467.
30 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 66, item 14.
31 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 66, item 6.

De huidige regelgeving ter voorkoming en beperking van slagschaduw en lichtschittering van windturbines maakt het echter onmogelijk om beide doelstellingen (voldoende windenergieproductie én voldoende woningen) tegelijkertijd te realiseren. Uit onderzoek blijkt dat de slagschaduwcontouren van de windturbines een groot deel van het plangebied Oosterwold overlappen. De slagschaduwnorm van artikel 3.12 Activiteitenregeling heeft tot gevolg dat als op die locatie woningen worden gebouwd, de windturbines een stilstandvoorziening moeten bevatten, die ervoor zorgt dat de turbine stil komt te staan als gemiddeld meer dan zeventien dagen per jaar gedurende meer dan twintig minuten per dag slagschaduw optreedt op een gevoelig object zoals een woning. In de praktijk wordt de makkelijker toepasbare en strengere norm van maximaal vijf uur en veertig minuten per jaar gehanteerd.

Bij nieuwe windparken in de omgeving van bestaande woningen is de stilstandduur die benodigd is om aan de norm te voldoen, eenvoudig te berekenen. Op basis van die stilstandduur kan worden afgewogen of de turbine rendabel te exploiteren is. In Oosterwold is echter nog niet bekend waar de woningen gebouwd worden. De locatie van de windturbines is een gegeven; bij de bouw van de woningen zal daarmee rekening gehouden moeten worden. Om te voorkomen dat er te weinig woningen gebouwd kunnen worden, veel woningen één of meer zogenoemde 'blinde gevels' moeten krijgen en/of dat de windturbines te vaak stil moeten staan, maakt het Chw-experiment het mogelijk om hier af te wijken van artikel 3.12 Activiteitenregeling. In het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte kunnen nu afwijkende normen voor slagschaduw en lichtschittering opgenomen worden. Gedacht wordt aan het voorschrijven van voorzieningen aan de woningen die hinder door slagschaduw en lichtschittering in de woning kunnen voorkomen. Bijvoorbeeld een automatisch rolluiksysteem, een begroeide haag of bomenrij. Een andere oplossing kan zijn om slagschaduwgevoelige ruimten (zoals de woonkamer) niet aan de slagschaduwzijde van de woning in te delen, maar juist aan de andere zijde. Op deze manier zou een goede leefomgevingskwaliteit bereikt kunnen worden en tegelijkertijd kunnen worden geborgd dat het windpark zo veel mogelijk hernieuwbare energie levert.

Gelet op de verwachting dat met het oog op de klimaatdoelstellingen nog veel meer windturbines op land nodig zijn, en gezien ook de woningbouwopgave waar we ons voor gesteld zien, zou dit experiment wel eens van grote waarde kunnen zijn om de energietransitie in ons dichtbevolkte land te voltooien.

Het experiment past in de ontwikkeling die de Omgevingswet beoogt te bereiken. Regels over immissies van activiteiten op gevoelige gebouwen worden straks niet in AMvB's maar in het omgevingsplan opgenomen.[32] Het Rijk geeft daar nog slechts sturing aan via instructieregels in het Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: Bkl). Artikel 5.89a e.v. Bkl geven gemeenten een vergelijkbare mate van bestuurlijke afwegingsruimte als het experiment van artikel 7x Besluit uitvoering Chw om te

32 Zie de nota's van toelichting bij het Bal en Bkl, *Stb*. 2018, 292, p. 315-327 en *Stb*. 2018, 293, p. 559-562.

bepalen welke mate van slagschaduw nog aanvaardbaar is. Daardoor hoeft het realiseren van een aanvaardbare mate van slagschaduw niet altijd te worden gezocht aan de bronkant, maar zijn ook maatregelen aan of nabij woningen mogelijk. Denk aan de eerdergenoemde voorbeelden van een muur, haag, bomenrij of zonnescherm. Doordat de instructieregels van het Bkl zich richten op de verblijfsruimten van slagschaduwgevoelige gebouwen, kan de oplossing bovendien ook worden gezocht in de oriëntatie of het ontwerp van de woning (door realisatie van slagschaduwgevoelige ruimten aan de andere kant van de woning).[33] Op deze manier kan dezelfde bescherming tegen slagschaduw worden geboden, zonder dat de exploitatiemogelijkheden van de windturbines moeten worden beperkt met een stilstandvoorziening. Dit komt de productie van hernieuwbare energie ten goede, waardoor de energietransitie wordt gefaciliteerd. Kanttekening is wel dat de normen met betrekking tot geluidhinder en externe veiligheid onverkort gelden. Met name de geluidnormen zouden weleens beperkender kunnen zijn voor de exploitatiemogelijkheden van windturbines dan de slagschaduwnormen.

Voordeel van dit type slagschaduwmaatregelen is dat deze ook effect kunnen hebben op de *cumulatieve* slagschaduwduur (de totale slagschaduwduur die optreedt door een aantal verschillende windturbineparken gezamenlijk). Uit de huidige windparkjurisprudentie blijkt dat de norm van de Activiteitenregeling weliswaar geen betrekking heeft op de cumulatieve slagschaduwduur, maar dat deze in het kader van een goede ruimtelijke ordening wel degelijk relevant is en dat moet worden beoordeeld of deze aanvaardbaar is.[34] Bij deze beoordeling is de concrete situatie ter plaatse van belang. Zo kan een bosrijke omgeving ervoor zorgen dat de berekende cumulatieve slagschaduwduur aanvaardbaar is, omdat de bomen er in de praktijk voor zorgen dat op de gevel van de woning (veel) minder slagschaduw optreedt. Doordat in het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte c.q. het omgevingsplan slagschaduwnormen kunnen worden opgenomen die met deze externe factoren rekening houden, groeien de slagschaduwnorm en de beoordeling van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van de daadwerkelijk optredende slagschaduw naar elkaar toe. Een goede ontwikkeling, wat ons betreft. Op deze manier wordt immers niet blindgestaard op de uitkomst van een model, maar wordt gekeken naar welke slagschaduwhinder nu daadwerkelijk zal optreden en wat daaraan concreet gedaan kan worden.

33 Nota van toelichting bij het Invoeringsbesluit Omgevingswet, voorhangversie mei 2019, p. 74.

34 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4177 (*Windpark Geefsweer*), r.o. 28.2.

7 Toekomst: Omgevingswet

Tot voor kort was de verwachting dat de Omgevingswet (Ow) op 1 januari 2021 in werking zou treden.[35] Dit blijkt echter niet haalbaar.[36] Het streven is nu om de Ow op 1 januari 2022 in werking te laten treden.[37]

Deze wet zal een volledige vernieuwing van het omgevingsrecht betekenen. De Ow zal niet alleen een groot deel van de bestaande wetten voor de leefomgeving bundelen maar ook ingrijpende veranderingen in de regels doorvoeren.[38] Toch gaat niet alles op de schop.

Net als de Chw zal de Ow een experimenteerbepaling bevatten. Op grond van artikel 23.3 lid 1 Ow kan bij AMvB bij wijze van experiment worden afgeweken van de Ow, Elektriciteitswet 1998, Warmtewet en Wet milieubeheer. Hoewel de Chw het mogelijk maakt om (ook) van andere wetten af te wijken, betekent dit niet dat de wetgever het toepassingsbereik van de experimenteerbepaling heeft willen inperken. Het overgrote deel van deze andere wetten zal immers geheel of grotendeels opgaan in de Ow.

Integendeel; uitgaande van de criteria waaraan een experiment onder de Ow moet voldoen, lijkt de wetgever hiervoor juist meer ruimte te willen bieden.

Ingevolge artikel 23.3 lid 2 Ow moet de aanwijzing van een experiment beogen bij te dragen aan het nastreven van de doelen bedoeld in artikel 1.3 aanhef en onder a Ow, waaronder de verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving, de te volgen procedures of de besluitvorming daarover. Artikel 1.3 aanhef en onder a Ow luidt als volgt:

> ‘Deze wet is, met het oog op duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu gericht op het in onderlinge samenhang: a. bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, ook vanwege de intrinsieke waarde van de natuur.’

35 *Kamerstukken I* 2019/20, 33118, AY, p. 2.

36 Kamerbrief inzake inwerkingtreding Omgevingswet, 1 april 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 33118, nr. 139.

37 Kamerbrief inzake nieuwe datum inwerkingtreding Omgevingswet, 20 mei 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 33118, nr. 145.

38 Zie voor een beschouwing van de flexibiliteitsinstrumenten van de Ow en de kansen die deze bieden voor de energietransitie, de bijdrage van Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager in deze bundel. Voor een beschouwing van de vraag of en in hoeverre de Omgevingswet kan bijdragen aan een sterkere juridische verankering van de doelstellingen van de energietransitie, en aan de taakverdeling voor het bereiken van die doelstellingen tussen de bij de energietransitie betrokken bestuursorganen, zie de bijdrage van Marlon Boeve, Frank Groothuijse en Sander van Hees in hoofdstuk 11 van deze bundel.

Duidelijk is dat de wetgever hiermee de criteria uit de Chw heeft losgelaten. Daarentegen is niet helder welke kant de wetgever op wil met deze nieuwe criteria; uit de wetsgeschiedenis blijkt niet met zoveel woorden dat de wetgever een verruiming voorstaat. Wel volgt uit de toelichting dat de wetgever het bereik van deze bevoegdheid niet al te veel heeft willen inperken. Zie:

> 'Een nog verdere wettelijke afbakening van het toepassingsbereik is niet gewenst omdat de experimenteerbepaling is opgenomen om experimenten te kunnen uitvoeren met betrekking tot onderwerpen die nu nog niet zijn geïdentificeerd. Het gaat dus om bijzondere situaties waar de Omgevingswet niet in voorziet, bijvoorbeeld vanwege nieuwe ontwikkelingen. Deze experimenten kunnen betrekking hebben op procedurele en inhoudelijke aspecten.'[39]

Hieruit maken wij op dat de experimenteerbepaling in de Ow niet beperkt is tot experimenten die bijdragen aan duurzaamheid, innovatie en/of het versterken van de economische structuur. Overigens zal deze verruiming niet veel verschil maken voor projecten die de energietransitie bevorderen, omdat die naar verwachting ook wel aan de criteria uit de Chw zouden voldoen.

Tegelijk constateren wij dat de nieuwe experimenteerbepaling op punten ook strenger is. Zo is onder de Ow een experiment maximaal tien jaar toegestaan als het gaat om een afwijking van omgevingswaarden, waar de Chw de duur van een experiment niet begrenst maar slechts als eis stelt dat bij AMvB de ten hoogste toegestane tijdsduur wordt bepaald.[40]

Daarnaast voorziet de Ow in bepaalde gevallen in een zware voorhangprocedure. Onder de Chw is het zo dat de betrokken minister een ontwerp van een AMvB ter informatie aan het parlement toezendt (gewone voorhang). De zware voorhang gaat een stap verder en heeft betrekking op ontwerpen die omgevingswaarden bevatten, bijvoorbeeld de aanwijzing van een experiment dat strekt tot wijziging van een waterveiligheidsnorm. De regeling houdt in dat als een meerderheid van een van beide Kamers van oordeel is dat het wenselijk is om de in het ontwerp opgenomen omgevingswaarden bij wet te regelen, de regering daarvoor een wetsvoorstel zal indienen. Hiermee wordt de parlementaire sturing en democratische controle bij het experiment verzekerd.[41]

Er zijn dus wezenlijke verschillen aan te wijzen tussen de experimenteerbepaling van de Chw en die van de Ow. Met de experimenteerbepaling van de Ow lijkt de wetgever meer ruimte te willen bieden voor experimenten. De praktijk moet uitwijzen of de geboden ruimte ten volle zal worden benut.

39 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 259.

40 Overigens kan de tienjaarstermijn ten hoogste met vijf jaar worden verlengd als de evaluatie van een experiment aanleiding geeft tot het aanpassen van de regelgeving. Zie art. 23.3 lid 3 juncto art. 23.3 lid 8 Ow.

41 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 610.

8 Conclusie

Uit de hiervoor behandelde typen experimenten kunnen we de volgende lessen trekken uit de vraag op welke wijze experimenten met regelgeving kunnen bijdragen aan de energietransitie:

- Ontwikkelingen die bijdragen aan de energietransitie kunnen worden ondersteund door (onnodig) knellende regelgeving (die investeren in die ontwikkelingen onaantrekkelijk maakt) te wijzigen (voorbeeld: verlengen voorlopige bestemming wind- en zonneparken).
- Maatwerkregels kunnen ervoor zorgen dat gemeenten met grotere lokale duurzaamheidsambities niet teruggehouden worden door regelgeving op rijksniveau (voorbeeld: maatwerkregels EPC en BENG).
- Creatieve regelgeving die focust op het doel (aanvaardbaar woon- en leefklimaat) in plaats van op het middel kan ervoor zorgen dat meerdere ruimtevragende ontwikkelingen zoals de woningnood en de energietransitie wél samengaan (voorbeeld: gemeentelijke regeling slagschaduw in plaats van stilstandvoorzieningvoorschrift in Activiteitenregeling).
- Voor experimenten moet voldoende (politiek) draagvlak bestaan. Experimenten kunnen immers een keerzijde hebben. Ze kunnen afbreuk doen aan de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid of een bepaald beschermingsniveau. Daar moet voldoende oog voor zijn bij de aanwijzing van een experiment (voorbeeld: kookgasaansluitingsverbod Overvecht-Noord).

Wat de experimenten gemeen hebben, is dat ze problemen met knellende regelgeving willen oplossen door op een creatieve manier met die regelgeving om te gaan. De uitdaging is om het probleem op te lossen en tegelijkertijd de waarden/belangen die de regelgeving beoogt te beschermen, intact te laten. In veel gevallen blijkt dat mogelijk (zoals de voorlopige bestemming, de maatwerkregels EPC/BENG en de slagschaduwregeling). In bepaalde gevallen krijgt het experiment zelfs permanente navolging in wet- en regelgeving (zoals de slagschaduwregeling in de Omgevingswet). Er zijn echter wel grenzen aan wat je met een experiment mogelijk kunt maken. De huidige regelgeving is er niet voor niets. Als de met die regelgeving beschermde waarden en belangen niet op een andere manier kunnen worden geborgd, lijkt er geen ruimte te zijn voor een experiment.

Daar waar die ruimte er wel is, kan nuttige ervaring worden opgedaan met de daadwerkelijke voor- en nadelen van een afwijkende regeling. Voor nieuwe ontwikkelingen, zoals de energietransitie, is die ervaring goud waard. De huidige wet- en regelgeving is immers vaak niet toegerust op innovatieve ontwikkelingen. Door op kleine schaal afwijkingen van die regelgeving toe te staan, die op creatieve wijze pogen de nieuwe gewenste ontwikkeling en de beschermde waarden en belangen samen te laten gaan, kan in de praktijk worden getoetst wat de effecten zijn van bepaalde regelgeving vóórdat die breed wordt toegepast. Voor de wetgever, die de energietransitie wil faciliteren, is dat zeer nuttige informatie. Voor ambitieuze lokale overheden en projectontwikkelaars bieden de experimenten bovendien ruimte voor energieprojecten die er op dit moment nog niet is. De inmiddels gevormde jurisprudentie biedt

vertrouwen dat ook experimenterende projecten zonder kleerscheuren de eindstreep kunnen halen.

Een andere les die we kunnen trekken is dat er altijd behoefte blijft bestaan aan experimenten, omdat het proces van wetgeving vaak achterloopt op nieuwe ontwikkelingen en initiatieven vanuit de samenleving. Dit is ook met zoveel woorden onderkend door de wetgever, die de ingezette lijn zal voorzetten onder de Ow.[42]

Kortom, de experimenten van de Chw (en straks die onder de Ow) zorgen ervoor dat energieprojecten sneller van start kunnen. Tegelijkertijd doet de wetgever dankzij deze experimenten alvast op kleine schaal waardevolle ervaring op met creatieve oplossingen, die – indien succesvol – breed navolging kunnen krijgen in wet- en regelgeving. Op die manier kan worden voorkomen dat de wet- en regelgeving te ver achter komt te liggen op de innovatieve ontwikkelingen die nodig zijn voor de energietransitie. Gelet op de korte termijnen waarbinnen de klimaatdoelstellingen moeten worden gehaald en de (over het algemeen) lange doorlooptijden van wetgevingstrajecten, kunnen de experimenten dus een belangrijke rol spelen om de energietransitie tijdig te voltooien.

42 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 258.

11 Juridische borging van de energiedoelstellingen voor hernieuwbare energie met de Omgevingswet? Stimuleren en faciliteren, maar niet garanderen

Marlon Boeve, Frank Groothuijse, Sander van Hees[1]

Samenvatting

Een belangrijk onderdeel van het Klimaatakkoord is het vergroten van het aandeel hernieuwbare energie op land tot 35 TWh in 2030. In de zogenoemde Regionale energiestrategieën (RES'en) worden daartoe afspraken gemaakt tussen de betrokken overheden over welk aandeel hernieuwbare energie zij voor hun rekening nemen. Er is echter geen juridische verplichting waarmee de inhoud van de RES'en kan worden afgedwongen. In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre de Omgevingswet kan bijdragen aan een sterkere juridische verankering van de doelstellingen voor de realisatie van hernieuwbare energie en de verdeling van die doelstellingen tussen de betrokken bestuursorganen. Conclusie is dat het instrumentarium van de Omgevingswet het realiseren van hernieuwbare energiebronnen wel kan faciliteren en stimuleren, maar een juridisch afdwingbare borging van de realisering en verdeling van de energiedoelstellingen zelf niet mogelijk is.

1 Inleiding

Uit de bijdrage van Akerboom en Backes blijkt dat Nederland zijn Europese doelstellingen met betrekking tot het *aandeel hernieuwbare energie* ruimschoots niet zal halen. In deze bijdrage onderzoeken wij of en in hoeverre de Omgevingswet kan bijdragen aan een sterkere juridische verankering van de doelstellingen van de energietransitie, en aan de taakverdeling voor het bereiken van die doelstellingen tussen de bij de energietransitie betrokken bestuursorganen. Hierbij ligt de focus op de 35 TWh weersafhankelijke duurzame energie op land, die decentraal moet worden gerealiseerd via de Regionale Energiestrategieën (RES'en), waarin alle betrokken overheden afspraken maken over welk aandeel hernieuwbare energie zij voor hun rekening willen nemen. Op korte termijn zullen die afspraken in het omgevingsbeleid moeten worden verankerd.[2]

---

1 Marlon Boeve en Frank Groothuijse zijn beiden verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Universiteit Utrecht. Sander van Hees is senior juridisch adviseur bij Witteveen+Bos. Daarnaast is hij als geassocieerd medewerker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

2 In het Klimaatplan is als doel geformuleerd dat de ruimtelijke maatregelen voor hernieuwbare energie op land in een groot deel van de regio's medio 2021 verankerd zijn

Om tot de beantwoording van deze hoofdvraag te komen, stellen wij in deze bijdrage de volgende vragen aan de orde:

1. Wat zijn de Nederlandse doelstellingen voor de energietransitie?
2. Hoe werken deze doelstellingen door naar de RES?
3. Wat is de juridische status van de nationale doelstellingen en van de RES?
4. Waarom is voor de begrenzing in RES-regio's gekozen, en hoe verhouden deze zich tot de bevoegdhedenverdeling in het omgevingsrecht?
5. Hoe kunnen de instrumenten van de Omgevingswet bijdragen aan een sterkere juridische verankering van de doelstellingen van de energietransitie?
6. Hoe kan de Omgevingswet bijdragen aan een taakverdeling voor het bereiken van de doelstellingen tussen de bij de energietransitie betrokken bestuursorganen?

In deze bijdrage staat de verdeling van de energiedoelstellingen tussen de betrokken overheden, de doorwerking en de juridische verankering daarvan centraal. Er zal dan ook niet worden ingegaan op de wijze waarop overheden hun burgers-bindende instrumenten uit de Omgevingswet kunnen inzetten om hun doelstellingen daadwerkelijk te kunnen uitvoeren, zoals algemene regels, vergunningenstelsels in het Bal, omgevingsverordeningen, waterschapsverordeningen, omgevingsplannen, het projectbesluit, vergunningverlening, gedoogplichten, onteigening, enzovoort.
Daarnaast ligt, zoals hierboven aangegeven, de focus van deze bijdrage op de 35 TWh duurzame energie op land (zonne-energie en windenergie) die via de RES moet worden gerealiseerd. De opgaven voor elektriciteit moeten ruimtelijk vertaald worden naar zoekgebieden en locaties in provincies en gemeentes. Er bestaat bij duurzame energie op land dus een directe koppeling met het omgevingsbeleid en de verdeling van doelstellingen tussen verschillende overheden die verantwoordelijk zijn voor het omgevingsbeleid. Deze koppeling wordt in deze bijdrage verder onderzocht.[3] Andere aspecten van het Nederlandse energie- en klimaatbeleid, zoals energiebesparing, hebben vanwege hun karakter een minder directe binding met het omgevingsbeleid en ruimtelijke inpassing, en worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.[4]

in het omgevingsbeleid, en dat uiterlijk op 1 januari 2025 alle aangevraagde benodigde vergunningen zijn afgegeven.

3 Deze directe koppeling tussen energie en ruimtelijk beleid bestaat overigens ook bij de warmtetransitie, maar hierop zal in deze bijdrage vanwege de beperkte ruimte niet nader worden ingegaan.

4 Zie voor de karakteristieken van het Nederlandse energiebesparingsbeleid de bijdrage van Akerboom en Backes (hoofdstuk 3).

2 Het Nederlandse energie- en klimaatbeleid

2.1 Wat zijn de Nederlandse doelstellingen voor de energietransitie?

In Nederland zijn de Europese energie- en klimaatdoelstellingen[5] vertaald in de volgende in artikel 2 Klimaatwet vastgelegde doelstellingen:[6]

1. het terugbrengen van de emissies van broeikasgassen in Nederland, tot een niveau dat 95% lager ligt in 2050 dan in 1990;
2. een reductie van de emissies van broeikasgassen van 49% in 2030 (een tussen- en streefdoel),
3. een volledige CO_2-neutrale elektriciteitsproductie in 2050.

De Klimaatwet sluit aan bij de principes van technologieneutraliteit en kosteneffi-ciëntie, en maakt geen onderverdeling naar percentages die met bijvoorbeeld hernieuwbare energie en energiebesparing moeten worden behaald. Er is een kans dat Nederland al in 2030 een verdere reductie moet bereiken dan de bovengenoemde 49%. Dit hangt af van het Europese besluit over de verhoging van de Europese CO_2-reductiedoelstelling.[7] De aanpassingen die hiervoor nodig zijn, kunnen landen opnemen in de tweejaarlijkse voortgangsrapportage van het Klimaatplan (met daaraan gekoppeld de mogelijkheid om bestaande maatregelen te intensiveren en/of extra maatregelen te nemen), en in de vijfjaarlijkse herijking van de CO_2-reductieopgave per sector en bijbehorende herziening van het Klimaatplan.

2.2 Klimaatplan

Naast de bovengenoemde doelstellingen voorziet de Klimaatwet in een verplichting tot het opstellen van een Klimaatplan, dat een beschrijving geeft van het te voeren klimaatbeleid gericht op het realiseren van de doelstellingen voor de eerstvolgende tien jaar. Iedere twee jaar na de vaststelling van het klimaatplan wordt over de voortgang van de uitvoering gerapporteerd en, als die rapportage daartoe aanleiding geeft in het licht van de doelstellingen van de Klimaatwet, dan wordt besloten of bestaande maatregelen moeten worden geïntensiveerd en/of extra maatregelen worden genomen. De Klimaatwet schrijft ook voor dat elke vijf jaar een herijking van de opgave plaatsvindt; de eventueel resterende opgave van 49% emissiereductie kan dan, indien nodig, opnieuw worden verdeeld over de sectoren (zie par. 2.3 hierna).[8]

Het eerste klimaatplan heeft betrekking op de periode van 2021 tot en met 2030.[9] De inhoud van dit Klimaatplan wordt voor een belangrijk deel bepaald door de hoofdlijnen van het Klimaatakkoord. Dit akkoord is in juni 2019 tot stand gekomen met betrokkenheid van meer dan honderd maatschappelijke (publieke en private)

5 Zie bijdrage van Akerboom en Backes, par. 3.1.
6 Klimaatwet, art. 2.
7 Zie bijdrage van Akerboom en Backes, par. 3.1.
8 Klimaatplan 2021-2030, p. 59.
9 Art. 4 Klimaatwet.

partijen en beoogt dat het politieke reductiedoel van 49% in 2030 wordt gerealiseerd. In aanvulling op de maatregelen uit het Klimaatakkoord bevat het Klimaatplan ook nog: '(i) beleid dat volgt uit Europese verplichtingen, (ii) lopend beleid en (iii) beleid dat in het regeerakkoord is aangekondigd, maar geen onderdeel uitmaakt van het Klimaatakkoord.'[10]
Voor een verdere toelichting op het Klimaatplan en het Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan verwijzen wij naar de bijdrage van Akerboom en Backes in deze bundel.

2.3 Verdeling over verschillende sectoren

Nederland stelt de reductie van broeikasgasemissies centraal in het klimaat- en energiebeleid. Er is naast de 49% $C0_2$-reductie dus geen bindend nationaal percentage duurzame energie dat behaald moet worden. Hernieuwbare energie en energiebesparing zijn echter belangrijke mogelijkheden om de doelen voor CO_2-reductie te behalen. Voor het EU-doel voor hernieuwbare energie van 32% heeft de Europese Commissie aangegeven een bijdrage van 26% van Nederland redelijk te achten, maar Nederland heeft aangegeven om in ieder geval een aandeel van 27% hernieuwbare energie in 2030 te willen realiseren. Dit wordt opgenomen in het Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan (INEK).[11]
In het Klimaatakkoord en het Klimaatplan 2021-2030 zijn de doelstellingen uit artikel 2 Klimaatwet verdeeld over verschillende sectoren. Naast elektriciteit zijn dit de sectoren: mobiliteit, industrie, gebouwde omgeving, en landbouw en landgebruik. Zoals in de inleiding toegelicht gaat deze bijdrage alleen in op de sector elektriciteit, met de focus op hernieuwbare energie op land (zonne- en windenergie). De Routekaart Windenergie op Zee 2030 stelt daarnaast doelen voor toekomstige kavels voor windenergie op zee (de opwekking in 2030 van circa 49 TWh windenergie op zee), en de Nederlandse bijdragen in het kader van energiebesparing worden gerealiseerd door het uitvoeren van het pakket aan beleidsmaatregelen uit het Klimaatakkoord.[12] Daarnaast is er afgesproken dat er 35 TWh hernieuwbare energie (wind en zon) op land wordt gerealiseerd. Ook wordt er voor circa 10 TWh aan kleinschalige opwekking van hernieuwbare elektriciteit uit bijvoorbeeld particuliere zonnepanelen verwacht, maar dit betreft geen doelstelling die onderdeel is van de RES-systematiek.[13]

2.4 Hernieuwbare energie op land

Een belangrijke beleidslijn die onder het Klimaatakkoord wordt ingezet is het stimuleren van hernieuwbare energie op land (HOL) tot 35 TWh in 2030. Dit gaat om een ophoging van de reeds in 2013 in het Energieakkoord afgesproken 6.000 megawatt

10 Klimaatplan 2021-2030, p. 5.
11 Klimaatplan 2021-2030, p. 20 en 26.
12 Klimaatplan 2021-2030, p. 23.
13 Klimaatplan 2021-2030, p. 43 en Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 17.

(MW) vermogen aan windmolens op land die in 2020 gerealiseerd zou moeten zijn.[14] Het Klimaatplan geeft aan dat het opwekken van elektriciteit verschuift van enkele centrale winlocaties naar tientallen locaties die verspreid zijn door heel Nederland. Deze kleine winlocaties voor energie uit wind en zon geven het energiesysteem een sterk decentraal karakter. Het Klimaatplan wijst erop dat dit lokaal om een uitbreiding van het bestaande elektriciteitsnet kan vragen en dat deze winlocaties bovendien schaarse ruimte innemen, waardoor een goede ruimtelijke inpassing van nieuwe energietoepassingen van belang is. Het is de bedoeling dat gemeenten, provincies en waterschappen de RES gebruiken om maatschappelijke partijen en omwonenden bij de lokale planvorming te betrekken en het draagvlak te vergroten. Het nationaal programma RES (van EZK, BZK, VNG, IPO, UvW) ondersteunt de decentrale overheden bij de ontwikkeling en uitvoering van de RES'en.[15]

3 Regionale Energiestrategieën (RES)

3.1 Hoe werken de nationale energie- en klimaatdoelstellingen door naar de RES?

Regionale energiestrategieën zijn visiedocumenten waarin de energieregio's in kaart brengen wat het regionale potentieel is van duurzame warmtebronnen en hernieuwbare energie op land, en in de RES'en doen de regio's een bod op welk deel van de vereiste 35 TWh hernieuwbaar op land ze voor hun rekening kunnen nemen. In de RES'en worden veel nationale afspraken uit het Klimaatakkoord in de praktijk gebracht. Op 1 oktober 2020 is de deadline voor het opleveren van de conceptversies van de RES'en door de regio's. In het Klimaatplan is als doel geformuleerd dat de ruimtelijke maatregelen voor hernieuwbare energie op land in een groot deel van de regio's medio 2021 verankerd zijn in het omgevingsbeleid, en dat uiterlijk op 1 januari 2025 alle aangevraagde benodigde vergunningen zijn afgegeven. Het idee is verder dat in de RES'en en omgevingsplannen méér ruimte voor hernieuwbare energie zal worden gezocht en ingepland om zo voldoende volume te waarborgen en uitval van projecten te compenseren.[16] Dit gaat dus om méér dan de doelstelling van 35 TWh voor hernieuwbare, weersafhankelijke grootschalige elektriciteit op land, omdat er naar verwachting plannen zullen afvallen of inkrimpen.[17]
Net als bij het Klimaatplan vindt er ook een tweejaarlijkse herziening van de RES'en plaats. Aangezien de doelstellingen in het Klimaatakkoord voor langere tijd vaststaan, is de manier waarop deze doelen optimaal kunnen worden gerealiseerd onzeker. Dit vraagt volgens het Klimaatakkoord om een adaptief en iteratief proces met elke twee jaar een herijking van de aanpak.[18] Zie figuur 1 en 2 hieronder.

14 Zie de bijdrage van Akerboom en Backes, par. 2.2 (Aanvullend Nederlands klimaatbeleid tot 2020) en 3.2.2 (Klimaatakkoord).
15 Klimaatplan 2021-2030, p. 27.
16 Klimaatplan 2021-2030, p. 22 en par. 3.1.
17 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 16.
18 Klimaatakkoord, D7.

RES'en moeten inzicht geven in:
- mogelijkheden voor regionale opwekking en besparing;
- die mogelijkheden vertaald naar keuzes in concrete plekken, projecten en planning;
- de afstemming omtrent warmtebronnen, de gevolgen voor de energie-infrastructuur, en al gerealiseerde projecten en plannen.[19]

De RES'en zijn dus breder dan alleen hernieuwbare energie op land. Ook warmte is bijvoorbeeld onderdeel van de RES, maar dit aspect wordt, zoals in de inleiding is toegelicht, in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

De RES wordt gezien als een instrument om de ruimtelijk inpassing van de energietransitie met maatschappelijke betrokkenheid te organiseren, en om langjarige samenwerking tussen alle regionale partijen te organiseren.[20] De RES lijkt daarmee op een sectorale, interbestuurlijke variant van de omgevingsvisie.[21]

De RES beperkt zich tot de opwekking van weersafhankelijke hernieuwbare energieopwekking op land (zon- en windenergie),[22] de warmtetransitie in de gebouwde omgeving en de daarvoor benodigde opslag- en energie-infrastructuur.[23] De productie van hernieuwbare elektriciteit uit biomassa en biogas wordt niet meegeteld voor de nationale doelstelling van 35 TWh. Ook waterkrachtinstallaties worden niet genoemd in het Klimaatakkoord en worden niet meegeteld. Het feit dat een bron niet meetelt voor het behalen van de 35 TWh, betekent overigens niet dat die bron niet opgenomen mag worden in de RES. Volgens de Handreiking RES staat het elke regio vrij om de RES naar eigen inzicht te 'verbreden'.[24] Het opnemen van deze bronnen lijkt dan echter slechts een signalerende functie te hebben.

19 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 13.

20 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 13.

21 J.J. Karens & J.W.A. Lameijer, 'Energietransitie: milieurecht ontmoet energierecht' – Verslag NeVER-bijeenkomst 18 juni 2019, *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2019, nr. 5-6, p. 186.

22 'Voor het regio-aandeel aan 35 TWh tellen alle installaties mee die elektriciteit produceren uit wind- en zonne-energie. Wel is er bij de zon-PV installaties een ondergrens voor het vermogen van 15 kW. Ook de installaties die er op dit moment al staan en de installaties die eerder zijn geplaatst als gevolg van eerder gemaakte afspraken uit het Energieakkoord, tellen mee.' Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 17.

23 Kleinschalig zon-op-dakinstallaties met een vermogen van 15 kWp en minder, worden in het Klimaatakkoord niet meegeteld voor het 35 TWh-doel (met 7 TWh-groei van kleinschalige zonne-energie is al rekening gehouden in de nationale CO_2-doelstellingen). Indien de doelstelling van 35 TWh echter verhoogd wordt, zal deze extra opgave allereerst ingevuld worden met Wind op Zee en kleinschalig zon. De Concept RES en RES 1.0 kunnen daarom beschrijven op welke ontwikkeling van kleinschalig zon-op-dak de regio inzet: 'hoeveel meer dan de autonome ontwikkeling en hoe wil de regio deze extra ontwikkeling realiseren?'. Zie Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 35.

24 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 16-17.

De opgaven voor elektriciteit (en warmte) moeten ruimtelijk vertaald worden naar zoekgebieden en locaties. Uiteraard concurreert de energietransitie met andere functies, zoals natuur en landbouw (maar het combineren van functies wordt door de overheid juist aangemoedigd). Binnen de energietransitie is onder andere ruimte nodig voor windmolens en zonnevelden, installaties voor warmtebronnen zoals geothermie en biovergisting, infrastructuur voor elektriciteit, gas en warmte (zoals onderstations, warmtenetten, buurtaccu's en andere installaties, en opslag van warmte onder- of bovengronds). Daarnaast moet de ruimte voor de energietransitie ook onder de grond worden gevonden, leidingen voor warmtenetten en locaties voor het boren naar geothermie moeten bijvoorbeeld concurreren met bestaande ondergrondse infrastructuur en functies.[25]

Omdat ruimte in Nederland in het algemeen schaars is, zijn in het Klimaatakkoord vier ruimtelijke principes opgenomen, waarvan in het Klimaatakkoord is afgesproken dat de RES'en deze principes meenemen in de regionale afweging. Het gaat om de volgende ruimtelijke principes:
- zuinig en zo veel mogelijk meervoudig ruimtegebruik;
- combineren van opgaven en investeringen met andere opgaven;
- vraag en aanbod zo dicht mogelijk bij elkaar;
- aansluiten bij gebiedsspecifieke kenmerken.[26]

Deze principes zijn ook in lijn met de afwegingsprincipes die zijn opgenomen in de ontwerp-Nationale Omgevingsvisie (NOVI). Daarnaast geeft de NOVI nog drie specifieke richtingen mee aan de RES:
- voorkeur voor grootschalige clustering;
- voorkeursvolgorde voor zonnepanelen;
- energiebesparing, warmtenetten en ander gebruik van bestaande gasleidingen.[27]

Specifiek voor zonne-energie is tussen het Rijk, IPO, VNG en maatschappelijke organisaties een voorkeursvolgorde overeengekomen, die voorziet in het ontzien van landbouw- en natuurgronden en het stimuleren van zon op daken. Deze voorkeursvolgorde is opgenomen in de ontwerp-NOVI.[28]
Volgens de Handreiking RES moet in de RES'en het regionale aandeel voor de landelijke opgave zo concreet mogelijk worden uitgewerkt, rekening houdend met alle andere belangen. Dit betekent dat ten minste zoekgebieden voor grootschalige wind en zon moeten worden uitgewerkt. Dat zijn gebieden binnen de regio die in aanmerking kunnen komen voor de opwekking van wind (<2MW, 2-100MW, >100MW), en grootschalig zon (meer dan 15 kW en op daken of velden). In de concept-RES gaat het nog om globale zoekgebieden, maar in de RES 1.0 om concrete zoekgebieden.[29]

25 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 21.
26 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 62-63.
27 In deze bijdrage beperken wij ons echter tot de grootschalige opwekking van hernieuwbare (elektriciteit) op land.
28 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 63-64.
29 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 35.

3.2 Planning

De concept-RES'en worden op 1 oktober 2020 opgeleverd. De RES 1.0 moet 1 juli 2021 worden opgeleverd.[30] In de RES 2.0, die moet worden opgeleverd in juli 2023, kunnen de visies op gemeentelijk niveau goed worden afgestemd op het regionale niveau.[31] Het PBL zal de concept-RES'en analyseren om te bezien of de plannen optellen tot het bereiken van de nationale klimaatdoelstellingen. Wanneer dat niet het geval is, dienen de decentrale overheden voor de restopgave een verdeling per RES te maken. Deze verdeling moet op 1 februari 2021 bekend zijn. Ondertussen is het de bedoeling dat de decentrale overheden de planologische vastlegging al opstarten op basis van de inhoud van de conceptversie van de RES. De RES-regio's hebben tot 1 juli 2021 om de definitieve RES 1.0, inclusief de restopgave, vast te stellen. Het is de bedoeling dat medio 2021 het merendeel van de RES'en is verwerkt in het omgevingsbeleid. De RES 1.0 (met per regio het aanbod elektriciteit en een Regionale Structuur Warmte) wordt vervolgens formeel vastgesteld door gemeenteraden, Provinciale Staten en algemene besturen van de waterschappen. Het RES-traject heeft een doorlooptijd tot 2030 en de RES'en worden in een cyclus van minimaal twee jaar geactualiseerd. De RES 2.0 is een nadere uitwerking en mogelijke herziening van de RES 1.0, waarin nieuwe inzichten en ontwikkelingen ten aanzien van locatiekeuzes voor hernieuwbare opwek zullen moeten worden doorgevoerd.[32]

3.3 Waarom is voor de begrenzing in RES-regio's gekozen, en hoe verhouden deze zich tot de bevoegdhedenverdeling in het omgevingsrecht?

In het Klimaatplan wordt benadrukt dat vraag en aanbod van elektriciteit en warmte, en de beslissingen over de ruimtelijke inpassing daarvan een regionaal karakter hebben. De regio (en niet één enkele bestuurslaag) wordt daarom gezien als het juiste schaalniveau om de opgave van de klimaat- en energietransitie te verbinden met andere opgaven in de fysieke leefomgeving en belangen tegen elkaar af te wegen. De doelen zijn volgens de overheid alleen te halen door samen te werken; als voorbeeld wordt genoemd dat afspraken over bijvoorbeeld grote zonprojecten in de ene gemeente, invloed hebben op een buurgemeente. In het Interbestuurlijke Programma (februari 2018) is daarom afgesproken om een meerjarige programmatische nationale aanpak uit te werken met landsdekkende regionale energiestrategieën. Hiervoor is Nederland verdeeld in dertig energieregio's.[33]

30 Naar aanleiding van de coronacrisis is het oorspronkelijke tijdschema aangepast, zie www.regionale-energiestrategie.nl/Nieuws/1632540.aspx?t=Ruimte-in-tijdschema-RES'en.

31 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 20 en 23.

32 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 23-24.

33 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 12.

De Regionale Energiestrategieën bieden een kader waarbinnen gemeenten, provincies en waterschappen op een regionaal niveau samenwerken 'om integrale afwegingen te maken over de opwekking van duurzame elektriciteit, de warmtetransitie in de gebouwde omgeving en de daarvoor benodigde opslag en infrastructuur'. Hier moeten ook netbeheerders, bedrijven en maatschappelijke partijen bij worden betrokken. De focus ligt daarbij zoals eerder vermeld op de realisatie van de opwekking van 35 TWh hernieuwbare energie op land in 2030 (en het ontwikkelen van een Regionale Structuur Warmte). De vaststelling van de RES vindt volgens het Klimaatplan plaats door de gemeenteraden, Provinciale Staten en de algemene besturen van de waterschappen.[34]
Het Klimaatplan benadrukt dat de RES niet leidt tot wijzigingen in de bestaande taken en bevoegdheden van overheden. De uitkomsten van het RES-proces dienen volgens het Klimaatplan door gemeenten, provincies en waterschappen te worden vastgelegd in de gemeentelijke en provinciale omgevingsvisie, in het omgevingsplan en in de omgevingsverordening en waterschapsverordening.[35] Op die manier moeten de op regionale schaal gemaakte afwegingen worden geborgd.[36]

3.4 De juridische status van de nationale doelstellingen en van de RES

Conform het Klimaatakkoord en het Klimaatplan moeten RES'en worden opgesteld, maar er is geen juridische verplichting waarmee de inhoud ervan kan worden afgedwongen. Het kan dus voorkomen dat de plannen die gemeentes/regio's maken ter uitvoering van de Europese en landelijke doelstellingen in de praktijk niet (kunnen) worden uitgevoerd.
Het Klimaatakkoord en het Klimaatplan geven wel expliciet aan dat de geformuleerde doelstellingen niet vrijblijvend zijn. Desondanks is er de afspraak dat problemen (bijvoorbeeld wanneer de RES'en niet optellen tot de landelijke doelstelling van ten minste 35 TWh grootschalig hernieuwbaar op land in 2030) allereerst worden opgelost via bestuurlijke samenwerking en overleg. Indien de energieregio's er uiteindelijk niet in slagen om gezamenlijk tot een invulling van de doelstellingen hernieuwbaar op land en warmte te komen, dan komen de instrumenten van de Omgevingswet in beeld.[37] Volgens het Klimaatakkoord en het Klimaatplan gaat het dan om instrumenten zoals het vaststellen van een omgevingswaarde, een omgevingsprogramma of in het ultieme geval het inzetten van het instrument projectbesluit.[38] Hier gaan wij in paragraaf 4 en 5 van deze bijdrage verder op in.

34 Klimaatplan 2021-2030, p. 43.
35 Wij vragen ons overigens af of de waterschapsverordening daarvoor de meest logische plek is. Het beheerprogramma of beleidsregels lijken ons meer voor de hand te liggen.
36 Klimaatplan 2021-2030, p. 44.
37 Deze instrumenten komen overigens ook in beeld wanneer het wél lukt om de invulling van de doelstellingen te bereiken, namelijk om de energiedoelstellingen te vertalen in het omgevingsbeleid.
38 Klimaatakkoord, p. 227, Klimaatplan 2021-2030, p. 44.

3.5 Hoe kunnen de instrumenten van de Omgevingswet volgens het Klimaatplan en de Handreiking RES bijdragen aan de juridische verankering van de doelstellingen van de energietransitie?

Het Klimaatplan geeft aan dat de uitkomsten van het RES-proces door de gemeenten, provincies en waterschappen moeten worden vastgelegd in de gemeentelijke en provinciale omgevingsvisies, in het omgevingsplan en in de omgevingsverordening en waterschapsverordening.[39] De water(beheer)programma's kunnen ook een rol spelen wanneer het gaat om de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.[40] De RES dient als een bouwsteen voor het decentrale omgevingsbeleid, waarin uiteindelijk de integrale besluitvorming over de fysieke leefomgeving plaats moet vinden.[41] Tegelijkertijd suggereert de Handreiking RES dat de omgevingsvisies die nu in ontwikkeling zijn ook als inspiratiekader kunnen dienen voor het opstellen van de RES'en. De handreiking geeft ook aan dat het verstandig is om bij het opstellen van de RES'en aansluiting te zoeken met het proces van de Omgevingsagenda.[42] Ook kunnen reeds bestaande omgevingsvisies op basis van het Klimaatakkoord aanpassing behoeven. Het opstellen van een omgevingsvisie waarin de energietransitie wordt meegenomen, is geen lineair, maar een cyclisch proces. Zie figuur 1 en 2 hieronder.

Het tijdspad van de RES (de RES 2.0 moet worden opgeleverd in juli 2023) loopt overigens voor een deel gelijk op met de provinciale omgevingsvisies (deze moeten uiterlijk in 2024 vastgesteld zijn). De Handreiking RES geeft expliciet aan dat de gewenste kwaliteiten van de fysieke leefomgeving of onderdelen daarvan concreter kunnen worden gemaakt door die juridisch vast te leggen. Op deze manier worden ook andere overheden gebonden om mee te werken aan de realisatie van het energietransitiebeleid. De Handreiking RES geeft aan dat deze juridische borging bijvoorbeeld kan worden gerealiseerd door eisen vast te leggen in omgevingswaarden, door een programma vast te stellen, of met instructieregels over taken en bevoegdheden van andere overheden.[43] In het vervolg van deze bijdrage zullen wij ingaan op de vraag in hoeverre de instrumenten van de Omgevingswet daadwerkelijk in die juridisch borging kunnen voorzien.

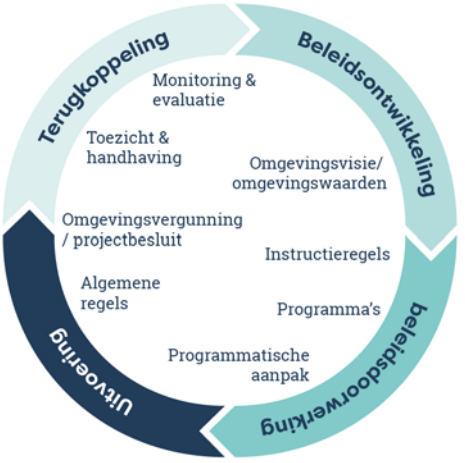
39 Klimaatplan 2021-2030, par. 3.2.

40 Zie de bijdrage van Van Kempen en Van Hees (hoofdstuk 9) voor de rol die water(beheer)programma's kunnen spelen in de energietransitie.

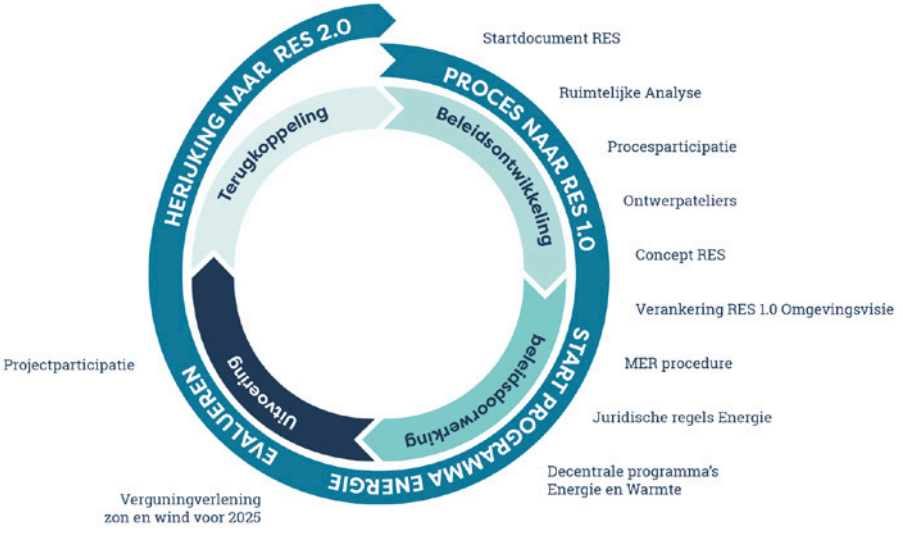
41 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 13.

42 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 65.

43 Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 64.



Figuur 1 Het proces van het Omgevingsbeleid.
Bron: Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 64



Figuur 2 RES-proces in relatie tot Omgevingsbeleid.
Bron: Handreiking Regionale Energiestrategie 1.1, p. 65

4 De juridische verankering van de energiedoelstellingen door de betrokken overheden

De bij de RES betrokken overheden zullen hun deel van de energiedoelstellingen moeten verankeren in de juridische instrumenten die de Omgevingswet hun zal bieden. In deze paragraaf wordt bezien welke instrumenten de overheden daarvoor kunnen inzetten, op welke wijze zij dat kunnen doen en wat de juridische betekenis daarvan is.

4.1 Energiedoelstellingen onderdeel van de doelstellingen van de Omgevingswet?

Voordat wij ingaan op de verschillende instrumenten die de Omgevingswet biedt, is het van belang om te onderzoeken in hoeverre deze instrumenten wel voor het bereiken van de energiedoelstellingen kunnen worden ingezet. Voor zover het bereiken van de (hernieuwbare) energiedoelstellingen gevolgen heeft voor de fysieke leefomgeving staat buiten kijf dat dit bij de inzet van deze instrumenten moet worden betrokken. Dat vloeit ook met zoveel woorden uit artikel 1.2 lid 3 onder b Omgevingswet voort, waarin als gevolgen voor de fysieke leefomgeving in ieder geval de gevolgen worden begrepen die kunnen voortvloeien uit het gebruik van natuurlijke hulpbronnen door de mens, waaronder zonne- en windenergie, biomassa, warmte, waterkracht en energie uit zee.[44] De aanleg van een windpark, biomassacentrale of een waterkrachtcentrale kan immers ingrijpende gevolgen voor (aspecten van) de fysieke leefomgeving hebben, zoals voor landschappen, natuur, water, woon- en leefklimaat, enzovoort. Om de energiedoelstellingen daadwerkelijk te kunnen bereiken, is de inzet van het instrumentarium uit de Omgevingswet noodzakelijk. In veel gevallen zullen de projecten die gericht zijn op het bereiken van de energiedoelstellingen op grond van het geldende instrumentarium op dit moment namelijk vanwege de gevolgen voor de fysieke leefomgeving (ter plaatse) nog niet of slechts onder voorwaarden kunnen worden toegestaan. Het instrumentarium van de Omgevingswet heeft in zoverre een faciliterende rol voor het bereiken van de energiedoelstellingen.

Een andere vraag is of het bereiken van de energiedoelstellingen ook onderdeel uitmaakt van de doelstellingen van de Omgevingswet. Een bevestigend antwoord betekent namelijk dat de bestuursorganen de taken en bevoegdheden die zij op grond van de Omgevingswet hebben ook met het oog op het bereiken van deze energiedoelstellingen moeten uitoefenen.[45] De juridische instrumenten van deze wet kunnen dan ook met dat doel worden ingezet en de doelstellingen kunnen ook met behulp van die instrumenten bindend worden vastgelegd in bijvoorbeeld programma's, omgevingswaarden, omgevingsplannen en instructieregels.

44 Zie de definitie van 'natuurlijke hulpbronnen' in art. 1.1 lid 1 jo. bijlage Ow.
45 Art. 2.1 lid 1 Ow.

Ons inziens kan worden gesteld dat de energiedoelstellingen onder de doelstellingen van de wet vallen, omdat daarmee klimaatverandering en de uitstoot van andere verontreinigende stoffen die vrijkomen bij grijze energieopwekking, zoals kolen- en gascentrales kunnen worden tegengegaan, waardoor met het oog op een duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu kan worden bewerkstelligd.[46] Ook artikel 2.1 lid 3 Ow wijst in die richting, omdat ingevolge deze bepaling de uitoefening van taken en bevoegdheden met het oog op de doelen van wet kan worden uitgewerkt of begrensd ten aanzien van onder meer het tegengaan van klimaatverandering en beheer van natuurlijke hulpbronnen (waaronder ook grijze en groene energiebronnen). Dat impliceert dat het tegengaan van klimaatverandering en het beheer van natuurlijke hulpbronnen onderdeel uitmaken van de doelstellingen van de wet. Anders zou een nadere begrenzing of uitwerking immers niet mogelijk zijn. Een ander argument voor onze stelling kan worden gevonden in de uitleg die in de memorie van toelichting wordt gegeven van het begrip 'gebruiksruimte'. Daaruit vloeit namelijk voort dat ook ten aanzien van CO_2-emissies,[47] energie en natuurlijke hulpbronnen kan worden gesproken van 'gebruiksruimte' in de zin van de Omgevingswet. In de memorie van toelichting wordt dit als volgt verwoord:

> 'Het concept gebruiksruimte wordt (maar dan aangeduid als milieugebruiksruimte) overigens al geruime tijd gehanteerd in het milieubeleid. In de praktijk heeft het echter niet alleen betrekking op milieuwaarden, maar ook op zaken als natuur, energie, natuurlijke hulpbronnen en ruimtebeslag. Gezien de reikwijdte van de Omgevingswet, wordt hier "gebruiksruimte' gehanteerd in plaats van "milieugebruiksruimte".'[48]

Beseft moet worden dat de energiedoelstellingen uit de RES niet door de bij de RES betrokken overheden zelf zullen worden gerealiseerd, in die zin dat zij niet zelf de initiatiefnemers zijn van hernieuwbare energieprojecten. De daadwerkelijke realisering van de energiedoelstellingen en de daarvoor noodzakelijke uit te voeren projecten zullen met name door private initiatiefnemers moeten worden gerealiseerd. Bestuursorganen kunnen initiatiefnemers daarin vanzelfsprekend wel faciliteren door deze energieprojecten omgevingsrechtelijk mogelijk te maken. In die zin is de rol van overheden in omgevingsrechtelijke zin beperkt. Wel kunnen zij met behulp van andere instrumenten initiatiefnemers stimuleren om van omgevingsrechtelijke mogelijkheden ook daadwerkelijk gebruik te maken, zoals door middel van subsidieregelingen en financieringsfaciliteiten.

46 Art. 1.3 Ow.
47 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 285.
48 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 286.

4.2 Omgevingsvisies

De maatregelen uit de RES, die een belangrijke bijdrage leveren aan het bereiken van de nationale energie- en klimaatdoelstellingen, zullen uiteindelijk moeten worden geïntegreerd in de omgevingsvisies van provincies en gemeenten en de beheerprogramma's van de waterschappen. Dat geldt in ieder geval voor de gevolgen die deze doelstellingen en maatregelen hebben voor de fysieke leefomgeving. De betrokken overheden zullen moeten beoordelen welk deel van de energiedoelstellingen zij op welke locatie en op welke wijze binnen hun territoir mogelijk kunnen maken gelet op gevolgen voor de fysieke leefomgeving ter plaatse. Daarbij zullen het rendement van de wijze waarop hernieuwde energie wordt verkregen *en* de gevolgen daarvan voor de fysieke leefomgeving, integraal moeten worden afgewogen. In gebieden waarin er veel potentie is voor grootschalige zonne-energie op daken en in geluidsschermen langs wegen, zou bijvoorbeeld prioriteit aan deze oplossingen kunnen worden gegeven, zodat de keuze voor grootschalige windparken met ingrijpende gevolgen voor de directe fysieke leefomgeving ter plaatse minder voor de hand ligt.
Uiteindelijk zullen de in de RES gemaakte keuzes, voor zover deze relevant zijn voor de fysieke leefomgeving, in de omgevingsvisie van de betrokken gemeenten en provincies en beheerprogramma's van de waterschappen kunnen worden opgenomen.[49] Deze omgevingsvisies en beheerprogramma's zijn echter *niet juridisch bindend* voor de burger of andere dan de vaststellende overheden. Over de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn de bestuursorganen die omgevingsvisies opstellen wel in zekere zin gebonden aan hun eigen beleid.[50] Die binding is echter niet absoluut, aangezien zij gemotiveerd van omgevingsvisies kunnen afwijken. In een omgevingsvisie geformuleerd beleid dat de gemeente (of provincie) ernaar streeft om in een bepaald jaar energieneutraal te zijn, heeft slechts een beperkte mate van zelfbinding, omdat daarvan gemotiveerd kan worden afgeweken. Vanzelfsprekend zal over de wijze waarop door het gemeentebestuur (of provinciebestuur) invulling is gegeven aan deze beleidsuitspraak wel politiek-bestuurlijk verantwoording moeten worden afgelegd.
Afwijkingsmogelijkheden van beleidsuitspraken in omgevingsvisies zijn voor bestuursorganen die deze visies hebben vastgesteld beperkter, indien deze beleidsuitspraken worden vastgelegd in *beleidsregels* in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Bestuursorganen mogen daarvan immers slechts in bijzondere gevallen afwijken.[51] Als er in een omgevingsvisie een beleidsregel wordt opgenomen die bijvoorbeeld inhoudt dat bij de vaststelling en herziening van een omgevingsplan of een omgevingsvergunning waarmee van het geldende omgevingsplan wordt afgeweken een voorwaardelijke verplichting zal (moeten) worden opgenomen op grond waarvan nieuw te bouwen gebouwen energieneutraal moeten zijn of nieuw op te richten

49 Zie ter vergelijking bijvoorbeeld de doelstelling van het Nationale Energieakkoord die ruimtelijk vertaald is in de Structuurvisie Windenergie op land, waarin de doelstelling wordt geformuleerd om voor 2020 in de daarvoor aangewezen gebieden grootschalige windprojecten te realiseren met een vermogen van totaal 6.000 MW.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 115-116.

51 Zie art. 4:84 Awb.

geluidschermen van zonnepanelen moeten worden voorzien,[52] dan zal de gemeenteraad daarvan alleen kunnen afwijken als het volgen van de beleidsregel voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.
Er staat geen beroep bij de bestuursrechter open tegen omgevingsvisies[53] en dus ook niet tegen de gemaakte keuzes ten aanzien van de wijze waarop de energiedoelstellingen daarin zijn vertaald. Wel kan eenieder daaromtrent zijn zienswijzen naar voren brengen.[54]

Kortom, of het vertalen van energiedoelstellingen en maatregelen in een omgevingsvisie in juridisch opzicht van betekenis is, hangt af van de wijze waarop de beleidsuitspraken zijn geformuleerd. Blijft het bij intenties, dan is die juridische betekenis gering, worden er beleidsregels in een omgevingsvisie opgenomen over de uitoefening van bevoegdheden op grond van de Omgevingswet die voor burgers bindend zijn, dan is de juridische betekenis juist groot. Deze betekenis van beleid(sregels) blijft overigens beperkt tot het bestuursorgaan dat het beleid (of de beleidsregels) heeft vastgesteld en de burgers die hen op het hanteren van die beleidsregels in rechte kunnen aanspreken.

4.3 Omgevingswaarden[55]

De vraag is of en in hoeverre bestuursorganen hun energiedoelstellingen uit de RES in omgevingswaarden kunnen uitdrukken. Voor zover dat mogelijk is, kunnen bestuursorganen in juridisch opzicht strikter worden gebonden aan het bereiken van deze energiedoelstellingen. Omgevingswaarden gelden namelijk als 'een juridisch bindend kwalitatief beleidsdoel voor de overheid die de omgevingswaarde heeft vastgesteld, dat met de inzet of aanwending van de bevoegdheden die aan dat bestuur zijn toegedeeld moet worden gehaald of nagestreefd'.[56] Een omgevingswaarde moet namelijk worden geformuleerd als een concrete inspannings-, of resultaatverplichting voor een bestuursorgaan, die dat bestuursorgaan voor één of meer locaties moet bereiken. Daaraan kan ook een termijn worden verbonden. Ook geldt een motiveringsplicht voor het bestuursorgaan dat de omgevingswaarde vaststelt, in die zin dat

52 Op grond van het Bbl kan bij maatwerkregels van de energieprestatie-eisen van het Bbl worden afgeweken.

53 Omgevingsvisies zullen op de negatieve lijst in de zin van art. 8:5 Awb jo. art. 1 Bijlage 2 worden geplaatst. Zie art. 2.2 onderdeel B Invoeringswet (*Kamerstukken I* 2018/19, 34986, A).

54 Wel kan de bestuursrechter de inhoud van omgevingsvisies exceptief toetsen in het kader van een beroepsprocedure tegen een appellabel besluit dat (mede) op de omgevingsvisie is gebaseerd en wegens strijd met het recht buiten toepassing laten of onverbindend verklaren. Zie bijvoorbeeld over exceptieve toetsing van beleidsregels: ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL1832, *AB* 2010/309, m.nt. L.J.A. Damen en ABRvS 28 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1114, *Gst.* 2009/66, m.nt. A. Tollenaar.

55 Zie uitgebreider over omgevingswaarden: F.A.G. Groothuijse, 'Omgevingswaarden waardevol?', *TO* 2016/4, p. 104-109.

56 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 96.

hij zal moeten onderbouwen welke taken en bevoegdheden op grond van deze en een andere wet in ieder geval worden ingezet om aan de omgevingswaarde te voldoen. Niet alleen geldt er een concrete verplichting voor een bestuursorgaan om te voldoen aan een omgevingswaarde, ook moet die omgevingswaarde worden gemonitord. Dat is ook de reden dat omgevingswaarden op grond van artikel 2.9 lid 3 Ow in objectieve termen, zoals meetbare of berekenbare eenheden, moeten worden uitgedrukt. Als uit monitoringsresultaten blijkt dat een omgevingswaarde (dreigt te) worden overschreden, dan rust er op het bestuursorgaan tevens de wettelijke plicht om een programma vast te stellen gericht op het voldoen aan die omgevingswaarde. In dat programma moeten de maatregelen worden opgenomen, die het programma-vaststellende orgaan zal treffen om te voorkomen dat de omgevingswaarde wordt overschreden of om ervoor te zorgen dat de overschrijding van de omgevingswaarde ongedaan wordt gemaakt.[57] Als uit de monitoringsresultaten blijkt dat met het vastgestelde programma niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan, zal het programma zodanig moeten worden gewijzigd dat binnen een passende termijn[58] aan de omgevingswaarde wordt voldaan.[59]

Door het concretiseren van de energiedoelstellingen in inspannings- en resultaatsverplichtingen[60] naar plaats en tijd in omgevingswaarden, worden deze doelstellingen in juridisch opzicht sterker verankerd en kunnen bestuursorganen – mede door de wettelijke monitorings- en programmaplicht – eenvoudiger op het bereiken van hun energiedoelstellingen worden afgerekend.[61] Ook biedt de vaststelling van een omgevingswaarde de gemeenteraad de mogelijkheid om het college van B&W een inspannings- of resultaatsverplichting mee te geven ten aanzien van de te bereiken energiedoelstellingen. Dat geldt vanzelfsprekend op provinciaal niveau ook voor Provinciale Staten die Gedeputeerde Staten een concrete inspannings- of resultaatsverplichting kan meegeven.

Terugkomend op de vraag die wij aan het begin van deze paragraaf stelden, zijn wij van mening dat het twijfelachtig is of de energiedoelstellingen, voor zover het de daadwerkelijk te realiseren hernieuwbare energie betreft, in omgevingswaarden kunnen worden geconcretiseerd. Reeds eerder hebben wij betoogd dat de

57 Art. 3.5 onder b Ow.

58 Wat een passende termijn is, laat de wet in het midden. Ook de parlementaire geschiedenis geeft daarover geen duidelijkheid, anders dan dat dit afhangt van de omstandigheden van het geval. Zie voor kritiek op de onbepaaldheid van deze termijn: S. van 't Foort en J. Kevelam, 'Het waarborgen van duurzaamheid in de Omgevingswet', *TO* 2015/1, p. 14.

59 Art. 3.11 lid 2 Ow.

60 Die juridische verankering is het sterkst als de omgevingswaarde wordt uitgedrukt in een resultaatsverplichting, waarbij er ook een termijn wordt aangegeven waarbinnen aan die verplichting moet worden voldaan.

61 In juridisch opzicht kan daar nog aan toe worden gevoegd dat het niet voldoen aan een omgevingswaarde in het kader van het generieke interbestuurlijke toezicht – in het bijzonder de taakverwaarlozingsregeling – nog een rol speelt.

energiedoelstellingen deel uitmaken van de doelstellingen voor de fysieke leefomgeving, zodat wordt voldaan aan de eis dat omgevingswaarden moeten worden vastgesteld met het oog op de doelen van de wet.[62] Omgevingswaarden kunnen echter uitsluitend worden vastgesteld als dat doelmatig is. Dat wil zeggen dat het vaststellende bestuursorgaan wel mogelijkheden moet hebben om een vastgestelde omgevingswaarde ook daadwerkelijk via publiekrechtelijke instrumenten te bereiken.[63] Nu de energiedoelstellingen voor hernieuwbare energie primair door private initiatiefnemers zullen moeten worden gerealiseerd, kunnen bestuursorganen de uitvoering van energieprojecten wel faciliteren,[64] maar hebben zij maar zeer beperkte mogelijkheden om af te dwingen dat die projecten – en daarmee de energiedoelstellingen van de RES – ook daadwerkelijk zullen worden gerealiseerd. Of door bestuursorganen gefaciliteerde windparken ook daadwerkelijk worden gerealiseerd, is nu eenmaal afhankelijk van de markt.

Een ander obstakel voor het vastleggen van de duurzame energiedoelstellingen van de RES in een omgevingswaarde, is dat een omgevingswaarde de gewenste staat of kwaliteit van de leefomgeving, de toelaatbare belasting door activiteiten of de toelaatbare concentratie of depositie van stoffen moet bevatten (zie art. 2.9 lid 2 Ow). Het is in onze ogen maar zeer de vraag of de wijze van energieopwekking onder één van deze categorieën kan worden gebracht. Het gaat daarbij in ieder geval niet om een toelaatbare belasting, zoals geluid- of geurbelasting of een toelaatbare concentratie of depositie door activiteiten, zoals een emissie- of immissienorm voor een verontreinigende stof (zoals een emissienorm voor NOx of fijnstof naar de lucht). Mogelijk dat de hoeveelheid te realiseren hernieuwbare energie kan worden geschaard onder 'de staat of kwaliteit van de leefomgeving', maar dat zou naar onze mening wel een erg ruime interpretatie vergen. De hoeveelheid of de aard van op te wekken energie op zichzelf levert namelijk in onze ogen geen bepaalde staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving op. Daarvoor is eerst een vertaling naar een onderdeel van de fysieke leefomgeving nodig, zoals een bouwwerk, de lucht, een landschap, natuur, het water, enzovoort. Een omgevingswaarde moet met andere woorden een relatie leggen met een onderdeel van de fysieke leefomgeving. Energie(opwekking) op zichzelf is geen onderdeel van de fysieke leefomgeving, zodat een omgevingswaarde daarop geen betrekking kan hebben.
Al met al komen wij tot de conclusie dat de vaststelling van een omgevingswaarde met betrekking tot een hoeveelheid te realiseren hernieuwbare energie niet mogelijk is, omdat het vaststellende bestuursorgaan een dergelijke omgevingswaarde niet zelfstandig kan bereiken en vaststelling daarvan dus niet doelmatig is. Bovendien is energieopwekking zelf geen onderdeel van de fysieke leefomgeving en kan een minimaal op te wekken hoeveelheid hernieuwbare energie niet worden aangemerkt

62 Art. 2.9 lid 1 Ow.
63 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 98-99 en p. 407.
64 Op de vraag of een taakstelling voor de ruimtelijke facilitering van een bepaalde hoeveelheid hernieuwbare energie kan worden uitgedrukt in een omgevingswaarde zal in de laatste alinea van deze paragraaf worden ingegaan.

als 'de staat of kwaliteit van fysieke leefomgeving'.[65] Op gemeentelijk niveau moeten omgevingswaarden in het omgevingsplan worden opgenomen, zodat daartegen beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak openstaat. Onze verwachting is dat een omgevingswaarde waarin de hoeveelheid op te wekken hernieuwbare energie als inspannings- of resultaatsverplichting wordt verankerd de rechterlijke toets om bovengenoemde redenen niet zal doorstaan.

Gelet op de hiervoor besproken beperkingen zal de vaststelling van een omgevingswaarde in onze ogen kansrijker zijn als de energiedoelstelling uit de RES ruimtelijk wordt vertaald. Het gemeentebestuur zou bijvoorbeeld in een omgevingswaarde de inspannings- of resultaatsverplichting kunnen opnemen om binnen de gemeentegrens locaties te reserveren of te bestemmen voor zonne- en/of windenergieprojecten die tezamen minimaal een bepaalde hoeveelheid energie (kunnen) opwekken.[66] Omdat een omgevingswaarde moet worden uitgedrukt in objectieve termen, zal de hoeveelheid op te wekken hernieuwbare energie vertaald moeten kunnen worden naar het benodigde grondoppervlak. De vaststelling van een dergelijke omgevingswaarde voldoet wel aan het doelmatigheidsvereiste, aangezien het gemeentebestuur de bevoegdheid heeft om het omgevingsplan te herzien en zonne- en windprojecten op locaties mogelijk te maken. Naar onze mening is het echter nog wel twijfelachtig of een dergelijke omgevingswaarde uitdrukking geeft aan 'de staat of kwaliteit van de leefomgeving', zodat het onzeker is of de vaststelling van een dergelijke omgevingswaarde juridisch door beugel kan.

5 Hoe kan de Omgevingswet bijdragen aan een taakverdeling voor het bereiken van de doelstellingen tussen de bij de energietransitie betrokken bestuursorganen?

De landelijke energiedoelstellingen voor de energietransitie moeten worden verdeeld over het Rijk, de provincies, gemeenten en waterschappen. Die verdeling zal veelal getrapt plaatsvinden, in die zin dat het Rijk energiedoelstellingen, voor zover het deze zelf niet realiseert of mogelijk maakt, aan provincies toedeelt (zoals bij wind op land eerder ook al is gebeurd) en de provincies een deel van de doelstellingen op hun beurt weer zullen willen toedelen aan gemeenten en waterschappen. De RES-systematiek vormt onderdeel van een dergelijke toedeling, aangezien van de energieregio's wordt verwacht om in de RES'en een bod te doen op welk deel van de vereiste 35 TWh hernieuwbare energie op land ze voor hun rekening kunnen nemen. Vervolgens moeten de ruimtelijke maatregelen voor hernieuwbare energie op land in de energieregio's echter worden verankerd in het omgevingsbeleid. Dit brengt mee dat de verantwoordelijkheid voor het ruimtelijk mogelijk maken van de energieopgave per

65 Een dergelijke omgevingswaarde is in onze ogen in strijd met art. 2.9 lid 2 Ow.

66 Bij het vaststellen van een dergelijke omgevingswaarde zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen de hoeveelheid te faciliteren zonne- en windenenergie. Dat kan op regionaal of nationaal niveau van belang zijn om de afhankelijkheid van één type hernieuwbare energie in de regio of het land te beperken.

energieregio, moet worden verdeeld over de overheden die betrokken zijn in de RES. Over die verdeling kunnen overheden vrijwillig bestuursakkoorden sluiten, maar het sluiten daarvan kost veel tijd en bovendien is niet uitgesloten dat er uiteindelijk geen akkoord wordt bereikt. Bovendien zijn bestuursakkoorden in algemene zin lastig in rechte afdwingbaar. De vraag is dan ook op welke wijze de interbestuurlijke instrumenten uit de Omgevingswet (eventueel aanvullend op bestuursakkoorden) door het Rijk en provinciebesturen kunnen worden ingezet om de doelstellingen op een juridisch afdwingbare wijze toe te delen (en te verdelen) over de 'lagere' overheden. Die instrumenten kunnen naast bestuursakkoorden van belang zijn indien 'lagere' overheden hun energiedoelstellingen niet, onvoldoende of niet snel genoeg (aan het behalen van de energiedoelstellingen zijn immers deadlines verbonden) in hun beleid verankeren. Deze instrumenten hoeven niet altijd te worden ingezet om effect te sorteren, omdat de wetenschap bij 'lagere' overheden dat deze *kunnen* worden ingezet als zij niet of onvoldoende (snel) meewerken al kunnen stimuleren tot 'vrijwillige' medewerking van deze overheden.

Meer concreet gaan wij hierna in op het programma, de instructieregel en de instructie. De vraag is of met deze instrumenten van de Omgevingswet een verdeling van de energiedoelstellingen kan worden bewerkstelligd. Het is vooraf goed om op te merken dat het voor de inzet van deze instrumenten niet nodig is dat de energiedoelstellingen in de vorm van een omgevingswaarde zijn gegoten. De programma's en instructieregels kunnen ook worden ingezet ten aanzien van zogenoemde 'andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving'.[67] Blijkens de memorie van toelichting wordt hiermee gedoeld op doelstellingen 'die, ter uitvoering van de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet, worden geformuleerd door de bestuursorganen die zijn belast met taken en bevoegdheden op het gebied van de fysieke leefomgeving'.[68] In de nota naar aanleiding van het verslag wordt opgemerkt dat deze andere doelstellingen 'kunnen blijken uit alle schriftelijke openbare documenten van de provincie en het Rijk'.[69] Gedacht kan worden aan energiedoelstellingen opgenomen in omgevingsvisies en programma's, maar ons inziens ook aan de doelstellingen zoals opgenomen in de RES. Voor het vaststellen van programma's of instructieregels is dan ook niet noodzakelijk dat de energiedoelstellingen zijn opgenomen in omgevingswaarden of in een omgevingsvisie. Zoals hierboven al is betoogd, vallen de energiedoelstellingen onder de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet en kunnen de instrumenten van de Omgevingswet dan ook worden ingezet voor het bereiken van deze doelstellingen. Ten aanzien van de 'andere doelstellingen' gelden ook niet de beperkingen die wel gelden ten aanzien van het vaststellen van omgevingswaarden (zoals dat deze zullen moeten zien op de gewenste staat of kwaliteit van de leefomgeving, zie par. 4.3).

67 Zie art. 2.24 Ow ten aanzien van (rijks)instructieregels en art. 3.5 Ow ten aanzien van programma's.

68 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 101.

69 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 63.

5.1 Programma's

In een programma kan op rijks-, provinciaal of gemeentelijk niveau een maatregelenpakket worden vastgesteld gericht op het bereiken van de eigen energiedoelstellingen. De programma's worden vastgesteld door B&W, Gedeputeerde Staten, de verantwoordelijke minister of het algemeen bestuur van het waterschap.[70] Anders dan de omgevingsvisies hebben de programma's een meer uitvoeringsgericht karakter. De energiedoelstelling kan in het programma zelf worden verwoord, maar het programma kan ook gericht zijn op het bereiken van de energiedoelstellingen die zijn opgenomen in de omgevingsvisie of energiedoelstellingen waarvoor omgevingswaarden zijn vastgesteld.[71] De maatregelen opgenomen in het programma kunnen zowel maatregelen zijn waar nog publiekrechtelijke besluitvorming voor nodig is, zoals het verstrekken van subsidies, als feitelijke maatregelen.[72]

Van een juridisch bindende verdeling van de maatregelen gericht op het bereiken van de energiedoelstellingen is door vaststelling van een programma echter geen sprake. Programma's binden alleen de vaststellende organen. Binding van lagere decentrale overheden zal moeten plaatsvinden door middel van het vaststellen van instructieregels.
Wel kunnen bestuursorganen vrijwillig gezamenlijk een programma vaststellen.[73] Een gezamenlijke vaststelling heeft als voordeel dat er afstemming kan plaatsvinden tussen de te treffen maatregelen en in te zetten instrumenten, waarbij de afspraken in het kader van de RES als uitgangspunt kunnen worden genomen. Alle betrokken bestuursorganen zijn aan het gezamenlijke programma gebonden voor zover het de uitvoering van hun taken of bevoegdheden betreft. Taken en bevoegdheden kunnen evenwel niet worden overgedragen op basis van het programma. De controle op de daadwerkelijke uitvoering van het (gezamenlijke) programma ligt bij de vertegenwoordigende organen (gemeenteraad, Provinciale Staten of Tweede Kamer).[74] Er is geen uitvoeringsplicht ten aanzien van de (onverplichte) programma's opgenomen in de Ow. Bij AMvB kan er wel een uitvoeringsplicht in het leven worden geroepen, maar dat is vooralsnog ten aanzien van programma's gericht op het bereiken van energiedoelstellingen niet gebeurd.[75]

70 Art. 3.4 Ow. Zie over de programma's in de Omgevingswet o.a. M.C. Brans, 'Over(heid) tot actie: programma's in de Omgevingswet', *TBR* 2014/166 en M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, 'De programmatische aanpak in de Omgevingswet: ruimte voor ontwikkelingen, waarborgen voor kwaliteit?', *TO* 2014/3.

71 Art. 3.5 Ow. In par. 4.3 hebben wij reeds betoogd dat het vaststellen van omgevingswaarden voor energiedoelstellingen in de vorm van een te bereiken hoeveelheid hernieuwbare energie in onze ogen niet mogelijk is.

72 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 118.

73 Art. 2.2 Ow. Een verplichting tot gezamenlijke vaststelling kan alleen bij AMvB worden gesteld indien het gaat om de verplichte programma's van par. 3.2.2 Ow (zie art. 3.13 Ow).

74 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 128.

75 Art. 3.12 Ow.

Een uitvoeringsplicht is wel van toepassing op maatregelen opgenomen in een zogenoemd programma met een programmatische aanpak in de zin van paragraaf 3.2.4 Ow, waarbij wel is vereist dat de aangewezen bestuursorganen met het opnemen van de maatregelen in het programma hebben ingestemd.[76] Een programma met programmatische aanpak kan worden aangewezen bij AMvB, provinciale verordening of omgevingsplan. Een dergelijk programma is echter vooral van betekenis als de gebruiksruimte in een gebied onder druk staat.[77] Door aannemelijk te maken dat voldoende verbetermaatregelen worden getroffen om de doelstelling voor de fysieke leefomgeving te bereiken, kunnen activiteiten toch doorgang vinden. In die zin is het programma met een programmatische aanpak naar onze mening niet bruikbaar voor het bereiken van de energiedoelstellingen, waarbij het vooral gaat om het treffen van faciliterende maatregelen voor de energietransitie en niet zozeer om een (her)verdeling van de gebruiksruimte.
Kortom, de energiedoelstellingen en beoogde maatregelen kunnen in een (gezamenlijk) programma worden opgenomen, maar daarmee kan geen juridisch bindende verdeling van de energiedoelstelling over de verschillende overheden worden bewerkstelligd.

5.2 Instructieregels en instructies

Instructieregels kunnen wel in zekere mate worden ingezet voor de verdeling van de energiedoelstellingen over de verschillende overheden. Instructieregels zijn algemeen verbindende voorschriften die zich richten tot bestuursorganen.[78] Door middel van het stellen van instructieregels kunnen het Rijk en de provincie hun energiedoelstellingen door laten werken naar de besluitvorming van lagere overheden. Zo kunnen onder meer instructieregels worden gesteld over de inhoud of motivering van programma's, omgevingsverordeningen en omgevingsplannen.[79]
Een belangrijke beperking daarbij is dat instructieregels over de inhoud van omgevingsverordeningen en omgevingsplannen alleen kunnen worden gesteld over de uitoefening van taken als bedoeld in paragraaf 2.4.1 Ow.[80] De taken genoemd in paragraaf 2.4.1 zien echter niet specifiek op het bereiken van de energiedoelstellingen. Dit betekent dat bijvoorbeeld niet bij AMvB kan worden bepaald dat elke provincie een bepaalde te realiseren energiedoelstelling (bijv. 3 TWh) in de omgevingsverordening moet vaststellen. Wel kunnen instructieregels worden gesteld over een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, bijvoorbeeld door het stellen van regels over aan te wijzen gebieden waar de realisering van zonneparken of windparken mogelijk is. De provincies kunnen dergelijke doelstellingen verder uitwerken in de omgevingsverordening (bijv. door aanwijzing van gebieden waar windparken kunnen worden

76 Art. 3.18 Ow.
77 Denk bijvoorbeeld aan het NSL. Zie ook art. 3.16 lid 1 Ow.
78 Zie over het instrument instructieregel o.a. D. Korsse, 'De instructieregelbevoegdheid in de Omgevingswet', *TBR* 2014/165 en R. Kegge, 'Interbestuurlijk toezicht in de Omgevingswet', *TBR* 2016/112.
79 Zie art. 2.23 Ow (instructieregels Provincie) en art. 2.25 Ow (instructieregels Rijk).
80 Zie art. 2.23 en 2.25 Ow.

toegestaan en waar niet) en door laten werken naar de besluitvorming op gemeentelijk niveau.
Naast instructieregels kunnen het Rijk en de Provincie ook zogenoemde instructies over een taak of bevoegdheid geven aan een bestuursorgaan om hun (energie) beleid door te laten werken.[81] Anders dan de instructieregels zijn instructies niet van algemene strekking, maar richten zich tot het specifieke (lagere) bestuursorgaan. Voor instructies ten aanzien van het stellen van regels in het omgevingsplan of de omgevingsverordening geldt echter, vergelijkbaar met de instructieregels, de beperking dat deze alleen kunnen worden gegeven indien dat nodig is met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

6 Conclusie

Ten aanzien van de verankering en verdeling van de energiedoelstellingen voor hernieuwbare energie (uit de RES) tussen de betrokken overheden kan het instrumentarium van de Omgevingswet wel een faciliterende en stimulerende rol spelen, maar een juridisch afdwingbare borging van de realisering van de energiedoelstellingen zelf is niet mogelijk. Dat heeft met name te maken met de beperkte mogelijkheden die bestuursorganen hebben om de doelstellingen voor hernieuwbare energie te bereiken, omdat zij daarvoor afhankelijk zijn van private partijen die deze hernieuwbare energie zullen moeten gaan opwekken. Daarbij kunnen bestuursorganen een faciliterende rol spelen door bijvoorbeeld in het omgevingsplan hernieuwbare energieprojecten mogelijk te maken, maar uiteindelijk zullen vooral private partijen die projecten moeten realiseren. Dat kunnen bestuursorganen niet op grond van de Omgevingswet juridisch afdwingen, omdat dit een te vergaande inbreuk zou zijn op de vrijheid van burgers en bedrijven.

Bestuursorganen kunnen om die reden de energiedoelstellingen ten aanzien van de hoeveelheid op te wekken hernieuwbare energie ook niet in omgevingswaarden uitdrukken. De vaststelling van omgevingswaarden moet immers doelmatig zijn en zij kunnen niet afdwingen dat die hernieuwbare energie ook daadwerkelijk wordt opgewekt. Bovendien is de hoeveelheid op te wekken hernieuwbare energie niet te beschouwen als ‘de staat of kwaliteit van de leefomgeving’. Om dezelfde reden is het niet mogelijk om door middel van instructieregels of instructies de energiedoelstellingen ten aanzien van een bepaalde hoeveelheid op te wekken hernieuwbare energie te verdelen over de verschillende bestuursorganen.

Wel kunnen bestuursorganen omgevingsvisies en programma’s vaststellen waarin zij hun ambities neerleggen ten aanzien van te bereiken energiedoelstellingen en welke maatregelen zij zullen nemen om die ambities te bereiken. Die maatregelen hoeven niet allemaal hun grondslag te vinden in de Omgevingswet. Voor de inzet van het instrumentarium van de Omgevingswet is wel vereist dat er een link wordt gelegd met

81 Art. 2.33 en 2.34 Ow.

de fysieke leefomgeving, zoals ruimtelijke reserveringen voor hernieuwbare energieprojecten (zonnevelden en windparken). Een omgevingswaarde op grond waarvan een inspannings- of resultaatsverplichting geldt ten aanzien van het reserveren of bestemmen van locaties voor zonne- of windenergieprojecten waarmee tezamen een bepaalde minimale hoeveelheid energie kan worden opgewekt, heeft een relatie met de fysieke leefomgeving en is niet ondoelmatig, zodat de vaststelling van een dergelijke omgevingswaarde mogelijk een optie is. Wij betwijfelen echter of een dergelijke omgevingswaarde de 'staat of kwaliteit van de omgeving' bepaalt, zodat onzeker is of een dergelijke omgevingswaarde in overeenstemming is met artikel 2.9 lid 2 Ow. Door middel van instructieregels en instructies kunnen de maatregelen om de energiedoelstellingen te bereiken ook aan bestuursorganen van 'lagere' overheden worden voorgeschreven, mits deze betrekking hebben op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De energiedoelstelling moet als het ware worden omgerekend naar het benodigde ruimtebeslag (bijvoorbeeld in hectaren) voor realisering van wind- of zonneparken, waarbij ook moet worden gekeken of de ontwikkeling past in de omgeving.

Kort gezegd, de realisering van de energiedoelstellingen uit de RES kan in onze ogen met behulp van de Omgevingswet wel worden gefaciliteerd en gestimuleerd, maar niet juridisch worden gegarandeerd.

12 De kansen van flexibiliteit in de Omgevingswet voor de duurzame ontwikkeling

Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager[1]

Samenvatting

In de Omgevingswet wordt flexibiliteit genoemd als het antwoord op de steeds complexere opgaven in de fysieke leefomgeving en het middel om een duurzame ontwikkeling te bevorderen. Denk aan de bevoegdheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften en maatwerkregels, en het treffen van een gelijkwaardige maatregel. In deze bijdrage wordt onderzocht of die flexibiliteitsinstrumenten van de Omgevingswet daadwerkelijk door decentrale overheden kunnen worden ingezet om de energietransitie te versnellen. Deze bijdrage laat zien dat het Besluit activiteiten leefomgeving slechts beperkte maatwerkmogelijkheden biedt, die aansluiten bij het Activiteitenbesluit milieubeheer. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet blijkt wel dat wordt nagedacht over een ruimere formulering. Het Besluit bouwwerken leefomgeving biedt voor bestaande bouwwerken niet veel meer mogelijkheden. Voor nieuwbouw is er wel meer ruimte met de mogelijkheid tot maatwerkregels voor de energieprestatiecoëfficiënt (EPC) en de milieuprestatie gebouwen (MPG). De gelijkwaardige maatregel zou, mits aangevraagd, voor een verdere lokale versnelling kunnen zorgen.

1 Inleiding

De energietransitie en de Omgevingswet, twee ontwikkelingen die in sneltreinvaart op ons af komen. Zijn dit ontwikkelingen met elk een eigen spoor? Of komen deze ontwikkelingen juist samen in de versnelling?

De energietransitie wordt weliswaar niet concreet genoemd in de Omgevingswet, maar valt naar onze overtuiging onder het overkoepelende begrip duurzaamheid. Duurzaamheid gaat volgens de wetgever namelijk over een schoon milieu en een duurzame energievoorziening, maar overigens ook over het concurrentievermogen van de economie, de toekomstbestendigheid van de zorg, ontwikkelingssamenwerking, onderwijs, cultureel erfgoed.[2]

1 Lianne Barnhoorn en Rieneke Jager zijn beiden advocaat, gespecialiseerd in het omgevingsrecht, bij Pels Rijcken.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 12.

Duurzame ontwikkeling

> ‘voorziet in de behoeften van de huidige generatie zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien, in gevaar te brengen.’[3] Duurzame ontwikkeling heeft in de Omgevingswet een centrale plaats gekregen.[4]

De versnelling van deze duurzame ontwikkeling gaat volgens de wetgever samen met flexibiliteit. Flexibiliteit wordt zelfs gezien als het antwoord op de steeds complexere opgaven in de fysieke leefomgeving en het middel om een duurzame ontwikkeling te bevorderen.[5] Flexibiliteit moet speelruimte en mogelijkheden voor maatwerk in individuele gevallen bieden. Hiertoe worden in de Omgevingswet verschillende instrumenten geïntroduceerd. Dat is bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften en maatwerkregels, en het treffen van een gelijkwaardige maatregel.[6] Daarnaast kan de generieke experimenteerbepaling in de Omgevingswet voor de nodige flexibiliteit zorgen.[7]

In deze bijdrage onderzoeken wij of flexibiliteitsinstrumenten door decentrale overheden kunnen worden ingezet om de energietransitie op lokaal niveau te versnellen. In paragraaf 2 volgt eerst een beschrijving van de flexibiliteitsinstrumenten. Aan de hand van het Besluit activiteiten leefomgeving (het Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (het Bbl) worden in de paragrafen 3 en 4 kansen genoemd, die de inzet van deze instrumenten voor de energietransitie biedt.[8] In paragraaf 5 sluiten wij af met enkele conclusies en aanbevelingen.

2 Flexibiliteitsinstrumenten in de Omgevingswet

2.1 Algemeen

De Omgevingswet voorziet in de mogelijkheid tot het stellen van een breed scala aan (algemene) rijksregels.[9] Algemene rijksregels over activiteiten in de fysieke leefomgeving worden onder de Omgevingswet opgenomen in twee algemene maatregelen van bestuur: het Bbl en het Bal. Het Bbl bevat algemene regels over het bouwen,

3 Art. 1.1 Ow en onderdeel A (begrippen) van de bijlage bij de Omgevingswet. Deze definitie is gebaseerd op het rapport *Our Common Future* van de commissie-Brundtland. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 12.

4 In de aanhef van de Omgevingswet, maar ook in art. 1.3 (maatschappelijke doelen) Ow.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 39.

6 Art. 4.5, 4.6 en 4.7 Ow.

7 Art. 23.3 Ow. Voor deze generieke experimenteerbepaling verwijzen wij naar de bijdrage van Aart Jan van der Ven en Raf Vermolen (hoofdstuk 10) in deze bundel.

8 *Stb.* 2018, 293 (NvT Bal), p. 486 en *Stb.* 2018, 291 (NvT Bbl), p. 156.

9 Art. 4.3 Ow.

slopen, gebruiken en in stand houden van bouwwerken.[10] In het Bal zijn met name algemene regels opgenomen over milieubelastende activiteiten.[11]

In lijn met de doelen van de Omgevingswet kunnen de algemene regels strekken tot het duurzamer maken van ontwikkelingen. Te denken valt aan de eis dat alle nieuwbouw, waarvoor na de overgangstermijn van het Bbl een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen wordt ingediend, bijna energieneutraal (BENG) moet zijn.[12] Dit is een gebouw met een zeer hoge energieprestatie, waarbij de dicht bij nul liggende of zeer lage hoeveelheid energie die is vereist, in zeer aanzienlijke mate wordt geleverd uit hernieuwbare bronnen en die deels ter plaatse of dichtbij wordt geproduceerd.[13] Verder kan gedacht worden aan artikel 5.15 Bal, waarin een verplichting is opgenomen tot het treffen van energiebesparende maatregelen die zich in vijf jaar terugverdienen.

Algemene rijksregels dragen bij aan (in elk geval) één van de vier verbeterdoelen van de Omgevingswet: het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht.[14] Een potentieel nadeel van algemene regels is dat daarin geen rekening kan worden gehouden met specifieke omstandigheden. Voor activiteiten die onder de algemene rijksregels van het Bbl of het Bal vallen, kunnen decentrale overheden in beginsel geen nadere regels stellen. Dit kan leiden tot onnodige beperkingen voor degene die een (duurzame) activiteit wil verrichten, of juist tot onvoldoende bescherming van de fysieke leefomgeving.

De Omgevingswet voorziet daarom in flexibiliteitsinstrumenten. Deze instrumenten bieden de mogelijkheid om algemene regels nader in te vullen, aan te vullen of om ervan af te wijken. In alle gevallen geldt dat afwijken alleen mogelijk is, als het in rijksregels expliciet is aangegeven.[15] Paragraaf 4.3.2 van de Omgevingswet is van overeenkomstige toepassing op de flexibiliteitsinstrumenten.[16] Dit houdt in dat deze flexibiliteitsinstrumenten niet kunnen worden gebruikt met een ander oogmerk of een andere strekking dan in de algemene regels zelf is aangegeven.

Een voorbeeld ter verduidelijking. De algemene rijksregels in het Bal hebben onder meer als strekking dat de best beschikbare technieken worden toegepast.[17]

10 Art. 4.3 lid 1 aanhef en onder a Ow.
11 Art. 4.3 lid 1 aanhef en onder b Ow.
12 Art. 5.2 lid 6 Bouwbesluit en art. 4.157 jo. art. 4.151 lid 2 Bbl. NB Voor overheidsgebouwen is deze eis al van toepassing op de vergunningaanvragen die zijn ingediend na 1 januari 2019, zie art. 4.149 Bbl.
13 Art. 1.1 en bijlage I bij het Bbl.
14 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7 en 31.
15 Art. 4.5, art. 4.6 en art. 4.7 Ow. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 272.
16 Art. 4.5 lid 1 en art. 4.6 lid 2 Ow. Wat opvalt is dat art. 4.7 niet verwijst naar par. 4.3.2 en deze paragraaf daarmee niet van toepassing lijkt te zijn op een gelijkwaardige maatregel.
17 Art. 4.22 lid 1 onder c Ow.

De flexibiliteitsmogelijkheden kunnen dus niet de strekking hebben dat bij een milieubelastende activiteit niet de best beschikbare technieken worden toegepast.

De inzet van flexibiliteitsinstrumenten moet – vanzelfsprekend – gebeuren op basis van transparante besluitvorming met een deugdelijke motivering. Hierbij moeten de procedurele regels van de Algemene wet bestuursrecht in acht worden genomen. Zo wordt willekeurige inzet van de instrumenten voorkomen en de rechtszekerheid gewaarborgd.[18]

2.2 Maatwerkregels

In algemene rijksregels kan de mogelijkheid worden geboden om in het omgevingsplan, de waterschapsverordening en in de omgevingsverordening maatwerkregels te stellen.[19] Met deze maatwerkregels kan het bevoegd gezag algemene rijksregels invullen, aanvullen of daarvan afwijken. Afwijken kan een aanscherping of versoepeling van algemene regels betekenen. De maatwerkregels kunnen afwijken van algemene regels, als dat expliciet bij die regels is bepaald. Daarbij kan worden bepaald in welke mate of hoe lang kan worden afgeweken.[20]

2.3 Maatwerkvoorschriften

In algemene rijksregels kan verder de mogelijkheid worden geboden om maatwerkvoorschriften te stellen of voorschriften aan een omgevingsvergunning te verbinden.[21] De maatwerkvoorschriften kunnen algemene regels invullen of aanvullen, maar kunnen ook van algemene regels afwijken (door strenger of minder streng te zijn).[22] De maatwerkvoorschriften of vergunningvoorschriften kunnen afwijken van algemene regels, als dat expliciet bij die regels is bepaald. Daarbij kan worden bepaald in welke mate of hoe lang kan worden afgeweken.[23] Het stellen van een maatwerkvoorschrift is een beschikking, waartegen bezwaar en beroep open staan. Maatwerkvoorschriften beperken zich daarmee tot een individueel geval. Dit laat goed het onderscheid zien tussen maatwerkvoorschriften en maatwerkregels, waarvan de kring van normadressaten over het algemeen groter is. Bij algemene regels kan ook worden bepaald dat een maatwerkvoorschrift niet kan worden gesteld, als over een onderwerp een voorschrift aan een omgevingsvergunning kan worden verbonden.[24] Maatwerk wordt dan dus verplicht gereguleerd in de vergunningvoorschriften.

18 *Stb.* 2018, 291, p. 178-179.
19 Art. 4.6 lid 2 Ow.
20 Art. 4.6 lid 3 Ow.
21 Art. 4.5 lid 1 Ow.
22 Art. 4.5 Ow; *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 145, 271, 470-471.
23 Art. 4.5 lid 2 Ow.
24 Art. 4.5 lid 3 Ow. Zie bijvoorbeeld art. 2.13 lid 4 Bal.

2.4 Gelijkwaardige maatregel

De gelijkwaardige maatregel heeft tot doel flexibiliteit aan initiatiefnemers te bieden. Als de algemene regels voorschrijven dat een maatregel moet worden getroffen, kan op aanvraag van initiatiefnemers toestemming worden verleend om, in plaats daarvan, een gelijkwaardige maatregel te treffen. Met de gelijkwaardige maatregel wordt ten minste hetzelfde resultaat bereikt als met de voorgeschreven maatregel is beoogd.[25] Bij de algemene regels kan het treffen van een gelijkwaardige maatregel worden toegestaan zonder voorafgaande toestemming, al dan niet gekoppeld aan een verbod om de maatregel te treffen zonder voorafgaande melding aan het bevoegd gezag.[26] In de algemene regels kunnen nadere regels worden gesteld over het toestaan van gelijkwaardige maatregelen. Ook kan het treffen van een gelijkwaardige maatregel worden uitgesloten.[27]

3 Kansen voor de duurzame ontwikkeling: het Bal

3.1 Van o.a. Activiteitenbesluit milieubeheer naar het Bal

Het Bal bevat algemene regels waaraan burgers en bedrijven zich moeten houden als ze bepaalde (milieubelastende) activiteiten uitvoeren in de fysieke leefomgeving. Het Bal bevat onder andere regels om het milieu te beschermen.[28] In het Bal staan regels, die afkomstig zijn uit verschillende wetten en algemene maatregelen van bestuur. Denk daarbij aan het Activiteitenbesluit milieubeheer (Activiteitenbesluit), het Besluit externe veiligheid buisleidingen, maar ook regels uit hoofdstuk 10 van de Wet milieubeheer.

3.2 Energiebesparing

Een van de ambities uit het Klimaatakkoord voor de industrie is energiebesparing.[29] Thans bevat het Activiteitenbesluit een verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen. Deze verplichting houdt in dat de drijver van een type A- of type B-inrichting op grond van artikel 2.15 lid 1 Activiteitenbesluit alle energiebesparende maatregelen treft die zich in vijf jaar terugverdienen.[30] In het Bal is deze verplichting overgenomen in artikel 5.15 lid 1. Deze verplichting geldt voor activiteiten die in afdelingen 3.3 tot en met 3.11 Bal zijn aangewezen als milieubelastende activiteiten en geldt, overigens net zoals onder het huidige Activiteitenbesluit, voor milieubelastende

25 Art. 4.7 lid 1 Ow.
26 Art. 4.7 lid 2 Ow.
27 Art. 4.7 lid 3 Ow.
28 Ook bepaalt het Bal voor welke milieubelastende activiteiten een omgevingsvergunning nodig is.
29 Zie het Klimaatakkoord d.d. 28 juni 2019.
30 Voor een uitgebreide beschrijving van de algemene energiebesparingsregels verwijzen wij naar de bijdrage van Valérie van ’t Lam in deze bundel (hoofdstuk 8).

activiteiten die niet-vergunningplichtig zijn.[31] Ook voor vergunningplichtige milieubelastende activiteiten zal er aandacht zijn voor energiebesparing. Zo wordt een omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit alleen verleend als energie doelmatig wordt gebruikt.[32] Deze vergunningplichtige milieubelastende activiteiten blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Voor een gedetailleerde bespreking van de vergunningplichtige milieubelastende activiteiten verwijzen wij naar de bijdrage van Valérie van ’t Lam in deze bundel.

Artikel 5.15 Bal laat de wisselwerking met het Bbl zien. De gebouwgebonden energiebesparende maatregelen worden geheel geregeld via het Bbl, de overige energiebesparende maatregelen binnen het Bal.[33]

Aan de energiebesparingsverplichting in artikel 5.15 lid 1 Bal wordt in ieder geval voldaan, als energiebesparende maatregelen zijn getroffen die zijn opgenomen in bijlage VII bij de Omgevingsregeling.[34] Dat zijn zogenoemde erkende maatregelen.[35] Artikel 4.14 Omgevingsregeling bevat in tabel 4.14 per activiteit een verwijzing naar de relevante onderdelen van bijlage VII bij de Omgevingsregeling. Ter illustratie wordt gewezen op het exploiteren van een openbaar zwembad. Een openbaar zwembad is een milieubelastende activiteit als bedoeld in artikel 3.317 lid 1 Bal. Tabel 4.14 wijst voor een openbaar zwembad de energiebesparende maatregelen aan in onderdeel 9 van Bijlage VII bij de Omgevingsregeling. In dit onderdeel wordt als erkende maatregel bijvoorbeeld genoemd de installatie van spaardouchekoppen ter beperking van het verlies van warm tapwater.
Het is evenwel geen verplichting om deze erkende maatregelen te treffen. In plaats daarvan kan diegene die een milieubelastende activiteit verricht, er ook voor kiezen om andere maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar te treffen, bijvoorbeeld vanwege innovatieve toepassingen of bedrijfsspecifieke omstandigheden. Het kiezen voor andere maatregelen is een eigen verantwoordelijkheid van diegene die een milieubelastende activiteit verricht.[36]

Er zijn slechts beperkte mogelijkheden om maatwerkregels of maatwerkvoorschriften te stellen over de algemene energiebesparingsregels in artikel 5.15 Bal. Op grond van artikel 5.16 Bal kan een maatwerkregel of maatwerkvoorschrift alleen inhouden:

31 Zie voor bestaande omgevingsvergunningen: art. 5.17 Bal.
32 Art. 8.9 lid 1 onder f Bkl. Het stellen van voorschriften voor activiteiten die vallen onder de handel in broeikasgassen is ten aanzien van een zuinig gebruik van energie niet toegestaan (art. 8.72 lid 1 onder b Bkl).
33 Art. 5.15 lid 2 onder c Bal.
34 Art. 5.15 lid 3 Bal jo. art. 4.14 Omgevingsregeling.
35 Voorheen opgenomen in bijlage 10 bij het Activiteitenbesluit. Zie tevens de bijdrage van Valérie van ’t Lam in deze bundel (hoofdstuk 8).
36 NvT Invoeringsregeling: Artikelsgewijze toelichting Aanvulling en wijziging Omgevingsregeling (consultatieversie).

> ‘a. het toestaan van een gefaseerde uitvoering van de maatregelen, bedoeld in artikel 5.15, eerste lid; of
> b. een verplichting om onderzoek te verrichten naar mogelijke energiebesparende maatregelen, bedoeld in artikel 5.15 lid 1 als het energieverbruik van de milieubelastende activiteit in het voorafgaande jaar groter is dan 200.000 kWh aan elektriciteit of groter is dan 75.000 m^3 aardgasequivalenten aan brandstoffen.’

Deze beperkte mogelijkheid tot flexibiliteit – die overigens aansluit bij artikel 2.15 lid 4 en 5 Activiteitenbesluit – is opvallend, vinden ook het IPO en diverse omgevingsdiensten.[37] Het Bal heeft juist als doel een ruime mogelijkheid tot maatwerk te bieden. Artikel 2.12 Bal bepaalt niet voor niets dat een maatwerkregel kan worden gesteld over artikel 2.11, afdeling 2.7 en de hoofdstukken 3 tot en met 5. Datzelfde bepaalt artikel 2.13 Bal voor maatwerkvoorschriften. Met een maatwerkregel of een maatwerkvoorschrift kan worden afgeweken van afdeling 2.7 en de hoofdstukken 3 tot en met 5, tenzij anders is bepaald.[38] Dit impliceert naar ons idee dat afwijken via maatwerk de hoofdregel is, tenzij deze mogelijkheid expliciet is uitgezonderd. In artikel 5.16 Bal is zo’n uitzondering bepaald en wordt de ruime maatwerkmogelijkheid flink ingeperkt. Achtergrond van deze inperking van flexibiliteit is dat naar aanleiding van het Klimaatakkoord ook de aanpassing van de energiebesparingsregels bezien zal worden. Niet alleen de algemene regels, maar ook de mogelijkheid voor maatwerk is daarom zo veel als mogelijk conform het Activiteitenbesluit geformuleerd. Daarmee is de afbakening strikter vormgegeven dan in de rest van het Bal.[39] Hoe de nieuwe regeling precies zal gaan luiden, zal volgen uit het politieke debat.[40] Een ruimere formulering van de maatwerkmogelijkheden zou goed aan kunnen sluiten bij het uitgangspunt van de Omgevingswet: ‘decentraal, tenzij’.[41] Tegelijkertijd zal ervoor moeten worden gewaakt dat toepassing van maatwerk geen ongelijkheid in de hand werkt.

Een belangrijk verschil met de huidige regelgeving is dat veel bedrijven die thans te maken hebben met de verplichting van artikel 2.15 Activiteitenbesluit onder de Omgevingswet, niet meer door algemene rijksregels in het Bal worden gereguleerd. In de nota van toelichting bij het Bal worden activiteiten genoemd, die niet meer op rijksniveau worden gereguleerd. Het gaat om hotels, pensions en conferentieoorden; restaurants, cafetaria’s, snackbars en cateringbedrijven; cafés, discotheken, concertpodia, muziektheaters en evenementenhallen; verblijfsrecreatie, dagrecreatie en sportfaciliteiten; detailhandel, ambachten en supermarkten; gebouwen voor permanente of tijdelijke bewoning, onderwijs- en kantoorgebouwen, welzijnszorg; dierenpensions, dierenasiels, dierenklinieken, hondenfokkers of -trainers, hobbymatig houden van dieren en maneges.[42] In de nota van toelichting wordt ook opge-

37 NvT Invoeringsbesluit, p. 181.
38 Art. 2.12 lid 2 en art. 2.13 lid 2 Bal.
39 NvT Invoeringsbesluit, p. 181.
40 *Stb.* 2018, 293, p. 179.
41 Art. 2.3 Ow.
42 *Stb*. 2018, 293, p. 568.

merkt dat het niet mogelijk is een volledig overzicht te geven van de activiteiten die worden gedecentraliseerd. Alle activiteiten die in hoofdstuk 3 van het Bal als milieubelastende activiteit worden genoemd, vallen onder de reikwijdte van de algemene rijksregels en veelal dus ook onder artikel 5.15 Bal. De resterende activiteiten worden decentraal gereguleerd, te weten in het omgevingsplan.[43] Dat betekent dat per gemeente kan verschillen welke eisen aan energiebesparing worden gesteld. Dat sluit aan bij het uitgangspunt 'decentraal, tenzij', dat is neergelegd in artikel 2.3 Ow.

Voor deze activiteiten is wel een bruidsschat opgenomen in het Invoeringsbesluit Omgevingswet.[44] De bruidsschat is een vorm van overgangsrecht die voorkomt dat er een juridisch gat ontstaat voor onderwerpen of specifieke regels die eerst landelijk, en nu op decentraal niveau worden geregeld. De bruidsschat is in dit geval gelijkluidend aan artikel 5.15 Bal. De bruidsschat regelt daarmee dat de energiebesparingsregels tijdelijk via het omgevingsplan gaan gelden voor de hierboven beschreven decentraal gereguleerde activiteiten. De gemeente kan deze regeling op ieder gewenst moment vanaf de inwerkingtreding van de Omgevingswet aanpassen. Dat biedt kansen voor de gemeenten om – los van de voorheen geldende bepaling in artikel 2.15 Activiteitenbesluit – energiebesparingsmaatregelen te eisen voor activiteiten die niet zijn aangewezen in hoofdstuk 3 van het Bal.

3.3 Zorgplicht

In de Omgevingswet is een algemene zorgplicht opgenomen (art. 1.6 en 1.7 Ow). Deze zorgplicht is nader geconcretiseerd in specifieke zorgplichten. De inzet van specifieke zorgplichten maakt het mogelijk om in de algemene rijksregels minder gedetailleerde regels te stellen. Specifieke zorgplichten geven voor een activiteit het doel aan dat bij de bescherming van de fysieke leefomgeving moet worden bereikt, zonder daarbij voor te schrijven met welke middelen dat doel bereikt moet worden en zonder dat doel in kwantificeerbare termen te omschrijven.

In artikel 2.11 Bal is zo'n specifieke zorgplicht opgenomen voor milieubelastende activiteiten en lozingsactiviteiten. Degene die deze activiteiten verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteiten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben voor de belangen bedoeld in artikel 2.2 Bal, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen. Voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, worden die gevolgen zo veel mogelijk beperkt of ongedaan gemaakt. De belangen die in artikel 2.2 Bal worden genoemd, zijn bijvoorbeeld het beschermen en verbeteren van de kwaliteit van lucht, het doelmatig gebruik van energie en grondstoffen en het doelmatig beheer van afvalstoffen.

43 *Stb.* 2018, 293, p. 567-568.

44 Art. 2.3.2.1 en art. 2.3.2.2 Invoeringsbesluit Omgevingswet. De regels voor energiebesparing in de bruidsschat gelden niet voor de milieubelastende activiteiten die zijn aangewezen in hoofdstuk 3 van het Bal. Voor die activiteiten bevat het Bal namelijk rijksregels over energiebesparing.

De flexibiliteitsinstrumenten – in dit geval de maatwerkregels en maatwerkvoorschriften – kunnen een belangrijke rol spelen bij het concretiseren van specifieke zorgplichten. Met deze instrumenten kan niet van de specifieke zorgplicht worden afgeweken; deze instrumenten kunnen alleen worden gebruikt om de specifieke zorgplicht in te vullen of aan te vullen.[45]

In het Activiteitenbesluit was in artikel 2.1 ook een (specifieke) zorgplicht opgenomen. De specifieke zorgplicht in het Bal heeft vanzelfsprekend een breder toepassingsbereik, omdat het Bal de fysieke leefomgeving beslaat. Een belangrijk verschil tussen de zorgplicht uit het Activiteitenbesluit en de zorgplicht in het Bal is bovendien dat de zorgplicht in het Bal blijft gelden als in het besluit of een omgevingsvergunning meer uitgewerkte regels zijn gesteld.[46]

Ook de inzet van maatwerk wijkt af van de regeling in het Activiteitenbesluit. Artikel 2.1 lid 4 Activiteitenbesluit voorzag in de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften ter invulling van de daarin opgenomen specifieke zorgplicht. Waar uitputtende voorschriften golden, konden geen maatwerkvoorschriften worden gesteld op grond van die specifieke zorgplicht, maar kon wel op die zorgplicht worden gehandhaafd. In het kader van die handhaving kon dan weer wel concretisering van de verplichtingen van degene die de activiteit uitvoert, plaatsvinden. Dit ingewikkelde systeem is met het Bal gewijzigd. De artikelen 2.12 en 2.13 Bal eisen niet langer dat maatwerk slechts mag worden toegepast, voor zover het betreffende aspect in de algemene regels niet uitputtend is geregeld.

Interessant is dat de Afdeling heeft geoordeeld dat artikel 2.15 Activiteitenbesluit een uitputtende regeling bevat ten aanzien van het aspect energie. De drijver van een inrichting moet namelijk alle energiebesparende maatregelen treffen die zich in vijf jaar of minder terugverdienen. Er bestaat volgens de Afdeling in zo'n geval geen bevoegdheid om maatwerkvoorschriften te stellen op grond van de zorgplicht in artikel 2.1 lid 4 Activiteitenbesluit.[47] Het is de vraag of – gelet op het voorgaande – wél maatwerk kan worden getroffen ten aanzien van de specifieke zorgplicht in het Bal, nu artikel 5.15 Bal een met artikel 2.15 Activiteitenbesluit vergelijkbare regeling bevat, maar op grond van het Bal niet langer is vereist dat de algemene regels niet-uitputtend zijn, bij toepassing van maatwerk ten aanzien van de specifieke zorgplicht. Dat zou decentrale overheden meer ruimte bieden om energiebesparende maatregelen voor te schrijven. Toch is een dergelijke lezing niet zonder risico. Door het stellen van maatwerk waarin, op grond van de specifieke zorgplicht in het Bal, energiebesparende maatregelen worden voorgeschreven, anders dan bepaald in artikel 5.15 Bal, wordt niet alleen de zorgplicht ingevuld, maar tegelijkertijd afgeweken van artikel 5.15. Dat is op grond van artikel 2.12 lid 2 en artikel 2.13 lid 2 Bal toegestaan, 'tenzij anders is bepaald'. Betoogd kan worden dat hier anders is bepaald. Artikel

45 Art. 2.11 lid 2 en art. 2.12 lid 2 Bal.
46 *Stb.* 2018, 293, p. 508 en 524.
47 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1682.

5.16 Bal bepaalt immers dat maatwerk 'alleen' kan inhouden het toestaan van een gefaseerde uitvoering van maatregelen en het eisen van een energiebesparingsonderzoek. Afwijkende energiebesparingsmaatregelen afdwingen via de zorgplichten in artikel 2.12 en 2.13 Bal zal daarmee lastig zijn.

4 Kansen voor de duurzame ontwikkeling: het Bbl

4.1 Van het Bouwbesluit 2012 naar het Bbl

In het Bbl zijn algemene regels opgenomen voor nieuw te bouwen gebouwen en andere bouwwerken, voor het verbouwen, de staat, het gebruik en de sloop van bestaande bouwwerken en voor het uitvoeren van bouw- en sloopwerkzaamheden met betrekking tot bouwwerken.[48] Het grootste deel van de regels uit het Bbl zijn afkomstig uit het Bouwbesluit 2012 (Bouwbesluit), de regeling Bouwbesluit en de Woningwet. Het Bbl kent geen onderwerpen, waarbij taken en bevoegdheden aan waterschappen of provincie worden toegekend. Derhalve zijn de mogelijkheden tot flexibiliteit gericht tot burgers, bedrijven en de gemeente.[49] Verder is de mogelijkheid tot flexibiliteit in het Bbl, net als voorheen in het Bouwbesluit, slechts binnen de aangegeven ruimte mogelijk.[50] Wel heeft het Bbl, net als de Omgevingswet, onder meer als doel meer ruimte voor flexibiliteit te bieden. Met het oog op dat doel tracht het Bbl, waar nodig, ruimte te geven voor een nadere invulling, aanvulling of afwijking van de algemene regels.[51] In hoeverre dit kansen biedt voor het versnellen van de duurzame ontwikkeling, komt in het vervolg aan bod.

4.2 Maatwerkvoorschriften

Aangezien het Bbl zekerheid geeft over een landelijke uniforme kwaliteit van bouwwerken, is het stellen van maatwerkvoorschriften in het Bbl zo specifiek mogelijk opengezet.[52]

In artikel 3.84 lid 1 Bbl is de algemene verplichting opgenomen om alle energiebesparende maatregelen te nemen, met een terugverdientijd van ten hoogste vijf jaar. Deze regel is afkomstig uit het Activiteitenbesluit en is omgezet in het Bbl en het Bal. Daarbij ziet de regeling in het Bbl op de gebouwgebonden energiebesparende maatregelen (bijvoorbeeld ruimteverwarming, ventilatie en warmtapwatervoorziening) en het Bal bevat de regels over de energiebesparing bij het verrichten van de milieubelastende activiteiten. Aan de algemene energiebesparingsverplichting van artikel 3.84 lid 1 Bbl wordt in ieder geval voldaan, als energiebesparende maatregelen zijn

48 Art. 4.3 lid 1 onder a Ow en *Stb.* 2018, 291, p. 156, 162.
49 *Stb*. 2018, 291, p. 182, 185.
50 *Stb.* 2018, 291, p. 159.
51 *Stb*. 2018, 291, p. 171.
52 *Stb*. 201, 291 p. 180.

getroffen die zijn opgenomen in bijlage VII Omgevingsregeling.[53] Als de gebouweigenaar eigen, afwijkende maatregelen wil opnemen, moet hij gebruikmaken van de in de regeling opgenomen rekenmethodiek om te bepalen wat de terugverdientijd is.[54] Verder geldt op grond van het overgangsrecht dat degene die op grond van de informatieplicht vóór 30 juni 2023 aan de plicht heeft voldaan, kan volstaan met het treffen van de maatregelen waarover in die informatieplicht gerapporteerd moest worden. De informatieplicht op grond van het Activiteitenbesluit blijft gelden tot 1 juli 2022 en bij een energieauditplichtige activiteit tot 5 december 2023.[55]

Het bevoegd gezag heeft op grond van artikel 3.86 Bbl alleen specifieke maatwerkmogelijkheden voor energiebesparende maatregelen.[56] In artikel 3.86 Bbl is namelijk een gelijkluidende bepaling als in artikel 5.16 Bal opgenomen.[57] Ook de mogelijkheid tot maatwerk in het Bbl is dus zo veel mogelijk conform het Activiteitenbesluit geformuleerd.[58] Als gevolg daarvan is, als gezegd in paragraaf 3.2 van deze bijdrage, de mogelijkheid tot flexibiliteit ook hier beperkt en zijn er beperkte mogelijkheden om aan energiebesparingsmaatregelen voorschriften te verbinden.

Daarnaast is het mogelijk om maatwerkvoorschriften te nemen bij nieuwbouw. Het bevoegd gezag kan op grond van artikel 4.5 lid 1 Bbl een maatwerkvoorschrift over de duurzaamheidseisen aan nieuwbouw nemen met uitzondering van de meet- en rekenmethoden. De maatwerkvoorschriften zijn ook van toepassing indien een bouwwerk tot aan de fundering wordt gesloopt en herbouwd.[59]

Aan het nemen van maatwerkvoorschriften ten behoeve van het stellen van duurzaamheidseisen zit een aantal beperkingen.

Ten eerste mag de inzet van maatwerkvoorschriften voor meer duurzame bouw op grond van artikel 4.5 lid 2 Bbl alleen een *versoepeling* van de in het Bbl gestelde regels inhouden.[60] Uit de nota van toelichting bij het Bbl blijkt echter niet duidelijk wat onder *versoepelen* wordt verstaan. Er wordt wel een aantal voorbeelden genoemd, waaronder het versoepelen van de eisen voor de opstelplaatsen voor een verwarmingstoestel en een warmwatertoestel.[61] Daarbij geldt dat het bevoegd gezag alleen een versoepeling van de eisen aan de duurzaamheid mag toestaan na advies,

53 Art. 3.84 lid 4 Bbl en zie par. 3.2 van deze bijdrage voor een verdere uiteenzetting.
54 Art. 23.5 Ow; art. 3.84 lid 5 Bbl en Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 33118, nr. 143, p. 35.
55 Art. 3.84b Bbl.
56 Art. 3.7 lid 3 jo. art. 3.86 Bbl.
57 Zie voor een toelichting over de beperking par. 3.2.
58 NvT Invoeringsbesluit Omgevingswet, p. 181-185.
59 Art. 4.1 lid 2 en art. 4.6 lid 1 Bbl en *Stb.* 2018, 291, p. 308.
60 Art. 4.5 lid 2 Bbl.
61 *Stb.* 2018, 291, p. 182.

met instemming van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK).[62]

De tweede beperking bestaat daaruit dat de maatwerkvoorschriften die zien op duurzaam bouwen, niet op initiatief van het bevoegd gezag kunnen worden ingezet. Op initiatief van het bevoegd gezag mogen namelijk alleen maatwerkvoorschriften voor het waarborgen van veiligheid worden genomen.[63] Het maatwerkvoorschrift of vergunningvoorschrift kan alleen worden gesteld op aanvraag. Dit is toegestaan voor zover het waarborgen van de duurzaamheid door het maatwerkvoorschrift of het vergunningvoorschrift niet in het gedrag komt.[64] Ook moet in het geval sprake is van een vergunningvrij bouwwerk degene die wil afwijken van de eisen van het Bbl hiertoe een aanvraag tot een maatwerkvoorschrift bij het bevoegd gezag indienen.[65]

In artikel 7 Woningwet was een soortgelijke bepaling opgenomen. Op grond van dat artikel kon de minister van BZK in overeenstemming met het bevoegd gezag en op verzoek van de aanvrager van de omgevingsvergunning een ontheffing tot *versoepeling* van de duurzaamheidseisen van het Bouwbesluit verlenen.[66] Deze bevoegdheid beperkte zich wel tot bijzondere gevallen. De mogelijkheid tot ontheffing was voornamelijk bedoeld voor het uitvoeren van zogenoemde experimentele bouwwerken. Hieronder viel ook het in afwijking van het Bouwbesluit toepassen van bijvoorbeeld innovatieve bouwmaterialen.[67] In de verleende ontheffing en in de omgevingsvergunning voor bouwen werden dan de eventuele voorwaarden van de ontheffing voorgeschreven.[68] Verder kon de ontheffing ook nodig zijn bij het realiseren van een bouwwerk waarvoor geen omgevingsvergunning bouwen nodig is. In dat geval moest het vergunningsvrije bouwwerk ook (blijven) voldoen aan de voorschriften van het Bouwbesluit.[69]

Tot slot geldt in afwijking van artikel 4.5 lid 2 Bbl dat de gemeente regels mag *aanscherpen* in het geval deze mogelijkheid expliciet in het Bbl aan hen is toegekend.[70]

4.3 Maatwerkregels

De meeste regels in het Bbl gaan over de technische eisen aan individuele bouwwerken. Als gevolg daarvan ontbreekt in het merendeel van de gevallen het voor het stellen van maatwerkregels benodigde gebiedsgerichte (generieke) element.[71]

62 Art. 6.15 en art. 6.16 Ow en art. 4.27 Ob; *Stb.* 2018, 291, p. 310-311.
63 Art. 4.5 lid 4 jo. art. 4.226 en art. 4.227 Bbl.
64 Art. 4.2 Bbl; Art. 4.5 lid 5 Bbl; *Stb.* 2018, 291, p. 309-310.
65 Art. 4.27 lid 3 Omgevingsbesluit.
66 Art. 7 Woningwet.
67 *Kamerstukken II* 1991/92, 20066, nr. 3, p. 40.
68 Art. 7 lid 3 Woningwet.
69 Art. 7 lid 8 Woningwet en *Kamerstukken II* 1998/99, 26734, nr. 3, p. 37.
70 *Stb.* 2019, 291, p. 309. Zie voor een dergelijke toekenning bijvoorbeeld art. 4.160 Bbl.
71 *Stb.* 2018, 291, p. 182.

Niettemin heeft de gemeente in twee gevallen de mogelijkheid om met het oog op energiezuinigheid en duurzame bouw maatwerkregels te stellen. Deze mogelijkheden zijn van toepassing op nieuwbouw.[72]

In de eerste plaats heeft de gemeente deze maatwerkmogelijkheid voor de energieprestatiecoëfficiënt (EPC) van een gebouw. De EPC is een maat voor energiezuinigheid van gebouwen uitgedrukt in de norm NEN 7120. De norm beschrijft de methode van waardering van de energetische eigenschappen van een gebruiksfunctie, waaronder de in het bouwwerk aanwezige installaties. De EPC is hiervan de uitkomst en is landelijk uniform voor de gebouwfuncties (zoals een woon-, kantoor- of sportfunctie) vastgesteld.[73] De gemeente kan met een maatwerkregel gebieden of categorieën van gebieden aanwijzen waar de landelijk geüniformeerde EPC wordt aangescherpt.[74] Door de EPC aan te scherpen kan de gemeente ervoor zorgen dat nieuwe bouwwerken in bepaalde (categorieën van) gebieden energiezuiniger moeten zijn, dan landelijk is bepaald. Hoe lager de EPC wordt vastgesteld, hoe energiezuiniger het bouwwerk.[75]

Ten tweede kan de gemeente een strengere waarde verbinden aan de milieuprestatie gebouwen (MPG).[76] De MPG ziet op de materialen die in bouwwerken worden gebruikt. Deze materialen moeten zodanig zijn dat de belasting voor het milieu door het gebruik van de materialen zo veel mogelijk wordt beperkt.

Kortom, naarmate de MPG lager wordt, worden de schadelijke milieueffecten van de gebouwen ook minder.[77] De achterliggende gedachte van de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels over de MPG is dat de gemeente door het voorschrijven van strengere waarden in het omgevingsplan de lokale duurzaamheidsambities kan verwezenlijken. Door het opnemen van de regels in het omgevingsplan zal het tevens voor iedereen duidelijk zijn dat in dat gebied een andere eis geldt. De aanvraag om een omgevingsvergunning wordt alleen verleend als aannemelijk is dat wordt voldaan aan de gestelde maatwerkregels.[78] Verder heeft de maatwerkregel in het omgevingsplan – op het moment dat er geen sprake is van een omgevingsvergunning – directe werking.[79]

De mogelijkheid om af te wijken van de landelijke ondergrens van de EPC en de MPG is niet nieuw, maar bestond onder de Woningwet en het Bouwbesluit nog niet in deze vorm. Net als in het Bbl werd in het Bouwbesluit voor nieuwbouw een

72 Art. 4.7 Bbl.
73 *Stb*. 2018, 291, p. 393.
74 Art. 4.7 jo. art. 4.150 jo. art. 4.149 Bbl.
75 *Stb*. 2018, 291, p. 393.
76 Art. 4.7 jo. art. 4.160 jo. art. 4.159 Bbl.
77 *Stb*. 2018, 291, p. 397-398.
78 Art. 2.4 jo. art. 5.20 Ow.
79 Art. 4.1 lid 1 Ow en *Stb*. 2018, 291, p. 311.

landelijke ondergrens aan de EPC en de MPG gesteld.[80] Daarbij had de gemeente niet de mogelijkheid om strengere voorwaarden te stellen. De minister van BZK had wel de bevoegdheid tot het verlenen van een ontheffing.[81] Indien de ontheffing werd verleend, kreeg de gemeente de mogelijkheid nadere duurzaamheidsmaatregelen in de algemene plaatselijke verordening voor te schrijven.[82] De door de minister van BZK verleende ontheffing gold, anders dan nu het geval is, alleen voor een bepaald project. Een algemene ontheffing zou volgens de toelichting bij de Woningwet haaks staan op de landelijke uniformiteit van de voorschriften.[83] Overigens bestond de mogelijkheid voor een algemene ontheffing voor het stellen van lagere EPC en MPG al wel in de Crisis- en herstelwet voor het bestemmingsplan verbrede reikwijdte.[84] Voor een nadere bespreking van deze ontheffingsmogelijkheid verwijzen wij naar de bijdrage van Aart Jan van der Ven en Raf Vermolen in deze bundel (hoofdstuk 10).

Naast de mogelijkheid van ontheffing in de Crisis- en herstelwet bestond een algemene mogelijkheid tot het stellen van strengere regels dus nog niet. In zoverre kan worden geconcludeerd dat het stellen van een maatwerkregel meer mogelijkheden biedt dan voorheen om de lokale energietransitie te versnellen. Anderzijds geldt, zoals in de inleiding al even aangestipt, dat nieuwbouw 'BENG' moet worden gebouwd.[85] Het voorschrift tot BENG zorgt ervoor dat gebouwen een bepaalde mate van verlaagde energiebehoefte (BENG-1), reductie primair fossiel brandstofgebruik (BENG-2) en 50% aandeel hernieuwbare energie (BENG-3) moeten hebben.[86] BENG zal dus al voor een versnelling van de energietransitie leiden.[87] Niettemin is denkbaar dat de gemeente hier een verdere versnelling in aanbrengt door extra eisen te stellen aan het aandeel hernieuwbare energie dat gebouwen moeten hebben. Hierdoor wordt dan ook een verdere bijdrage aan de reductie van het primair fossiel brandstofgebruik geleverd.

4.4 Gelijkwaardige maatregel

In het Bbl is de mogelijkheid tot het treffen van een gelijkwaardige maatregel opgenomen. Dat is gereguleerd in artikel 2.4 Bbl.[88] In de gevallen dat de gelijkwaardige maatregel betrekking heeft op een activiteit waarvoor op grond van het Bbl een meldplicht geldt, moet de gelijkwaardige maatregel hierbij worden gemeld.[89] Als

80 Art. 5.2 en art. 5.9 Bouwbesluit 2012.
81 Art. 7a Woningwet.
82 Art. 121 Woningwet jo. art. 147 Gemeentewet.
83 *Kamerstukken II* 1997/98, 25823, nr. 3, p. 4.
84 Art. 2.4 lid 1 onder p Chw jo. art. 6p Besluit uitvoering Chw.
85 Art. 4.151 Bbl en dit wijkt af van het Bouwbesluit 2012, waar dit alleen voor nieuwe overheidsgebouwen gold, zie art. 5.1 lid 6 Bouwbesluit 2012; *Stb.* 2019, 501.
86 Art. 1 Bbl.
87 Voor een gedetailleerdere bespreking van BENG verwijzen wij graag naar de bijdrage van Jacco Karens in deze bundel (hoofdstuk 13).
88 Art. 4.7 Ow.
89 Art. 2.4 lid 1 Bbl.

het een vergunningvrije activiteit betreft, is het gebruiken van de gelijkwaardige maatregel toegestaan zonder voorafgaande toestemming.[90] Overigens heeft het bevoegd gezag wel de bevoegdheid om de gelijkwaardigheid van de maatregel repressief te beoordelen. De gelijkwaardigheid van de maatregel moet worden aangetoond door degene die zich hierop beroept.[91]

Daarnaast komt de mogelijkheid tot het gebruik van een gelijkwaardige maatregel voor duurzame bouw aan de orde in het kader van de vergunningaanvraag.[92] Als het bevoegd gezag bij de beoordeling van de vergunningaanvraag oordeelt dat de gelijkwaardige maatregel inderdaad leidt tot een gelijkwaardige of duurzamere oplossing, dan geeft het bevoegd gezag toestemming voor de gelijkwaardigheidsmaatregel door de vergunning te verlenen.[93]

De mogelijkheid tot het gebruiken van een gelijkwaardige maatregel bestond, onder de noemer gelijkwaardige oplossing, reeds in het Bouwbesluit.[94] Op grond van de gelijkwaardigheidsbepaling stond het de initiatiefnemer vrij een gelijkwaardige duurzaamheidsoplossing te gebruiken, indien hiermee ten minste eenzelfde mate van energiezuinigheid en bescherming van het milieu als op grond van het Bouwbesluit werd geboden.[95]

Concluderend was en is het aan de initiatiefnemers van bouwwerken om de mogelijkheid tot de gelijkwaardige maatregel in te zetten om te komen tot duurzame, dan wel duurzamere bouw. Bij de beoordeling van de maatregel kijkt het bevoegd gezag of de maatregel het belang dient waarvoor de regel is opgesteld. Als dit het geval is, moet het bevoegd gezag het gebruik toestaan. De inzet van de gelijkwaardige maatregel voor het versnellen van de energietransitie zal dus voornamelijk afhankelijk zijn van de aanvragen die bij de gemeente worden ingediend.

5 Conclusie en aanbevelingen

In deze bijdrage is onderzocht of decentrale overheden de flexibiliteitsinstrumenten uit de Omgevingswet kunnen inzetten om de energietransitie te versnellen. Aan de hand van het Bal en het Bbl is behandeld welke kansen de instrumenten aan de decentrale overheden bieden.

In het Bal zijn algemene energiebesparingsregels opgenomen. Het Bal voorziet slechts in beperkte flexibiliteitsmogelijkheden die aansluiten bij het Activiteitenbesluit. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet blijkt evenwel dat wordt

90 Art. 2.4 lid 2 Bbl.
91 *Stb*. 2018, 291, p. 177-178.
92 Art. 2.2 lid 1 onder c Bbl.
93 *Stb*. 2018, 291, p. 230.
94 Art. 1.3 Bouwbesluit.
95 *Stb*. 2011, 416, p. 191-192.

nagedacht over een ruimere formulering. Een ruimere formulering van de maatwerkmogelijkheden zou ons inziens ook goed passen bij het uitgangspunt van de Omgevingswet: 'decentraal, tenzij'. Dat uitgangspunt biedt reeds de mogelijkheid om decentraal energiebesparingsregels te stellen aan milieubelastende activiteiten, die niet in hoofdstuk 3 van het Bal zijn genoemd.

In het Bbl is flexibiliteit binnen de aangegeven ruimte mogelijk. Ten aanzien van maatwerkvoorschriften voor bestaande bouw geeft het Bbl – net als het Bal – beperkt de ruimte om aan de energiebesparingsmaatregels maatwerkvoorschriften te verbinden. Ook voor nieuwbouw lijkt de mogelijkheid tot maatwerkvoorschriften over duurzaamheidseisen nauwelijks meer speelruimte te bieden dan onder de Woningwet. De maatwerkregels bieden het bevoegd gezag meer ruimte om de energiezuinigheid te verhogen en de duurzame bouw te versnellen. Het bevoegd gezag kan met maatwerkregels in het omgevingsplan namelijk zelf de EPC en MPG verlagen. Dit was in de Woningwet alleen mogelijk met een ontheffing van de minister van BZK. Hiermee bieden maatwerkregels aan de gemeente meer flexibiliteit om de lokale duurzaamheidsambities te verwezenlijken. Het toepassen van gelijkwaardigheidsmaatregelen komt aan de orde in het kader van de vergunningaanvraag.

13 De toekomstbestendigheid van duurzaamheidsvoorschriften in het Besluit bouwwerken leefomgeving

Jacco Karens[1]

Samenvatting

CO_2-emissiereductie zal op grond van Europees en nationaal beleid en regelgeving voor een aanzienlijk deel in de gebouwde omgeving behaald moeten worden. De vraag is of het huidige wettelijk kader voldoende mogelijkheden biedt om de doelstelling voor 2030 en daarna te behalen. In deze bijdrage wordt onderzocht of de voorschriften en systematiek van het Besluit bouwwerken leefomgeving onder de Omgevingswet voldoende garanderen dat verdergaande verduurzaming van nieuwe en bestaande bouwwerken tegen 2030 gerealiseerd zal worden. De focus ligt daarbij op de algemene regels die op Rijksniveau gelden; de maatwerkmogelijkheden die elders in deze bundel worden besproken, bieden mogelijkheden voor decentrale overheden om deze lokaal te concretiseren.

1 Inleiding: de gebouwde omgeving als aangrijpingspunt voor regulering van CO_2-emissies?

De gebouwde omgeving is op Europees niveau goed voor 40% van het totale, finale energiegebruik – waarvan 54% voor verwarming en koeling – en 36% van de broeikasgasemissies.[2] Om op Europees en nationaal niveau de emissiereductiedoelstellingen voor 2030 en 2050 te behalen kunnen we niet om de gebouwde omgeving heen. Vanwege de lange levensduur van gebouwen is anticiperen op de gewenste situatie in 2050 extra belangrijk. CO_2-emissiereductie in de gebouwde omgeving loopt grotendeels via de band van energiegebruik, meer specifiek door meer energie-efficiëntie van gebouwen en de (bouw)materialen die daarin gebruikt worden en toepassing van hernieuwbare energie. Vooral maatregelen ten behoeve van energiebesparing kunnen als kostenefficiënt worden aangemerkt[3] en zijn derhalve passend binnen het Europese klimaat- en energiebeleid. Deze maatregelen dienen te leiden

1 Jacco Karens is werkzaam als wetenschappelijk medewerker bij het Instituut voor Bouwrecht en is tevens als buitenpromovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 F. Filippidou & J.P. Jimenez Navarro, *Achieving the cost-effective energy transformation of Europe's buildings*, Brussel: Europese Commissie 2019, p. 6.

3 Zie daartoe ook het gemeenschappelijke kader in Richtlijn 2018/844/EU. En tevens PBL, *Kosten energie- en klimaattransitie 2030–Update 2018*, 2018, p. 35.

tot een afname van opgewekte en geconsumeerde fossiele energie, en daarmee tot CO_2-reductie.
In deze bijdrage ga ik in op CO_2-reductie in de gebouwde omgeving. Van de term gebouwde omgeving bestaat geen vaste definitie. De term wordt onder meer als sectoraal onderdeel van het Klimaatakkoord gebruikt, maar het akkoord zelf geeft geen definitie van het begrip. Het Klimaatakkoord wekt de indruk dat met de term gebouwde omgeving vooral het onderscheid tussen gebouwen voor residentiële, maatschappelijke of commerciële functies ten opzichte van bijvoorbeeld industriële en agrarische functies benadrukt wordt. Ook het Energieakkoord uit 2013 maakt een dergelijk onderscheid.[4] In lijn daarmee wordt onder gebouwde omgeving in deze bijdrage het geheel van bouwwerken met woon- en utiliteitsfunctie (winkels, kantoren) en maatschappelijk vastgoed verstaan.[5]
Gelet op bovenstaande definitie bestaat de gebouwde omgeving uit meerdere aangrijpingspunten voor regulering (bijv. bouwactiviteit of milieubelastende activiteit) waarbij de verschillende regulerende kaders niet uniform zijn. Zo zijn er duurzaamheidseisen voor zowel de energie- als de milieuprestaties van gebouwen (gebouwgebonden energiegebruik en materialen), en zien andere voorschriften op de verschillende (milieubelastende) activiteiten die plaatsvinden in die gebouwen (procesgebonden energiegebruik). Dat onderscheid is bijvoorbeeld zichtbaar bij de bestaande normering voor energielabels voor gebouwen en de verplichting om energiebesparende maatregelen te nemen op grond van artikel 2.15 Activiteitenbesluit.[6] In deze bijdrage ligt het zwaartepunt bij gebouwgebonden duurzaamheidsmaatregelen.
In deze bijdrage zal ik de mogelijkheden voor normering van CO_2-emissies in de gebouwde omgeving richting 2030 onderzoeken. Daarbij zal steeds van de situatie worden uitgegaan dat de Omgevingswet in werking is getreden.[7] In de hiernavolgende paragraaf worden eerst de belangrijkste beleidsdoelstellingen van het Klimaatakkoord voor de gebouwde omgeving, voor zover zij verband houden met regulering, aan de orde gesteld. Vervolgens wordt de bestaande systematiek van duurzaamheidseisen voor bouwwerken uiteengezet en bezien hoe de aanvullende normering van duurzaamheidsprestaties binnen de uitvoeringsperiode van het Klimaatakkoord tot 2030 daarin opgenomen kan worden, en aan welke randvoorwaarden deze gebonden zijn. Vervolgens wordt kort bezien hoe circulariteit daarin meegenomen kan worden. Besloten wordt met enkele conclusies.

4 SER, *Energieakkoord*, p. 6.

5 Deze gebouwde omgeving wordt uiteindelijk begrensd door de bebouwde kom, zodat ook particuliere en openbare buitenruimte onder de definitie valt. Dat zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

6 Hetgeen bij veel utiliteitsgebouwen een dubbele vorm van regulering oplevert. Zie over de energiebesparing ten aanzien van procesgebonden energie ook de bijdrage van Valérie van ’t Lam in deze bundel (hoofdstuk 8).

7 Op 8 april 2020 is de inwerkingtreding van de Ow uitgesteld tot een nader te bepalen datum. Aangezien deze bijdrage gaat over de periode tot 2030 en de Omgevingswet voor die periode het regulerend kader zal vormen, is het echter zinvol om dat als uitgangspunt te nemen.

2 Het Klimaatakkoord en de gebouwde omgeving

Met het in 2019 gesloten Klimaatakkoord zijn een groot aantal beleidsvoornemens voor verduurzaming van de gebouwde omgeving aangekondigd die van groot belang zijn voor de periode tot aan 2030 (en uiteindelijk 2050). De inzet is de transformatie van 7 miljoen woningen en 1 miljoen gebouwen naar betere isolatie, verwarming met duurzame energie en waarin schone elektriciteit gebruikt of zelfs opgewekt wordt. Daartoe zal het tempo van de verduurzaming opgevoerd moeten worden tot meer dan 50.000 bestaande woningen per jaar in 2021; vóór 2030 moet al een volume van 200.000 woningen per jaar gerealiseerd worden.[8] In dat geval kan in 2030 gezamenlijk 3,4 Mton minder CO_2 uitgestoten worden dan in het referentiescenario van 1990. Daarbij moet overigens worden aangetekend dat, anders dan de andere sectoren die onderdeel uitmaken van het Klimaatakkoord, de afspraken voor de gebouwde omgeving doorlopen tot 2050.[9]
Door middel van de zogenoemde wijkgerichte aanpak zal op planmatige wijze bezien worden wat per wijk de beste oplossing (warmtenet, *all-electric*, warmtepomp, enz.) is als gebouwen niet meer met aardgas verwarmd worden, en wanneer deze transformatie zal plaatsvinden. In de wijkgerichte aanpak komen woning- en utiliteitsbouw samen. De regierol daarvoor ligt bij de gemeente die door middel van zogenoemde Transitievisies warmte op gemeentelijk niveau en uitvoeringsplannen op wijkniveau de keuze voor alternatieve warmtevoorziening per wijk vastlegt en motiveert. Deze beleidskeuzes zullen uiteindelijk geborgd worden in het omgevingsplan onder de Omgevingswet.[10] Daarbij dient opgemerkt te worden dat los van de planmatige aanpak ook aangenomen wordt dat eigenaar-bewoners zelfstandig tot verduurzaming zullen overgaan, bijvoorbeeld door isolatiemaatregelen te nemen of zonnepanelen of een warmtepomp te installeren bij onderhoud of aankoop van een woning.

De wijkgerichte aanpak zal in veel gevallen niet zonder gebouwgebonden aanpassingen tot stand kunnen komen, bijvoorbeeld omdat aansluiting van bestaande bouwwerken op een lage- of middentemperatuur-warmtenet niet zinvol is zonder voorafgaande aanpassingen aan installaties en isolatiemaatregelen om de warmtevraag te beperken. Met het oog daarop worden door de Rijksoverheid en brancheorganisaties

8 In het Klimaatakkoord wordt overigens aangegeven dat de reductiedoelstelling voorrang heeft op het exacte streefcijfer voor aanpassingen in de bestaande woningvoorraad. Of deze doelstelling gelet op de recente ontwikkelingen met COVID-19 voor 2021 haalbaar is, zal afgewacht moeten worden.

9 Gelet op art. 2 Klimaatwet is het aannemelijk dat de doelstelling voor 2050 voorrang heeft op de tussendoelstellingen voor 2030, ook voor de gebouwde omgeving. De reductiedoelstelling blijft een streefdoel.

10 Zie daarvoor ook: J.J. Karens, 'Het omgevingsplan en energietransitie in de gebouwde omgeving. Maatpak of confectie', in: P.J. Huisman e.a., *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: IBR 2019, en R.A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4. Op de gemeentelijke bevoegdheid om een en ander afdwingbaar te maken wordt in deze bijdrage niet nader ingegaan.

zogenoemde standaarden en arrangementen ontwikkeld. Standaarden geven inzicht in wat, op basis van kosten en baten van maatregelen en gewenste reductie van de warmtevraag, voor kenmerkende typen woningen een 'verstandige' verduurzaming is. Het gaat dan om aanpassingen aan het gebouw (bijv. isolatie) die onafhankelijk van latere uitvoering van een alternatief voor aardgasverwarming op grond van de wijkgerichte aanpak, effectief zijn. Standaarden zullen in de bestaande methodiek van het Besluit bouwwerken leefomgeving (hierna: Bbl) worden opgenomen. Subsidieregelingen zullen worden afgestemd op de maatregelen die nodig zijn om aan de standaard te voldoen, het voldoen aan de standaard zal mogelijk ook onderpand zijn bij leningen in het kader van verduurzaming.[11] De exacte invulling van deze standaarden is op het moment van schrijven niet bekend. In de Startanalyse van 2019 wordt uitgegaan van het niveau energielabel B, waarbij energieopwekking (bijvoorbeeld met zonnepanelen) en efficiënte warmteopwekking (bijvoorbeeld met een warmtepomp of een aansluiting op een warmtenet) niet meetellen.[12] Omdat niet alle gebouwen in één keer worden aangepast komen er streefwaarden voor isolatie en ventilatie van bouwdelen, zoals het dak, de gevel enzovoort. In het Klimaatakkoord wordt aangegeven dat dergelijke standaarden en streefwaardes geen verplichting gaan worden voor eigenaar-bewoners, maar dat na evaluatie in 2025 wel besloten kan worden dat deze bij een verbouwing verplicht worden voorgeschreven.[13]

Marktpartijen gaan tevens arrangementen voor verschillende woningtypes ontwikkelen. Dat zijn gestandaardiseerde of industrieel vervaardigbare maatregelenpakketten voor energiebesparing (isolatie) en duurzame energie- en warmteoplossingen. Arrangementen worden vooralsnog niet in het Bbl geïntegreerd, waarschijnlijk omdat het om concrete technische maatregelen gaat waarvan het niet zinvol is om deze in een wettelijke regeling vast te leggen.
Het Klimaatakkoord introduceert zogenoemde niet-bindende streefwaarden en een bindende eindnorm om in de utiliteitsbouw 50% CO_2-reductie te realiseren (ten opzichte van 1990). Dat betekent dat voor onder meer scholen, buurthuizen, zorginstellingen, winkels of horecagelegenheden een eigen besparingsdoel geldt. De eindnorm voor 2050 zal een verplichtend karakter krijgen, maar de maatregelen om in 2030 aan het streefdoel te voldoen zullen niet verplichtend worden voorgeschreven.[14] Voor verschillende categorieën utiliteitsgebouwen (bijv. maatschappelijk vastgoed) zullen daarnaast routekaarten worden ontwikkeld, waarmee het proces voor deze specifieke gebouwsoorten zal worden vormgegeven.

11 Klimaatakkoord, p. 20.
12 Zie daarover op de website van het Expertise Centrum Warmte dat de wijkgerichte aanpak ondersteunt: zie (https://expertisecentrumwarmte.nl/themas/technische+oplossingen/techniekfactsheets+gebouwmaatregelen/default.aspx) en ook Startanalyse, p. 5.
13 Klimaatakkoord, p. 20.
14 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 437, p. 11.

3 Normering van duurzaamheidsprestaties tot aan 2030

3.1 Inleiding

De voorstellen in het Klimaatakkoord zijn beleidsdoelen die op verschillende manieren ten uitvoering kunnen worden gebracht. Vooralsnog wordt ingezet op het 'ontzorgen en verleiden' van eigenaar-bewoners, verhuurders en verenigingen van eigenaars en woningcorporaties om zelf concrete stappen te ondernemen voor verduurzaming. In dat kader worden vooral fiscale en financieringsinstrumenten uitgewerkt. Ervaringen met de uitwerking van de doelstellingen voor verduurzaming uit het Energieakkoord leren echter dat het gewenste tempo voor renovaties op vrijwillige basis niet zomaar behaald wordt.[15] Om de doelstellingen voor 2030 en 2050 te behalen zal een meer verplichtend karakter van maatregelen mogelijk toch noodzakelijk zijn, al dan niet als 'stok achter de deur'.[16]
In dit deel van de bijdrage worden de mogelijkheden verkend van verplichte normering van verduurzaming van de gebouwde omgeving om aan de doelstellingen voor emissiereductie in 2030 te voldoen. Ten behoeve van verbetering van energieprestaties van deze gebouwen zullen vooral de in de voorgaande paragraaf beschreven standaarden, streefwaarden en eindnormen belangrijk zijn. Dat zijn beleidsvoornemens uit het Klimaatakkoord, waarvan op dit moment nog niet duidelijk is welke juridische kwalificatie deze zullen verkrijgen. In deze bijdrage wordt bezien hoe deze geïntegreerd kunnen worden in het reeds bestaande kader voor regulering van energieprestaties in de gebouwde omgeving, en welke kwalificatie zij dan kunnen verkrijgen. Op nationaal niveau is de normering van energieprestaties vastgelegd in het Besluit bouwwerken leefomgeving (en voordien in het Bouwbesluit 2012 en Besluit energieprestatie gebouwen).[17]

3.2 Normering voor nieuwbouw

Een belangrijke stap richting het reduceren van CO_2-emissies in de gebouwde omgeving is om alle nieuwe gebouwen bijna energieneutraal te laten zijn.[18] Dat betekent dat een gebouw op jaarbasis per saldo een totaal energieverbruik van bijna nul

15 A. van Hall, 'De derde succesfactor bij het aardgasvrij maken van wijken', Den Haag: Programma Aardgasvrije wijken, 2020 p. 26.

16 PBL, *Achtergronddocument Het Klimaatakkoord; effecten en aandachtspunten*, p. 28, zie: www.pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2019-achtergronddocument-het-klimaatakkoord-effecten-en-aandachtspunten_3807.pdf. Mocht gekozen worden voor normering dan zullen vanzelfsprekend ook een handhavingsstrategie en ondersteunde maatregelen nodig zijn.

17 Deze bestaande normering is grotendeels implementatie van de Richtlijn energie-efficientie (2012/27/EU), de Richtlijn hernieuwbare energie (2018/2001/EU) en de Richtlijn energieprestatie van gebouwen (2018/844/EU).

18 Conform de verplichting op grond van art. 9 Richtlijn 2010/31/EU, de voorloper van Richtlijn 2018/844/EU.

heeft.[19] Vanaf 1 januari 2021 geldt de functionele eis (art. 4.148 Bbl) dat bouwwerken bijna energieneutraal (BENG) zijn, hetgeen betekent dat dit de leidende norm zal zijn voor nieuw te bouwen bouwwerken waarvoor na 1 januari 2021 een omgevingsvergunning bouwen wordt aangevraagd. Bij de berekening van de prestatie-eisen wordt in artikel 4.149 Bbl verwezen naar bepalingsmethode NTTA 8800.[20] BENG gaat uit van een drietal elementen: (1) de maximale energiebehoefte van een gebouw, (2) het maximum aan primair fossiel energiegebruik van een gebouw en (3) de minimale mate van gebruik van hernieuwbare energie. De eerste twee eisen worden uitgedrukt in kWh per m2 gebruiksoppervlak, de derde in een minimumpercentage.[21] Voor het aandeel hernieuwbare energie is een uitzondering gemaakt voor zover daar als gevolg van locatiegebonden omstandigheden niet aan voldaan kan worden. Belangrijk is voorts dat bij maatwerkregel in het omgevingsplan[22] gebieden of categorieën gebruiksfuncties kunnen worden aangewezen waarvoor de in artikel 4.149 Bbl bedoelde maximumwaarden voor energiebehoefte en primair fossiel energiegebruik en minimumwaarde voor het aandeel hernieuwbare energie kan worden aangescherpt (art. 4.150 Bbl). Op die manier kunnen nog strengere eisen voor energieprestaties aan categorieën gebouwen in het plangebied worden gesteld, en kan bijvoorbeeld ook de toepassing van decentrale hernieuwbare energieopwekking nog verder worden gestimuleerd. Bij dat laatste geldt overigens wel dat ook ten aanzien van de maatwerkregel een gelijkwaardige oplossing kan worden aangedragen door de vergunningaanvrager mits deze oplossing uiteindelijk dezelfde mate van energiezuinigheid heeft (art. 4.7 Ow jo. Bbl). De maatwerkmogelijkheid geldt overigens niet voor thermische isolatievoorschriften.[23]

De wijziging van het Bouwbesluit 2012 (art. 6.10 lid 2) om nieuw te bouwen bouwwerken met een kleinverbruikersaansluiting niet meer verplicht op het aardgasnetwerk aan te laten sluiten wordt als zodanig niet overgenomen in het Bbl. De ambitie uit het Klimaatakkoord om tot aan 2021 de nieuwbouwvoorraad grotendeels aardgasvrij op te leveren, en in het verlengde daarvan investeringen in betere isolatie, duurzame warmtelevering en *all-electric*-oplossingen te stimuleren, zal na inwerkingtreding van de Omgevingswet geborgd worden door gemeenten de bevoegdheid te geven om

19 Zie ook J.J. Karens, N. van Wijk & M.A.B.-Chao-Duivis, *Praktijkboek Duurzaam bouwen*, Den Haag: IBR 2020, par. 1.3. De dicht bij nul liggende of zeer lage hoeveelheid energie die is vereist, dient in zeer aanzienlijke mate te worden geleverd uit hernieuwbare bronnen, en dient energie te bevatten die ter plaatse of dichtbij uit hernieuwbare bronnen wordt geproduceerd, aldus art. 2 onder b Richtlijn 2010/31/EU.

20 A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR 2013, p. 154. NTTA 8800 is conform de methodiek van de Europese Richtlijn voor energieprestatie gebouwen vastgesteld.

21 Zie nader voor de onderbouwing van deze eisen: A.R. Neerhof & N.P.M. Scholten, 'Op weg naar uniformering van bouwtechnische energieprestaties en een integrale benadering', *TBR* 2019/152.

22 Zie voor maatwerk in het omgevingsplan, meer specifiek toegespitst op de energietransitie, ook de bijdrage van Barnhoorn en Jager elders in deze bundel (hoofdstuk 12).

23 Neerhof & Scholten 2019, p. 937.

in het omgevingsplan zelf aansluitingen op energiedistributienetwerken te regelen.[24] De functie van artikel 6.10 Bouwbesluit wordt dan als het ware gedecentraliseerd.[25]

3.3 Normering voor bestaande bouwwerken

Bouwwerken worden geacht te voldoen aan de voorschriften voor bestaande bouw.[26] Dat kan al een rol spelen als de nieuwbouwwerkzaamheden nog in volle gang zijn en het samenstel van bouwmaterialen als bouwwerk aan te merken is.[27] Vanaf voltooiing zal in ieder geval sprake zijn van een bestaand bouwwerk. In hoofdstuk 3 van het Bbl zijn voorschriften voor de duurzaamheid van bestaande bouwwerken opgenomen. De functionele eis uit artikel 3.83 Bbl dat een bouwwerk voldoende energiezuinig is en de bijbehorende prestatie-eisen in artikel 3.84 Bbl vormen de implementatie van artikel 2.15 Activiteitenbesluit (de verplichting om alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van ten hoogste vijf jaar te treffen). Dit is echter een vorm van overgangsrecht waarmee geregeld is dat de erkende maatregelen voor energiebesparing tot 31 december 2020 voor de utiliteitsbouw blijven gelden (art. 3.87 Bbl).[28] In 2020 zal een nieuwe systematiek van energiebesparing in utiliteitsbouwwerken uitgewerkt worden, waarbij de bestaande verplichtingen uit het Energieakkoord geïntegreerd worden met de aanvullende verplichtingen als gevolg van het Klimaatakkoord, maar deze nadere uitwerking is nog niet in het Bbl opgenomen.[29] Zie daarover uitvoeriger paragraaf 3.5 van deze bijdrage.
Voor de energieprestaties van bestaande bouwwerken zijn voorts de energieprestatiecertificaten of energielabels van belang, waarmee na oplevering elke tien jaar de energetische prestaties van een gebouw inzichtelijk worden gemaakt. Het Bbl integreert de bestaande systematiek van energielabels. In Afdeling 6.4 zijn de verplichtingen omtrent het beschikbaar stellen van een energielabel bij oplevering en

24 *Stb.* 2018, 291, p. 286. Zie over energietransitie in het Omgevingsplan ook: J.J. Karens, A.G. Bregman & K.J. de Graaf, 'Duurzaam wonen: de rol van het bestemmingsplan en het toekomstige omgevingsplan', in: F.J. Vonck & L.C.A. Verstappen (red.), *Duurzaam wonen* (KNB-Preadviezen 2019), Den Haag: Sdu.

25 De rol van het omgevingsplan bij het verder ten uitvoer brengen van de uitfasering van aardgas laat ik in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Zie daarover ook: J.J. Karens, 'Het omgevingsplan en energietransitie in de gebouwde omgeving. Maatpak of confectie', in: P.J. Huisman e.a., *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap,* Den Haag: IBR 2019, en R. A. Jager, 'Is het mogelijk om alle woningeigenaren verplicht van het aardgas af te schakelen?', *TO* 2019/4.

26 P.M.J. de Haan, *De preventieve en repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR, p. 288. *Stb.* 2018, 291, p. 236.

27 J. in 't Hout & B. Rademaker, *Woningwet, Bouwen onder de Wabo* (Editie 2012/13), Den Haag: Sdu, p. 74.

28 *Stb.* 2018, 291, p. 280. Op het moment van publicatie van het Bbl in het Staatsblad was de inwerkingtreding van het besluit voorzien voor 2020 en in dat geval zou een lacune ontstaan als het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling zouden komen te vervallen.

29 De minister heeft aangekondigd deze herijking medio 2020 naar de Kamer te sturen.

verkoop, en de eisen omtrent het energielabel opgenomen. Deze komen overeen met wat voorheen in het Bouwbesluit 2012 en het Besluit energieprestatie gebouwen geregeld was. Het energielabel is geen echte vorm van normering – het verplicht immers niet om bepaalde prestaties te behalen – maar is vooral een aanbeveling voor verdergaande energetische besparingen die mogelijk zijn. Dat is anders in het geval het energielabel als minimumeis gesteld wordt voor categorieën bouwwerken. Voor kantoorgebouwen geldt bijvoorbeeld dat deze per 1 januari 2023 over een energielabel C moeten beschikken (art. 5.11 Bouwbesluit 2012 en toekomstig art. 3.87 Bbl).[30]

Een derde vorm van duurzaamheidsnormering voor bestaande bouw is op het moment van schrijven nog niet in het Bbl opgenomen. Het betreft het voornemen van de minister van BZK om het Bbl aan te passen om gebruik van bestaande daken voor opwekking van zonne-energie, na een zorgvuldige ruimtelijke afweging, richting burgers en bedrijven ook af te dwingen door middel van een maatwerkregel of -voorschrift.[31] In hoeverre een dergelijke eis technisch uitvoerbaar is, zal nog moeten blijken, omdat ten aanzien daarvan ook eisen voor verzwaring van dakconstructies voorafgaand aan de toepassing van zonnepanelen een rol spelen.

3.4 Standaarden en streefwaarden in het Bbl

De vraag is hoe de normering van energieprestaties ter uitvoering van het Klimaatakkoord past binnen de systematiek van het Bbl. In paragraaf 2 is beschreven dat bij de uitwerking van het Klimaatakkoord standaarden worden ontworpen, die per type bouwwerk een isolatieniveau en de daartoe benodigde maatregelen geven. Welke maatregel bij welk type gebouw nodig en verstandig is, is verschillend per gebouw, en is onder meer afhankelijk van het bouwjaar en eerder genomen maatregelen, alsmede in mindere mate van de toekomstige energievoorziening. Streefwaarden drukken een vergelijkbare waarde uit, maar dan toegespitst op een gebouwdeel.
Ik onderscheid in deze paragraaf drie mogelijkheden om de standaarden en streefwaarden in het Bbl te integreren en normerende werking te geven: als zelfstandige isolatiewaarden voor bestaande bouwwerken, als onderdeel van het energielabel en als isolatiewaarden bij verbouw.

3.4.1 Voorschriften voor bestaande bouw

Hoofdstuk 3 van het Bbl is van belang voor zover dat ziet op verplichtingen bij het in standhouden van bestaande bouwwerken. Anders dan de hiervoor beschreven overgangsregeling voor utiliteitsbouwwerken in artikel 3.83 e.v. Bbl kent het Bbl op dit moment geen wettelijke eisen voor energiebesparing of thermische isolatie van bestaande bouwwerken. De standaard en streefwaarden zouden als zelfstandige

30 M.Y.C.L. de Wit & Th.S.M. Fraai, 'De Label-C-plicht voor kantoren en de huurverhouding', *TBR* 2019/44. Deze labelplicht wordt in deze bijdrage niet verder beschreven. De implementatie in het Bbl is voorzien met het Ontwerpbesluit energieprestatie van gebouwen en inijking van energielabels, dat op 20 mei 2020 naar de Tweede Kamer gezonden is.

31 *Kamerstukken II* 2018/19, 34682, nr. 29.

doel- en middelvoorschriften voor thermische isolatie opgenomen kunnen worden in Hoofdstuk 3 Bbl. Impliciet gebiedt een dergelijk voorschrift voor bestaande gebouwen dat er een activiteit, namelijk extra isolatiemaatregelen, moet worden ondernomen indien niet aan het minimale (isolatie)niveau wordt voldaan. De verplichting voor verhuurders om in 2050 aan de standaard te voldoen zou bijvoorbeeld op die wijze vormgegeven kunnen worden. Tevens kan gedacht worden aan het gebruik van de maatwerkbevoegdheid om het technische kwaliteitsniveau van de bestaande bouw wat betreft isolatie gelijk te laten zijn aan nieuwbouw.[32] Artikel 3.7 Bbl geeft de bevoegdheid om maatwerkvoorschriften voor bestaande bouwwerken vast te stellen waardoor de eigenaar de staat van een bouwwerk op een hoger niveau moet brengen ten opzichte van de bouwtechnische voorschriften voor bestaande bouw. De bandbreedte voor de maatwerkmogelijkheid wordt begrensd door het niveau van de regels voor nieuwbouw in Hoofdstuk 4 Bbl.[33] De maatwerkmogelijkheid kan echter niet gebruikt worden als het Bbl geen algemene regel over dat onderwerp bevat.[34] Om die reden is het vormgeven van de standaard als maatwerkvoorschrift alleen mogelijk als deze standaard tevens onderdeel is van een concrete algemene regel (bijv. een functionele eis voor thermische isolatie) in het Bbl zelf, hetgeen op dit moment niet het geval is.

De vraag is echter of het haalbaar is om functionele en prestatie-eisen op te nemen die zonder meer van toepassing zijn op alle bestaande bouwwerken. Dat brengt namelijk met zich mee dat vrijwel alle gebouwen niet aan het minimumprestatieniveau voldoen en dat alle gebouweigenaren alsnog gedwongen worden om maatregelen te nemen. Een dergelijk effect zou op gespannen voet staan met het vrijwillige karakter van energiebesparende maatregelen voor eigenaar-bewoners zoals voorgestaan in het Klimaatakkoord.

Daarnaast speelt bij de standaarden tevens de vraag hoe het Bbl zich verhoudt tot gemeentelijke bevoegdheden voor verduurzaming. De functie van de standaarden is om voorafgaand aan alternatieve warmtevoorziening de benodigde extra verduurzamingsmaatregelen reeds uit te voeren. De standaard is daarmee qua fasering verbonden aan de in paragraaf 2 omschreven gemeentelijke regierol en de visie- en

32 Een dergelijke maatwerkbevoegdheid zou expliciet in art. 3.7. Bbl mogelijk gemaakt moeten worden, en zou een vergelijkbaar effect hebben als de nu nog bestaande aanschrijvingsbevoegdheid uit art. 13 Wonw, met dien verstande dat de maatwerkbevoegdheid nadrukkelijk gekoppeld moet zijn aan een algemene regel in het Bbl voor bestaande bouwwerken. Het maatwerkvoorschrift is immers aanvulling of aanpassing van een algemene regel. Indien over een onderwerp voor bestaande bouwwerken een algemene regel ontbreekt kan gelet op art. 3.7 Bbl ook geen maatwerk gebruikt worden. Daarin zit een verschil met de systematiek van art. 13 Wonw waar de aanschrijfbevoegdheid niet gekoppeld is aan een algemene regel.

33 Wanneer een gemeente op grond van hoofdstuk 4 voor nieuwbouw een maatwerkregel in het omgevingsplan heeft opgenomen op grond waarvan lokaal een strengere eis dan die uit hoofdstuk 4 geldt, is het niet mogelijk bij een aanschrijving op grond van art. 3.7 tot dit strengere niveau aan te schrijven.

34 *Stb.* 2018, 291, p. 240.

besluitvorming in de Transitievisie warmte, de uitvoeringsplannen en uiteindelijk de omgevingsplannen. Het moment waarop de standaard toegepast wordt (door eigenaar-bewoners en corporaties) maakt dus uit voor de fasering van de wijkgerichte aanpak. Die eigen verantwoordelijkheid wordt ook onderkend in het Wetsvoorstel collectieve warmtesystemen dat eind juni 2020 ter internetconsultatie is gelegd.[35] Dat brengt de vraag met zich mee hoe een uniforme wettelijke basis voor standaarden in het Bbl zich verhoudt tot de gemeentelijke regierol. Koppeling van de regierol en de standaarden impliceert dat het wenselijk is dat wanneer de gemeente kan bepalen op welk moment de alternatieve warmtevoorziening zal worden gerealiseerd, ook kan bepalen dat voor dezelfde wijk de standaard vanaf dat moment verplicht is. De mogelijkheid om als decentrale overheid te bepalen wanneer bouwtechnische voorschriften uiterlijk toegepast moeten worden verhoudt zich niet tot de systematiek van het Bbl, voor zover het energielabels of thermische isolatie betreft. Ten aanzien van beide is immers geen maatwerkbevoegdheid 'open gezet' in het Bbl. Het opnemen van de verplichting in het omgevingsplan om op het moment van beëindiging van de aardgaslevering in het in het uitvoeringsplan aangeduide gebied aan de standaard te voldoen, past dus niet binnen de uitputtende regeling in het Bbl ten opzichte van thermische isolatie. De bestaande maatwerkmogelijkheden ten aanzien van BENG bieden geen oplossing waar het gaat om bestaande bouwwerken.

3.4.2 Standaard als onderdeel van het energielabel

Nu de standaarden vooralsnog niet als verplichting worden voorgeschreven, maar veeleer de functie hebben om voor het bouwwerk als geheel een verstandige verduurzaming inzichtelijk te maken is er een parallel te trekken met het energielabel, dat vooralsnog voor bestaande bouwwerken met een woonfunctie ook niet tot een bepaald prestatieniveau verplicht. Het energielabel geeft een set aanbevelingen om de energetische kwaliteit van het bouwwerk gedurende de labelperiode te verbeteren, en heeft dus een vergelijkbare functie als de standaard. Daar komt bij dat het energieprestatieniveau en het type gebouw in veel gevallen wel verbandhouden met elkaar, getuige het feit dat energielabels onder andere gebaseerd zijn op het bouwjaar van het gebouw. Een andere mogelijkheid voor integratie van de standaard in het Bbl is dan ook om deze te integreren in de bestaande systematiek van energielabels. Een voordeel van deze wijze van integratie is dat deze niet direct een verplichtend karakter verkrijgen, en de standaard vooral als aanbeveling zal gelden. Bouwtechnisch zal daarbij scherp onderscheiden moeten worden dat de standaard zich vooral beperkt tot isolatiemaatregelen, en het energielabel in beginsel breder is dan alleen isolatie, maar ook energiezuinigheid, ventilatie en toepassing van hernieuwbare energie omvat. Om te voorkomen dat bijvoorbeeld door de enkele toepassing van zonnepanelen een labelstap gemaakt wordt, zullen isolatiemaatregelen binnen het label zodanig gewogen moeten worden, dat zij daadwerkelijk effectief zijn om de standaard ook te doen realiseren. In een later stadium kan eventueel worden bepaald dat binnen een redelijke termijn aan een nader te bepalen labelniveau voldaan dient te worden.

35 Zie p. 41 van de ontwerptoelichting van de Wet collectieve warmtevoorziening, via (www.internetconsultatie.nl/warmtewet2).

3.4.3 Standaarden en streefwaarden als onderdeel van voorschriften voor verbouwactiviteiten

Nu het Klimaatakkoord duurzaamheidsmaatregelen aan gebouwen vooralsnog vooral aan natuurlijke onderhoudsmomenten koppelt, is het de vraag of aangesloten kan worden bij verbouwvoorschriften als gebouweigenaren toch al tot verbouw van hun bouwwerk overgaan.[36] In dat geval zou bijvoorbeeld genormeerd kunnen worden dat bij verbouwing of renovatie van de bestaande gebouwenvoorraad een ambitieuzer duurzaamheidsniveau bereikt moet worden, door in Hoofdstuk 5 van het Bbl voor te schrijven dat bij verbouw of functiewijziging de streefwaarden behaald moeten worden of dat de standaard toegepast moet worden.

De meeste regels in het Bbl bestaan uit relatieve geboden. De regels verplichten dan niet tot het verrichten van activiteiten, maar bevatten regels waaraan moet worden voldaan als een initiatiefnemer een activiteit verricht, bijvoorbeeld het bouwen of ingrijpend renoveren van een bouwwerk of bij het verbouwen daarvan. Het ligt dan in de rede om de standaard of streefwaarde als een dergelijk relatief gebod vorm te geven. Uitgangspunt bij verbouw in het Bbl is, net als in het Bouwbesluit 2012, dat het bouwwerk in beginsel niet in kwaliteit achteruit mag gaan met de verbouwing. Artikel 5.4 lid 1 Bbl bepaalt dat op het verbouwen van een bouwwerk de regels van hoofdstuk 4 (dus de regels voor nieuwbouw) van toepassing zijn, waarbij in plaats van het in die regels bedoelde niveau van eisen wordt uitgegaan van het in artikel 5.5 bedoelde rechtens verkregen niveau tenzij in afdeling 5.3 anders is bepaald. Uit artikel 5.20 Bbl volgt dat na verbouwing aan het energieprestatieniveau dat volgt uit de bouwtechnische voorschriften voor bestaande bouw moet worden voldaan. Dat kwaliteitsniveau is voor de verschillende functies in tabel 5.8 van het Bbl weergegeven (art. 5.8 Bbl). Op dit moment biedt het Bbl dus niet de mogelijkheid om bijvoorbeeld isolatiewaarden voor nieuwbouw verplicht te stellen bij verbouw of functiewijziging van een bestaand bouwwerk. Dat zou enkel kunnen indien daartoe een maatwerkbevoegdheid wordt opgenomen in het Bbl, die een vergelijkbare functie heeft als de maatwerkvoorschriften op grond van artikel 3.7 Bbl. In dat geval kan bijvoorbeeld een maatwerkvoorschrift toegevoegd worden aan de omgevingsvergunning die benodigd is voor de verbouwwerkzaamheden. Indien de verbouwwerkzaamheden van dusdanige omvang zijn dat deze kwalificeren als ingrijpende renovatie van een bestaand bouwwerk (art. 2. Richtlijn 2010/31/EU) dan gelden daarvoor de voorschriften uit Hoofdstuk 4 (art. 5.20 lid 4 Bbl). Datzelfde geldt voor het vernieuwen na sloop waarbij alleen de oorspronkelijke fundering resteert (art. 4.1. Bbl). In die gevallen zijn maatregelen voor energiebesparing en isolatie zondermeer gewaarborgd.

36 Zie een voorstel daartoe, de motie van het Kamerlid Dik Faber bij de Omgevingswet (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 140) die door de Tweede Kamer is aangenomen, en waarin verzocht wordt om hogere eisen voor duurzaamheid in de bestaande bouw bij verbouw te verwerken in het Bbl.

3.5 Streefdoel en eindnorm voor utiliteitsbouw

Zoals volgt uit paragraaf 2 wordt voor utiliteitsbouw een nieuw kader voor energiebesparing ontworpen. De herijking van het systeem van energiebesparing voor utiliteitsbouw kan niet los gezien worden van de streefdoelen en eindwaarden die het Klimaatakkoord introduceert ten aanzien van CO_2-reductie. Aannemelijk is dat de bestaande systematiek van energiebesparende maatregelen via de erkende maatregelenlijst en de informatieplicht daarover blijft bestaan, maar uitgebouwd wordt met wettelijk verankerde doelstellingen die tegen 2030 en 2050 behaald moeten worden. Dat betekent dat de erkende maatregelen afgestemd moeten worden op het extra reductiedoel (1 Mton) dat als streefdoel voor 2030 gesteld wordt. Tot aan 2025 zal het streefdoel nog geen dwingende normering bevatten.
De vraag is hoe de emissiereductie zich verhoudt tot de reeds te nemen energiebesparende maatregelen (die bijvoorbeeld ook een reductie van elektriciteitsverbruik omvatten). De indicator voor het streefdoel (bijvoorbeeld kWh/m2/jaar, minimumisolatiewaarden voor de gebouwschil, een verplicht pakket van energiebesparende maatregelen, of een combinatie daarvan) en de mate van differentiatie naar verschillende gebouwcategorieën moeten nog worden bepaald.[37] Wanneer voor de indicator kWh/m2/jaar wordt gekozen betreft dit een indicator voor het energieverbruik inclusief elektriciteit. Wanneer wordt bespaard op elektriciteitsverbruik in plaats van gasverbruik, leidt dat niet tot een reductie van directe emissies, en zou het streefdoel uiteindelijk mogelijk niet haalbaar zijn.
Als de maatregelen die in de lijst met erkende maatregelen worden opgenomen dusdanig vormgegeven worden dat deze in de komende tien jaar de additionele doelstelling van 1 Mton emissiereductie bewerkstelligen dan is het streefdoel in principe geborgd. Het is echter ook mogelijk dat het streefdoel en einddoel tot zelfstandige maatregelenpakketten en normering leiden (in het Bal en Bbl[38]). Voor verschillende soorten utiliteitsbouw zullen zogenoemde routekaarten – een soort verduurzamingsagenda – worden opgesteld, maar deze zullen geen wettelijke basis krijgen.[39] Ook hier is de vraag hoeveel decentrale bevoegdheden (en maatwerk) gewenst zijn om utiliteitsbouw bij de wijkgerichte aanpak te betrekken.

3.6 Voorwaarden voor het voorschrijven van een hoger prestatieniveau bij bestaande bouw

In de paragraaf 3.4 zijn de mogelijkheden van uniforme algemene regels en eventueel maatwerk voor verduurzaming van bestaande gebouwen verkend. Zowel het stellen van een algemene regel alsmede een maatwerkregel op grond daarvan hebben tot gevolg dat een prestatieniveau voorgeschreven wordt dat hoger is dan het bestaande niveau. Bij bestaande gebouwen wordt dan ingegrepen op een bestaande

37 PBL, *Achtergronddocument Het Klimaatakkoord; effecten en aandachtspunten*, (www.pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2019-achtergronddocument-het-klimaatakkoord-effecten-en-aandachtspunten_3807.pdf), p. 28.
38 Zie daarover ook elders in deze bundel de bijdrage van Valérie van ’t Lam (hoofdstuk 8).
39 Klimaatakkoord, p. 35-36.

eigendomssituatie. Verplichte duurzaamheidsmaatregelen voor bestaande gebouwen raken daarmee aan het recht op eigendom en het juridisch kader voor eventuele regulering daarvan.[40] Dat betekent dat de toelaatbaarheid van een dergelijke inbreuk moet worden beoordeeld op legaliteit, doelmatigheid en proportionaliteit (art. 1 EP EVRM).[41] Allereerst moet voor de regel een basis zijn in het nationale recht of in de wet (bijvoorbeeld art. 4.3 en 4.7 Ow gelezen in verbinding met een nieuw toe te voegen algemene regel aan Hoofdstuk 3 Bbl). Daarnaast moet deze een gerechtvaardigd algemeen belang dienen (bijv. tegengaan van klimaatverandering), en moet er een redelijke verhouding bestaan tussen dat doel en de maatregel; de maatregel mag geen onevenredige last op gebouweigenaren leggen. Met name dat laatste is in het kader van een verplichtend karakter van duurzaamheidsmaatregelen van belang, aangezien dan heel specifiek zal moeten worden gemotiveerd waarom een minder verstrekkende maatregel niet eveneens het doel kan dienen (waarbij ook eventuele gelijkwaardige oplossingen betrokken dienen te worden). In de beoordeling van proportionaliteit dienen alle omstandigheden en belangen afgewogen te worden.[42] Daarbij speelt ook de financiële haalbaarheid van de betreffende isolatiemaatregelen een rol, en de vraag of de uiteindelijke kosten daarvan bijvoorbeeld door subsidies beperkt worden.[43] Tevens zijn voorzienbaarheid van de maatregel en een overgangstermijn factoren die daarbij betrokken moeten worden. Het introduceren van een prestatieniveau voor thermische isolatie bij algemene regel (bijv. door de standaard in het Bbl op te nemen) zorgt echter voor vragen rondom de positieve verplichting op grond van artikel 1 EP EVRM om effectieve rechtsbescherming van woningeigenaren te garanderen, nu de betreffende algemene regels enkel via exceptieve toetsing getoetst kunnen worden (art. 8:3 Awb). Het voert echter te ver om in het bestek van deze bijdrage daar nader op in te gaan.[44]

Maatwerkregels dienen eveneens aan de hierboven omschreven criteria te voldoen indien zij beperkingen stellen aan het gebruik van eigendommen. Zoals gezegd is de maatwerkbevoegdheid van artikel 3.7 Bbl vergelijkbaar met de in de Woningwet opgenomen aanschrijfbevoegdheid van B&W waarmee geboden kan worden om het kwaliteitsniveau van een bestaand bouwwerk hoger te leggen dan het op grond van het Bouwbesluit 2012 geldende kwaliteitsniveau (art. 13 Wonw). Die bevoegdheid was gekoppeld aan het noodzakelijkheidsvereiste; indien van de bevoegdheid gebruik werd gemaakt diende te worden gemotiveerd waarom het in het Bouwbesluit 2012 voorgeschreven kwaliteitsniveau voor bestaande bouwwerken in de desbetreffende situatie niet toereikend was, en waarom het noodzakelijk was om aanvullende

40 Zie daarover ook nader: B. Hoops, 'Verduurzamingsverplichtingen zonder compensatie', *TBR* 2020/66.

41 D.J.G. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 321.

42 Sanderink 2015, p. 334.

43 *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 437, p. 6.

44 Zie bijv. F.A.G. Groothuijse & R. Kegge, *Het Omgevingsplan: integraal en marginaal*? (VBR-preadvies 2017), p. 154.

voorzieningen te treffen.[45] Ten aanzien van dat noodzakelijkheidsvereiste merkt de memorie van toelichting bij de Woningwet op dat het gegeven dat

> 'de in het Bouwbesluit 2003 opgenomen voorschriften voor de staat van bestaande gebouwen, andere bouwwerken of standplaatsen daarvoor in beginsel toereikend moeten worden geacht, met zich meebrengt dat de betreffende bevoegdheid per definitie slechts toepasbaar kan zijn op een beperkt aantal bijzondere gevallen'.[46]

Bij de afweging of de bevoegdheid wordt aangewend zijn ingevolge artikel 3:4 Awb de vereiste belangenafweging (lid 1) en het evenredigheidsbeginsel (lid 2) van belang. Net als ten aanzien van de Woningwet wordt het grootschalig toepassen van maatwerkvoorschriften ten aanzien van bouwtechnische voorschriften voor bestaande bouwwerken in de Ow met terughoudendheid benaderd.[47] Hoewel gemeentelijke beleidsdocumenten, zoals de Transitievisie warmte, inzicht kunnen geven in de noodzakelijkheid en evenredigheid van een regel die een hoger kwaliteitsniveau voor het bestaande bouwwerk vereist, is het toch de vraag of het toepassen van maatwerkvoorschrift om bestaande bouwwerken aan de standaard aan te passen op grotere schaal haalbaar is gelet evenredigheid en proportionaliteit.
Binnen de context van het Bbl speelt daarnaast de functie van gelijkwaardigheid ook ten aanzien van mogelijke verplichte isolatiemaatregelen een rol. Hoewel standaarden en streefdoelen verstandige en mogelijk zelfs kosteneffectieve maatregelen betreffen, is het voor gebouweigenaren altijd mogelijk om zelf gelijkwaardige maatregelen te treffen, waarmee in ieder geval het in het Bbl opgenomen energetisch prestatieniveau dient te worden behaald.

4 Circulair bouwen en energietransitie

De verduurzaming van het energiegebruik van gebouwen en het vergroten van het aandeel hernieuwbare energie in dat energiegebruik zijn, zo bleek uit paragraaf 2, de belangrijkste doelen van het Klimaatakkoord. Deze doelen zijn niet de enige doelen die hoog op het verlanglijstje van de Rijksoverheid staan. Met het Rijksbrede programma Nederland Circulair 2050 wordt beoogd om van Nederland in 2050 een volledig circulaire economie te maken (en in 2030 50% minder gebruik van primaire grondstoffen[48]), waarbij de bouw- en infrastructuursector een grote rol zullen spelen. Het stellen van ambitieuze eisen aangaande circulariteit bij gebouwen is bijvoorbeeld van belang in verband met de lange levensduur van gebouwdelen die nu

45 In 't Hout & Rademaker 2012, p. 81-82.
46 *Kamerstukken II* 2003/04, 29392, nr. 3, p. 6.
47 Getuige bijvoorbeeld het feit dat in hoofdstuk 3 geen maatwerkregelbevoegdheid is opgenomen. Anders dan de maatwerkregel leent het maatwerkvoorschrift zich niet voor structurele toepassing voor bijv. een gebied. Zie daarover ook: H.C.W.M. Moesker & P.M.J. de Haan, 'Maatwerk technische bouwregelgeving in de Omgevingswet', *TBR* 2019/120.
48 *Kamerstukken II* 2014/15, 32852, nr. 33.

ontworpen en gebouwd worden, zodat de vorderingen die nu geboekt worden op het gebied van circulariteit over een langere tijd effect hebben.[49] In een bijdrage over duurzaamheidseisen richting 2030 dient derhalve de vraag aan de orde te komen hoe de circulaire ambities zich verhouden tot de bestaande duurzaamheidsvoorschriften ten aanzien van energieprestaties van met name nieuw te bouwen bouwwerken, en de vraag hoe deze verder kunnen worden geïntegreerd.

4.1 Circulariteitseisen in het Bbl

Met de Bepalingsmethode Milieuprestatie van gebouwen en GWW-werken worden de materiaalgebonden milieueffecten van gebouwen (MPG) berekend en zichtbaar gemaakt.[50] De milieuprestatie wordt berekend op een reeks van indicatoren zoals uitputting van abiotische grondstoffen, uitputting van fossiele energiedragers, klimaatverandering, aantasting ozonlaag, fotochemische oxidantvorming (chemische smog), verzuring, vermesting, en toxicologische effecten. In die benadering staat dus niet de efficiënte respectievelijk zuinige omgang met primaire grondstoffen centraal, maar wordt vooral de milieubelasting van de materialen meegenomen. In 2018 heeft de milieuprestatie-eis (MPC) in het Bouwbesluit 2012 een verplichtend karakter gekregen voor nieuw te bouwen bouwwerken, nu bij de aanvraag omgevingsvergunning voor het bouwen de milieuprestatie van het bouwplan aantoonbaar niet hoger dan 1 mag zijn (vgl. art. 4.158 e.v. Bbl). De milieuprestatie-eis geldt op grond van de versie van het Bbl die in het Staatsblad is gepubliceerd alleen voor nieuwe woningen en kantoren (groter dan 100 m^2), maar de minister van BZK onderzoekt mogelijkheden om deze ook voor andere gebouwcategorieën verplicht te stellen. Aangezien het merendeel van de nieuwe gebouwen daar al zonder al te veel specifieke aandacht voor circulariteit aan voldoet, heeft de minister inmiddels het voornemen uitgesproken de eis tot 2030 stapsgewijs scherper te stellen, te beginnen op 1 januari 2021, en uiterlijk in 2030 te halveren tot 0,5.[51] In het kader van de voorzienbaarheid en rechtszekerheid is het aanbevelenswaardig om deze aanscherping tot 2030 per moment dat deze ambitieuzer wordt reeds in het Bbl op te nemen.[52]

4.2 Is aanscherping mogelijk?

Naast generieke aanscherping door het Rijk zijn gemeenten straks bevoegd om via een maatwerkbevoegdheid (art. 4.160 Bbl) de milieuprestatie-eisen aan te scherpen. De vraag laat zich stellen hoe de (strengere) milieuprestatie-eisen zich verhouden tot de BENG-eisen in het Bbl, en of het haalbaar is om beide eisen in de toekomst strenger

49 Neerhof & Scholten 2019, p. 937.

50 Zie daarover nader: Ch.W. Backes & M. N. Boeve, *Circulair bouwen* (VBR-preadvies 2018), Den Haag: Vereniging voor Bouwrecht, par. 3.4.2.1. en tevens Karens 2020, p. 22 e.v.

51 *Kamerstukken II* 2019/20, 32852, nr. 94. Om de relatie tussen BENG en de MPC te versterken zijn de uitgangspunten en het verwachte niveau van BENG als basis voor de berekeningen van het strengere milieuprestatieniveau gebruikt.

52 Backes & Boeve 2018, par. 3.4.2.2.

te maken. Aangezien de huidige MPG dermate gemakkelijk behaald kan worden, zal aanscherping tot aan het MPG-niveau van 0,5 (de gemiddelde MPG-waarde van woningen in 2020[53]) bij ontwerpen voorlopig geen onoverkomelijke problemen met zich meebrengen. Bij een nog lagere MPG is het in theorie mogelijk dat een bouwplan dat aan de BENG-eisen voldoet (of mogelijk aan strengere eisen op grond van een gemeentelijke maatwerkregel), een te hoge milieuprestatie met zich meebrengt, bijvoorbeeld door toepassing van isolatiemateriaal, installaties voor warmtelevering en zonne-energie (bijv. batterijen). Naast dat deze materialen een bepaald milieueffect kunnen hebben, is het ook de vraag in hoeverre zij na de afschrijvingsperiode nog herbruikbaar zijn, of dat de techniek in de tussentijd dermate meer geavanceerd is dat (onderdelen van) het materiaal niet meer goed bruikbaar zijn, en dus op het gebied van circulariteit slechter scoren.

4.3 Verdere integratie van energie en circulariteit?

Het aanscherpen van zowel energie- als milieuprestaties, alsmede het integreren van de verschillende onderdelen van circulariteit in een bepalingsmethode, roept de vraag op of het niet mogelijk en wenselijk zou zijn om een overkoepelende duurzaamheidsprestatie-eis te ontwikkelen[54] om onder meer te voorkomen dat bouwers bij nieuwbouw te maken krijgen met een stapeling van verschillende duurzaamheidseisen en als gevolg daarvan suboptimale oplossingen toepassen.[55] Het integreren van energie en circulariteit zou tevens ervoor kunnen zorgen dat de focus op de milieuprestatie van materialen beter afgewogen wordt ten opzichte van CO_2-reductie van het bouwwerk als geheel, waarbij ook de gebruiksfase meer aandacht krijgt. Ook de minister geeft aan dat zij het van belang vindt dat bedrijven de energieprestatie en de milieuprestatie in samenhang bezien, zodat zij in het gebouwontwerp samenhangende maatregelen kunnen opnemen.[56]
Integratie in één prestatie-eis vergt een uniforme bepaalmethode die zowel de circulariteit van het gebouw (milieuprestatie en hergebruik) en het energiegebruik wat daarbij nodig is, alsmede het energiegebruik in de gebruiksfase van het gebouw zelf in samenhang benadert en afweegt. Daarvoor is het technisch van belang dat dezelfde elementen en onderdelen van het gebouw meegewogen worden. Nu zijn energieprestatie-eisen vooral gekoppeld aan de gebruiksfunctie van een gebouw, zowel bij woningbouw als utiliteitsbouw, terwijl milieuprestaties van kantoren aan het gebouw *zelf* zijn gekoppeld in plaats van aan de functie. Ook de definitie van de grenzen van het systeem dat als uitgangspunt gehanteerd wordt bij de berekening (de

53 Zie https://milieudatabase.nl/wp-content/uploads/2019/10/Eindrapport-%E2%80%98Inzicht-in-het-kwaliteitsniveau-bij-nieuwbouw-anno-2020-van-woningen-en-woon-en-kantoorgebouwen%E2%80%99-t.b.v.-afweging-aanscherping-grenswaarden-MPG.pdf.

54 Zie ook Backes & Boeve 2018, p. 78 e.v.

55 Zie ook Stichting Bouwkwaliteit, *Eindrapport Onderzoek aanscherping MPG-eis*, 22 juli 2019, p. 6. Zie op p. 7 tevens een aantal factoren die in de bepaling van BENG en MPG verschillen. Zie https://www.w-e.nl/downloads/publicaties/WE9791-Eindrapport-Onderzoek-aanscherping-MPG-eis-22-juli-2019.pdf/

56 *Kamerstukken II* 2019/20, 32852, nr. 111, p. 8.

zogenoemde systeembegrenzing) is verschillend. Om te voorkomen dat maatregelen niet goed toepasbaar zijn, zal een weging moeten plaatsvinden waarbij mogelijk een verevening plaats kan vinden tussen enerzijds de milieuprestatie van installaties en anderzijds de hernieuwbare energie die zij opwekken. Juridisch gezien moet daarbij, gelet op de (Europese) vereisten voor energiebesparing, in het bijzonder gegarandeerd worden dat de minimumvereisten op grond van de Richtlijn energieprestatie gebouwen worden behaald.[57] Het Eindrapport Onderzoek aanscherping MPG-eis geeft een nadere uitwerking van de wijze waarop de bepalingsmethode van milieu- en energieprestaties meer uniformiteit kan krijgen, zoals ten aanzien van het vergelijkbaar maken van de bepalingsmethode en de fysieke begrenzing van energie- en milieuprestaties.[58] Daarbij gaat het vooral om de technische implicaties die uiteindelijk leidend zijn bij de vraag of er juridisch gezien een uniforme duurzaamheidseis geformuleerd kan worden. Een en ander hangt ook samen met de mogelijke doorontwikkeling van circulariteit binnen EU-beleid en regelgeving.

5 Conclusies

Met het Klimaatakkoord zijn grote ambities voor de gebouwde omgeving uitgesproken. Het vooralsnog vrijwillige karakter van de zogenoemde standaard en streefwaarden voor woningbouw garandeert geenszins dat de doelstelling van 3,4 Mton CO_2-reductie in 2030 wordt behaald. Gelet op de steeds beperktere politieke en juridische ruimte om beleidsdoelstellingen te laten 'verlopen',[59] zal de rol van regulering een grotere rol spelen, en is het los van de politieke keuze om regulering te gebruiken tevens zinvol om te bezien hoe die regulering dan plaats moet vinden. In deze bijdrage is bezien hoe de doelstellingen van het Klimaatakkoord voor wat betreft standaarden en streefwaarden in de gebouwde omgeving in normering kunnen worden omgezet. Voor wat betreft bestaande bouwwerken zijn de mogelijkheden om een hoger prestatieniveau voor te schrijven beperkt. Het meest kansrijk lijkt de mogelijkheid om op 'natuurlijke momenten', zoals verbouw, een prestatieniveau voor te schrijven dat gelijk ligt aan het nieuwbouwniveau. In het licht daarvan is aanpassing van het Bbl nodig, alsmede voor wat betreft de afstemming tussen algemene regels en de decentrale regierol in de zogenoemde wijkgerichte aanpak. De focus op CO_2-reductie van gebouwen dwingt daarnaast ook om de verhouding tussen circulariteit en energietransitie veel meer integraal te benaderen, juist ook in de uniforme bouwtechnische voorschriften die in het Bbl zijn opgenomen. Voor wat betreft duurzaamheidsambities (zowel voor energie als circulariteit) voor de komende jaren kan het Bbl op punten zeker nog aanpassing gebruiken, bijvoorbeeld om ervoor te zorgen dat kansen voor verduurzaming bij bestaande onderhoudsmomenten en vooral ook verbouwwerkzaamheden benut worden.

57 Backes & Boeve 2018, p. 80.

58 Stichting Bouwkwaliteit, *Eindrapport Onderzoek aanscherping MPG-eis*, 22 juli 2019, p. 6 e.v.

59 Hetgeen bijvoorbeeld volgt uit het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad: HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2006, *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen.

14 Natuurinclusieve energietransitie: een potentiële oplossing voor de klimaatcrisis én de biodiversiteitscrisis?

Harm Dotinga[1]

Samenvatting

De klimaatcrisis en de biodiversiteitscrisis hebben dezelfde urgentie en moeten tegelijkertijd worden aangepakt. De energietransitie moet daarom plaatsvinden op een natuurinclusieve manier, waarbij negatieve effecten op vogels en andere kwetsbare soorten worden geminimaliseerd en tegelijkertijd de mogelijkheden om biodiversiteit te behouden en te herstellen worden gemaximaliseerd. In de huidige praktijk is dat nog onvoldoende gewaarborgd, zowel op land als het Nederlandse deel van de Noordzee. Twee initiatieven die beogen daar verandering in te brengen zijn het Noordzeeakkoord en het akkoord over een natuurinclusieve energietransitie wind en hoogspanning op land. Een wettelijke verankering van de natuurinclusieve energietransitie is zeer wenselijk, omdat het bestaande juridische instrumentarium dat nog onvoldoende stimuleert.

1 Inleiding

De energietransitie is noodzakelijk om de klimaatcrisis aan te pakken. Het bereiken van de doelstellingen van het Klimaatakkoord van Parijs vergt een radicale transitie in de energiesector. Fossiele brandstoffen moeten op de kortst mogelijke termijn worden vervangen door windenergie, zonne-energie en andere hernieuwbare energiebronnen. De energietransitie staat echter vaak op gespannen voet met natuurbelangen. Zo kan de grootschalige aanleg van windparken met de bijbehorende infrastructuur leiden tot een (verdere) achteruitgang van populaties van vogels door een toename van aanvaringsslachtoffers en verlies aan leefgebied. Bij bedreigde soorten kan dat het laatste zetje zijn richting uitsterven. Daar staat tegenover dat de energietransitie ook nodig is om de biodiversiteitscrisis op te lossen, omdat klimaatverandering een belangrijke bedreiging vormt voor soorten en hun leefgebieden. De potentiële oplossing voor deze tegenstrijdigheid is een natuurinclusieve energietransitie, waarbij de negatieve ecologische effecten van hernieuwbare energiebronnen worden geminimaliseerd en er maximaal wordt ingezet op synergie door win-winsituaties te creëren.

1 Harm Dotinga is senior jurist bij Vogelbescherming Nederland.

Deze bijdrage richt zich op de vraag wat de rol is van het natuurbeschermingsrecht in het stimuleren van een natuurinclusieve energietransitie, waarbij de nadruk ligt op vogels. Het natuurbeschermingsrecht biedt bescherming aan alle van nature in het wild voorkomende vogels en hun leefgebieden en stelt harde eisen aan plannen en projecten die daar schadelijk voor kunnen zijn. Die eisen gelden ook voor de aanleg en exploitatie van energie-infrastructuur. Het natuurbeschermingsrecht kan de energietransitie vertragen en misschien zelfs onmogelijk maken, als niet kan worden voldaan aan de wettelijke verplichtingen voor de duurzame instandhouding van deze beschermde soorten en hun leefgebieden. Tegelijkertijd zijn de verplichtingen uit het natuurbeschermingsrecht voor het behoud en herstel van vogels en hun leefgebieden een belangrijke stimulans voor innovatie en het zoeken naar oplossingen binnen de energietransitie die bijdragen aan de duurzame instandhouding van vogels en aan natuurherstel in bredere zin.

De indeling van de bijdrage is als volgt. Allereerst volgt een korte schets van de energietransitie en de risico's en kansen die dat met zich meebrengt voor vogels en hun leefgebieden (par. 2). Daarna wordt ingegaan op de betekenis van het natuurbeschermingsrecht voor de energietransitie in relatie tot vogels (par. 3), waarbij aandacht wordt besteed aan een aantal algemene aspecten, het soortenbeschermingsrecht en het gebiedenbeschermingsrecht. Vervolgens worden twee initiatieven besproken die beogen om de energietransitie natuurinclusief uit te voeren (par. 4). De eerste is het Noordzeeakkoord dat gericht is op het gelijktijdig bevorderen van de natuurtransitie, de energietransitie en de voedseltransitie. De tweede is de ontwikkeling van een akkoord over natuurinclusieve energietransitie op land. Dat laatste akkoord wordt ontwikkeld om de aanleg van windparken en hoogspanningsverbindingen op land op een vogel- en vleermuisvriendelijkere manier te laten plaatsvinden. Tot slot wordt ingegaan op de vraag of het juridisch instrumentarium voldoende is of verder moet worden ontwikkeld om de klimaatopgave voor 2030 op een natuurinclusieve manier te bereiken (par. 5). In de conclusies worden de bevindingen kort samengevat en een aantal aanbevelingen gedaan (par. 6).

2 De relatie tussen de energietransitie en natuur: risico en kans

De Europese Richtlijn hernieuwbare energie stelt dat het aandeel energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie in de EU in 2030 minstens 32% bedraagt.[2] Dat omvat windenergie en zonne-energie, maar ook geothermische energie, omgevingsenergie, getijdenenergie, golfslagenergie en andere energie uit de oceanen, waterkracht, en energie uit biomassa, stortgas, gas van

2 Art. 3 lid 1 Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking). Zie voor een uitgebreid overzicht de bijdrage van Sanne Akerboom en Chris Backes, 'Klimaatbeleid in Europa en Nederland: een overzicht van doelen en voortgang' (hoofdstuk 3).

rioolzuiveringsinstallaties, en biogas.[3] Dat is een bindend streefcijfer voor de hele Unie dat in 2023 opwaarts kan worden bijgesteld, wanneer dat nodig is om te voldoen aan de internationale verplichtingen voor het koolstofvrij maken of wanneer een aanzienlijke daling van het energieverbruik in de Unie een dergelijke verhoging rechtvaardigt.[4] De lidstaten moeten individuele bijdragen vaststellen om het EU-doel gezamenlijk te bereiken, waarbij voor Nederland vanaf 1 januari 2021 een minimum nationaal streefcijfer geldt van 14%.[5] Dat percentage wordt vrijwel zeker niet voor die datum bereikt, omdat in 2019 pas 8,6% van de Nederlandse energieproductie afkomstig was van hernieuwbare bronnen. De verwachting is wel dat het percentage snel gaat stijgen. De Nederlandse overheid heeft aangegeven dat zij ernaar streeft om in ieder geval 27% hernieuwbare energie in 2030 te realiseren als bijdrage aan het EU-doel.[6] Dat betekent een verdrievoudiging van de huidige hernieuwbare energieopwekking in Nederland. Dit zal met name gebeuren door het stimuleren van grootschalige opwekking van wind- en zonne-energie op land en zee.

Vrijwel alle vormen van hernieuwbare energieopwekking brengen risico's mee voor de natuur, waarbij de effecten aanzienlijk verschillen per energiebron, locatie en soort.[7] Het meest controversieel is waarschijnlijk de opwekking van energie uit biomassa, omdat dit makkelijk kan leiden tot vernietiging van gebieden met een hoge biodiversiteit (natuurgebieden, soortenrijke bossen en graslanden en dergelijke). De snelle toename van energieopwekking uit biomassa zal de druk op deze gebieden alleen maar vergroten, tenzij regelgeving daar paal en perk aan gaat stellen. De hernieuwbare-energierichtlijn bevat al bepaalde duurzaamheidscriteria voor het meerekenen van energie uit biomassa, waaronder de eis dat biobrandstoffen, vloeibare biomassa en biomassabrandstoffen uit agrarische biomassa niet zijn geproduceerd uit grondstoffen verkregen van land (natuurgebieden, bossen, graslanden) met een hoge biodiversiteitswaarde.[8]

Voor vogels vormt de aanleg en exploitatie van windparken, zonneparken en de bijbehorende infrastructuur een belangrijk risico. Windparken en hoogspanningsverbindingen kunnen negatieve effecten hebben op vogels als gevolg van aanvaringen (sterfte of verwonding door botsing met een windturbine of hoogspanningskabel), verstoring (gedurende de aanleg en/of exploitatie van het windpark of de

3 Art. 2 onder 1 Richtlijn (EU) 2018/2001.
4 Art. 2 onder 1 Richtlijn (EU) 2018/2001.
5 Art. 3 lid 4 en bijlage I Richtlijn (EU) 2018/2001.
6 Klimaatplan, par. 2.1.2.
7 Zie onder andere: R. Buij e.a., *Kwetsbare soorten voor energie-infrastructuur in Nederland; Overzicht van effecten van hernieuwbare energie-infrastructuur en hoogspanningslijnen op de kwetsbaarste soorten vogels, vleermuizen, zeezoogdieren en vissen, en oplossingsrichtingen voor een natuurinclusieve energietransitie*, Wageningen Environmental Research, Rapport 2883, 2018. Zie ook: M.R. Perrow (red.), 'Wildlife and Wind Farms', *Conflicts and Solutions* 2017 (vol. 1 en 2) en 2019 (vol. 3 en 4), Exeter, UK: Pelagic Publishing.
8 Art. 29 lid 1 en lid 3 Richtlijn (EU) 2018/2001.

hoogspanningsverbinding), habitatverlies (vogels kunnen gebieden met windturbines en hoogspanningsverbindingen gaan vermijden en daardoor broed, rust- en foerageerplaatsen verliezen) en barrièrewerking (windparken en hoogspanningsverbindingen kunnen de aanvliegroutes van vogels van en naar hun broed-, rust- en foerageergebieden blokkeren). De aanleg van zonneparken in of nabij belangrijke vogelgebieden kan leiden tot een verlies aan oppervlakte en/of kwaliteit van leefgebied. De mate waarin bovenstaande effecten kunnen optreden, verschilt aanzienlijk per soort en locatie. Het is bekend dat verschillende vogelsoorten gevoelig zijn voor aanvaringen met windturbines, waarbij de hoogste aantallen slachtoffers vaak vallen onder de trekvogels. Trekvogels vliegen in het voorjaar en najaar massaal tussen hun broedgebieden en overwinteringsgebieden. Zij lopen dan een aanzienlijk risico om in aanvaring te komen met windturbines in of nabij hun vaste trekroutes, vooral bij ongunstige weeromstandigheden (tegenwind, mist, regen). Voor andere vogelsoorten is bekend dat zij windparken vermijden, waardoor verlies aan leefgebied optreedt. Er zijn ook soorten, zoals aalscholvers, die juist worden aangetrokken door de windparken.[9]

Klimaatmaatregelen bieden ook kansen voor natuur. Er is veel potentieel om natuurbescherming en -herstel in te zetten om de uitstoot van broeikasgassen te beperken, bijvoorbeeld door het vernatten van veengebieden. Ook op het gebied van adaptatie zijn er veel win-winmogelijkheden, zoals projecten als ruimte voor de rivier al hebben bewezen. Bij de energietransitie ligt de nadruk op het voorkomen van negatieve effecten, maar er liggen ook volop kansen om op andere manieren een steentje bij te dragen aan biodiversiteitsbehoud. Zo kan de aanleg van energie-infrastructuur gecombineerd worden met maatregelen voor natuurontwikkeling/herstel op of nabij de betrokken locatie en populatieversterkende maatregelen. Positieve effecten kunnen ook voortvloeien uit vermindering of uitsluiting van andere schadelijke activiteiten zoals visserij en delfstoffenwinning als gevolg van de aanleg van windparken en zonneparken.

3 Betekenis van het natuurbeschermingsrecht voor de energietransitie

3.1 Algemeen

Het internationale en Europese natuurbeschermingsrecht voorziet in een groot aantal verplichtingen voor de bescherming van dieren, planten en hun leefgebieden. Voor vogels is een centrale rol weggelegd voor de EU Vogelrichtlijn die verstrekkende verplichtingen bevat voor de duurzame instandhouding van alle natuurlijk in het wild levende vogelsoorten in de EU, waaronder alle inheemse broedvogels en trekvogels die in Nederland en op de Noordzee voorkomen. De verplichtingen uit de

9 Zie de bronnen genoemd in voetnoot 7. Zie voor de effecten van windparken op zee het onderzoek dat wordt uitgevoerd in het kader van het Windenergie op zee ecologisch programma (Wozep) en het Kader Ecologie en Cumulatie (KEC).

Vogelrichtlijn, de Habitatrichtlijn en de relevante natuurbeschermingsverdragen zijn in Nederland hoofdzakelijk uitgevoerd door middel van de Wet natuurbescherming (Wnb) die nauw aansluit bij de richtlijnen.

De Vogelrichtlijn, de Habitatrichtlijn en de natuurbeschermingsverdragen bevatten harde verplichtingen die in acht moeten worden genomen bij de energietransitie. Het natuurbeschermingsrecht is gericht op het behoud en herstel van biodiversiteit en de bescherming en instandhouding van specifieke natuurwaarden, waaronder vogels. Het overkoepelende doel voor vogels is om alle soorten in een gunstige staat van instandhouding te brengen en houden.[10] Dit doel moet worden bereikt door het treffen van alle nodige maatregelen, waaronder zijn begrepen maatregelen gericht op generieke soortenbescherming en gebiedenbescherming.

De doelen van het natuurbeschermingsrecht kunnen niet worden bereikt indien de bedreigingen daarvoor niet gelijktijdig effectief worden aangepakt op andere beleidsterreinen die de betrokken activiteiten of drukfactoren reguleren. Dat geldt op Europees niveau bijvoorbeeld voor het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB) en Visserijbeleid (GVB), maar ook voor alle instrumenten die de energietransitie direct of indirect stimuleren en/of reguleren. Daarnaast is een rol weggelegd voor de richtlijnen voor de milieueffectbeoordeling van plannen (Richtlijn strategische milieubeoordeling) en projecten (M.e.r.-richtlijn), waaronder veel plannen en projecten vallen die plaatsvinden in het kader van de energietransitie. Deze richtlijnen vereisen dat de milieueffecten (inclusief effecten op vogels en andere beschermde natuurwaarden), mitigerende maatregelen en alternatieven in een vroegtijdig stadium worden geïdentificeerd en beoordeeld, en overleg wordt gepleegd met de relevante autoriteiten en het bredere publiek.

3.2 Generieke soortenbescherming

Alle inheemse vogels zijn beschermd op grond van de Vogelrichtlijn die zowel actieve als passieve bescherming vereist. De passieve soortenbescherming is vastgelegd in artikel 5, dat een stelsel van strikte verboden bevat die gelden voor alle van nature in het wild levende vogelsoorten in de EU, inclusief alle zee- en kustvogels. Deze verboden zijn van toepassing op individuen van deze soorten in geheel Nederland, inclusief het hele Nederlandse deel van de Noordzee.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat lidstaten de verboden in het kader van de soortenbescherming onder de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn niet alleen in wetgeving moeten verankeren, maar ook verplicht zijn om daadwerkelijk

10 Zie H. Dotinga, K. Bastmeijer, A. Trouwborst & A. van Kreveld, 'De juridische bescherming van boerenlandvogels', in: *Milieuproblemen in de landbouw: falend omgevingsrecht en mogelijke oplossingen*, VMR-reeks 2019-1, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 90-93.

te voorkomen dat de verboden in de praktijk worden overtreden.[11] De Europese Commissie heeft aangegeven dat bij de planning en ontwikkeling van windparken (en andere energie-infrastructuur) door de initiatiefnemers moet worden aangetoond dat de noodzakelijke voorzorgsmaatregelen worden genomen om te voorkomen dat er afbreuk wordt gedaan aan de soortenbescherming. Het opstellen van kwetsbaarheidskaarten (*sensitivity mapping*) en het vermijden van gevoelige gebieden worden daarbij genoemd als instrumenten om (potentiële) conflicten met artikel 5 Vogelrichtlijn te voorkomen. Deze maatregelen zijn (ook) te zien als een vorm van actieve soortenbescherming en zijn tevens van belang voor de gebiedenbescherming.[12]

De verboden uit artikel 5 Vogelrichtlijn zijn als volgt geïmplementeerd in artikel 3.1 Wet natuurbescherming:

1. Het is verboden opzettelijk van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn te doden of te vangen.
2. Het is verboden opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.
3. Het is verboden eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te rapen en deze onder zich te hebben.
4. Het is verboden vogels als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te storen.
5. Het verbod, bedoeld in het vierde lid, is niet van toepassing indien de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort.

De verboden zijn van toepassing op alle menselijke activiteiten, inclusief alle activiteiten die samenhangen met de energietransitie. De nadruk ligt in de energietransitie meestal op het verbod op het opzettelijk doden van vogels dat van toepassing kan zijn als vogels sterven door aanvaringen met windturbines, hoogspanningsverbindingen en andere energie-infrastructuur. Het verbod op het opzettelijk beschadigen of vernielen van nesten en eieren kan aan de orde zijn bij de aanleg en het gebruik van energie-infrastructuur in de broedperiode en bij jaarrond beschermde nesten het hele jaar. Rustplaatsen van vogels kunnen ook in het geding zijn, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij de aanleg van zonneparken op voormalige zandwinplassen waar vogels verblijven om te rusten en slapen. Daarnaast kan er sprake zijn van verstoring van vogels door licht, beweging en geluid bij de aanleg en/of exploitatie van energie-infrastructuur.

11 Zie bijv. HvJ EG 30 januari 2002, C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (*Commissie/Griekenland*); HvJ EG 16 maart 2006, C-518/04, ECLI:EU:C:2006:183 (*Commissie/Griekenland*); HvJ EG 18 mei 2006, C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329 (*Commissie/Spanje*); HvJ EU 9 juni 2011, C-383/09, ECLI:EU:C:2011:369 (*Commissie/Frankrijk*).

12 Europese Commissie, *Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation*, 2011, p. 52.

Bij de toepassing van de verboden op de aanleg en exploitatie van energie-infrastructuur zijn er drie mogelijke scenario's:
1. er is helemaal geen sprake van een overtreding van de verboden;
2. er worden (mitigerende) maatregelen getroffen waarmee een overtreding van de verboden effectief wordt voorkomen;
3. overtreding kan niet worden voorkomen en er moet een beroep worden gedaan op de toepasselijke uitzonderingen op de verboden.

Het feit dat het doden en verstoren van de vogels of het vernielen of beschadigen van nesten, rustplaatsen en eieren van vogels een onbedoeld, incidenteel gevolg is van de aanleg en exploitatie van energie-infrastructuur betekent niet dat er per definitie geen sprake is van een overtreding van de verboden. Opzet dekt namelijk ook voorwaardelijk opzet, zoals blijkt uit de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie.[13] Dat houdt in dat men willens en wetens de geenszins te verwaarlozen kans aanvaardt dat de gedraging (handelen of nalaten) schadelijke gevolgen heeft voor beschermde soorten. Om een gedraging te kwalificeren als opzettelijk is het zodoende niet vereist dat de persoon in kwestie het doden of verstoren van de vogel daadwerkelijk gewild heeft, maar is het al voldoende wanneer deze wist of had moeten weten dat die dood of verstoring het redelijkerwijs voorzienbare gevolg was van zijn of haar handelen, waarmee de bewuste persoon de gerede kans op dat resultaat heeft aanvaard. Daar is al snel sprake van bij de aanleg en exploitatie van energie-infrastructuur, in het bijzonder op vogelrijke locaties en trekroutes.[14]

Overtredingen van het verbod op opzettelijk doden kunnen worden voorkomen of beperkt door mitigerende maatregelen, zoals locatiekeuze, aantal, hoogte en positie van de turbines, betere turbinezichtbaarheid, draadmarkeringen in hoogspanningsverbindingen en stilzetten van rotoren van windturbines gedurende risicovolle perioden en weersomstandigheden. Dergelijke mitigerende maatregelen kunnen ervoor zorgen dat het risico aanzienlijk kleiner wordt, maar zullen het doden van vogels veelal niet geheel kunnen voorkomen of dusdanig klein maken dat het slechts uiterst incidenteel plaatsvindt. De sterftekans zal in de praktijk afhankelijk zijn van de locatie, omvang en configuratie van de windparken, de vogelsoorten die in het gebied voorkomen, hun vlieggedrag, de specifieke omstandigheden en getroffen mitigerende maatregelen. Er is dus een individuele beoordeling nodig voor ieder windpark om vast te stellen of er sprake is van een overtreding van het verbod op opzettelijk doden en, zo ja, of er een beroep moet worden gedaan op een van de uitzonderingen. Dat geldt ook voor het voorkomen van overtredingen van de andere verboden.

13 HvJ EG 30 januari 2002, C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 36 en 39; HvJ EG 18 mei 2006, C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329 (*Commissie/Spanje*), r.o. 70-71.

14 Europese Commissie, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 2007, p. 30-35.

Uit onderzoek is gebleken dat lidstaten de verboden uit artikel 5 Vogelrichtlijn (in het bijzonder het verbod op opzettelijk doden) verschillend interpreteren en toepassen in relatie tot windparken.[15] In Nederland worden de verboden momenteel strikt geïnterpreteerd en wordt uitgegaan van een overtreding als er (met of zonder het nemen van mitigerende maatregelen) een aanmerkelijke kans is dat er vogelslachtoffers vallen, hetgeen bij windparken al snel het geval is. Voor de meeste (grote) windparken wordt daarom een beroep gedaan op de uitzonderingen uit artikel 9 Vogelrichtlijn door het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 3.3 Wet natuurbescherming of een vrijstelling op grond van artikel 7 Wet windenergie op zee. Daarbij dient steeds aangetoond te worden dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat (bijvoorbeeld een alternatieve locatie), een publiek belang in het geding is (voor vogels wordt daarbij meestal een beroep gedaan op de belangen van 'volksgezondheid en veiligheid' en 'bescherming van flora en fauna'), en er geen verslechtering van de staat van instandhouding van de desbetreffende soorten optreedt (waarvoor meestal het ORNIS 1%-criterium en/of de zogeheten Potential Biological Removalrekenmethode wordt toegepast om aan te tonen dat er geen sprake zal zijn van significant negatieve effecten of een aantasting van de gunstige staat van instandhouding van de betreffende soorten).[16] Deze praktijk is door de Raad van State aanvaard voor windparken op land.[17] In omringende lidstaten (België, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk) wordt er soepeler met de regels omgegaan, waarbij de nadruk ligt op het voorkomen van (significant negatieve) effecten van de windparken op de populatie van de betrokken beschermde soort.[18] Als dat er niet is, dan zou er geen sprake zijn van een overtreding van het verbod op opzettelijk doden. Dit is in strijd met de tekst van de richtlijn, omdat die het doden van ieder individu van een vogelsoort verbiedt. Bij het verbod op verstoren bestaat wel de mogelijkheid om vast te stellen dat er geen sprake is van een overtreding indien dit geen wezenlijke invloed heeft op de staat van instandhouding van de soort. Die mogelijkheid bestaat echter niet bij het verbod op

15 C.W. Backes & S. Akerboom, *Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany*, Report commissioned by the ministries of Economic Affairs and Climate and Agriculture, Nature and Food Quality, 28 mei 2018.

16 Het 1%-criterium is ontwikkeld door het ORNIS Comité om duidelijkheid te verschaffen over de betekenis van het begrip 'kleine hoeveelheden' als bedoeld in de uitzondering genoemd in art. 9 lid 1 onder c Vrl: 'ten einde het vangen, het houden of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan'. Deze uitleg is geaccepteerd door het Hof van Justitie in de uitspraak van 9 december 2004 in zaak C-79/03 (*Commissie/Spanje*), ECLI:EU:C:2004:782, r.o. 36 en 41. Zie ook HvJ EU 21 juni 2018, C-557/15, ECLI:EU:C:2018:477 (*Commissie/Malta*), r.o. 63 e.v.

17 Zie voor een discussie over de jurisprudentie: L. Boerema, 'Soortenbescherming en windturbines: stilstand of achteruitgang', *NBR* 2017/1. Het Hof van Justitie heeft de toepassing van het 1%-criterium bij windparken nog niet beoordeeld, maar heeft dat uitsluitend gedaan voor de toepassing van de uitzondering die is opgenomen in art. 9 lid 1 onder c Vrl.

18 Backes & Akerboom 2018 (noot 15), p. 100-101.

het doden van vogels. Niettemin wordt er in deze lidstaten van uitgegaan dat er geen sprake is van een overtreding van het verbod op 'opzettelijk' doden, waarbij er in veel gevallen mitigerende maatregelen worden voorgeschreven voor de windparken. Er wordt in die landen voor windparken geen beroep gedaan op de uitzonderingen. Dat gebeurt ook in Duitsland waar de verboden alleen van toepassing zijn als er een significante kans is op (extra) doden, wat vaak neerkomt op de toepassing van afstandscriteria.[19]

De Europese Commissie heeft in een gesprek met de Nederlandse overheid aanbevolen om bij de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen in te zetten op het voorkomen van overtredingen van het verbod op het opzettelijk doden van vogels (en vleermuizen) door heldere, effectieve en goed gemonitorde mitigerende maatregelen te treffen.[20] Onder die voorwaarde hoeft er volgens de Commissie geen beroep te worden gedaan op een van de uitzonderingen, omdat het verbod op opzettelijk doden niet wordt overtreden. De individuen die worden gedood ondanks de mitigerende maatregelen kunnen volgens de Europese Commissie worden beschouwd als incidenteel en onopzettelijk, mits het aantal slachtoffers zeer beperkt en onvermijdbaar is en geen negatief effect heeft op de staat van instandhouding van de betreffende soort. Incidentele slachtoffers moeten systematisch gemonitord worden, en de gegevens verzameld op basis van de monitoring moeten gebruikt worden voor verder onderzoek en noodzakelijke beschermingsmaatregelen voor de betrokken soorten. Deze laatste verplichting is ontleend aan artikel 12 lid 4 Habitatrichtlijn dat ziet op niet-opzettelijk doden van strikt beschermde diersoorten (waaronder alle vleermuizen) die volgens de Commissie ook kan worden toegepast op vogels.

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over de interpretatie van de verboden ten aanzien van windparken, dus het is op dit moment niet met zekerheid te zeggen of de opvatting van de Europese Commissie en de praktijk van de buurstaten in overeenstemming is met de richtlijnen. Er loopt momenteel wel een prejudiciële procedure waarin de interpretatie van de verboden op opzettelijk doden, verstoren en vernielen uit artikel 5 Vogelrichtlijn en artikel 12 Habitatrichtlijn centraal staat. Het gaat om prejudiciële vragen in twee Zweedse zaken over soortenbescherming in relatie tot bosbouw en bodemexploitatie die eind 2019 bij het Hof van Justitie zijn ingediend.[21] De vragen suggereren dat de verboden niet gelden voor activiteiten die niet tot doel hebben individuen van de betreffende soorten te doden (i.c. bosbouw en bodemexploitatie), tenzij er een risico bestaat dat dit negatieve gevolgen heeft voor de instandhouding van de soorten. Dat gaat voorbij aan het feit dat artikel 5 Vogelrichtlijn en artikel 12 Habitatrichtlijn gelden voor individuen van alle beschermde soorten (onafhankelijk van hun staat van instandhouding) en dat

19 Backes & Akerboom 2018, p. 101 en 240-262.

20 Dit staat in de nog niet gepubliceerde herziene richtsnoer over soortenbescherming: Europese Commissie, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, conceptversie 30 november 2019, par. 40-42.

21 Zaken C-473/19 en C474/19, 9 augustus 2019.

voorwaardelijk opzet ook geldt voor reguliere activiteiten als bosbouw. Onduidelijk is bovendien of, en zo ja, welke mitigerende maatregelen in de Zweedse bosbouw worden getroffen. Met mitigerende maatregelen kunnen overtredingen van de verboden worden voorkomen, maar de vraag is wanneer voldoende mitigerende maatregelen zijn genomen en hoeveel incidentele slachtoffers/schade juridisch gezien dan nog zijn/is toegestaan. De grens tussen opzettelijk en niet-opzettelijk doden (en verstoren of vernietigen) is daarmee dus niet duidelijk.

De huidige Nederlandse praktijk voor de omgang met de soortenbeschermingsregels ten aanzien van windparken kent duidelijke tekortkomingen. De verboden worden strikt uitgelegd, maar ontheffingen of vrijstellingen worden vrijwel altijd verleend. De onderbouwing voor de voorwaarde dat er geen verslechtering van de staat van instandhouding op zal treden als gevolg van de aanleg en exploitatie van het windpark wordt gebaseerd op rekenmethodes die niet onomstreden zijn, omdat zij op veel aannames zijn gebaseerd en validatie van modellen om slachtoffers door aanvaringen en habitatverlies te voorspellen nog grotendeels ontbreekt (vooral op zee). Recent onderzoek stelt dat de gehanteerde methodes (Ornis 1%-criterium en Potential Biological Removal-rekenmethode) de gevolgen op vogelpopulaties door extra sterfte vanwege aanvaringen met windturbines onderschatten.[22] Dat roept vragen op omtrent de rechtmatigheid van ontheffingen die zijn verleend op basis van deze modellen. Daarbij speelt ook een rol dat cumulatieve effecten niet (goed) worden meegenomen. Cumulatieve effecten van de aanleg van windparken worden op zee op basis van deze omstreden modellen berekend, maar op land en de binnenwateren gebeurt dat niet of slechts in beperkte mate. Er zijn verplichtingen voor het monitoren van aanvaringsslachtoffers, maar de verzamelde informatie is niet openbaar en die wordt ook niet op landelijk niveau geaggregeerd. Dat laatste is van belang om vast te stellen wat de cumulatieve effecten zijn van de windparken op de nationale staat van instandhouding van de betrokken soorten. Mitigerende maatregelen die in de ontheffingen zijn voorgeschreven, zoals stilstandvoorzieningen voor het reduceren van aanvaringsslachtoffers onder trekvogels, zijn door sommige projectontwikkelaars aangevochten bij de Raad van State. Dat heeft al geleid tot vernietiging van een stilstandvoorziening, omdat het nut ervan onvoldoende was aangetoond.[23]

3.3 Gebiedenbescherming

Het plaatsen van windparken, zonneparken en hoogspanningsverbindingen in of nabij natuurgebieden is een van de meest controversiële onderwerpen in de energietransitie. Gelet op de risico's die ermee gepaard gaan voor een aanzienlijk aantal soorten vogels (aanvaringsslachtoffers, habitatverlies, barrièrewerking, verstoring) ligt het voor de hand om uit voorzorg belangrijke leefgebieden van deze en andere kwetsbare soorten zo veel mogelijk te vermijden. De Europese Commissie beveelt

22 P. Schippers e.a., 'Mortality limits used in wind energy impact assessment underestimate impacts of wind farms on bird populations', *Ecology and Evolution* 2020, p. 1-14.

23 ABRvS 22 augustus 2018, 201800292/1/A3, ECLI:NL:RVS:2018:2772.

dit ook aan en heeft richtsnoeren opgesteld die het belang van strategische planning op regionaal, nationaal en internationaal niveau benadrukken bij het identificeren van geschikte locaties voor energie-infrastructuur.[24] Een milieueffectbeoordeling zal daarbij in de meeste gevallen vereist zijn overeenkomstig de Richtlijn strategische milieubeoordeling.[25] Een belangrijk onderdeel van deze strategische planning is het opstellen van kwetsbaarheidskaarten op basis waarvan geschikte gebieden voor energieopwekking kunnen worden geïdentificeerd met de laagste risico's voor natuur.

In Nederland zijn actuele kwetsbaarheidskaarten voor energie-infrastructuur momenteel niet op landelijke schaal beschikbaar, behalve de windmolenrisicokaart die is opgesteld in 2009.[26] Er is wel een zeevogelkwetsbaarheidskaart voor windenergie-infrastructuur beschikbaar die een indicatie geeft van de dichtheden van zeevogels in het zuidelijke deel van de Noordzee.[27] Deze kaart is tot stand gekomen door de verspreidingskaarten van geselecteerde soorten over elkaar te leggen. Het geeft een goede eerste indicatie van de mogelijke geschikte en ongeschikte gebieden voor windparken op zee, maar is niet alleszeggend. De totale dichtheid van vogels kan op een bepaalde locatie bijvoorbeeld laag zijn, terwijl het een cruciaal gebied kan zijn voor een of enkele soorten die gevoelig zijn voor windparken (in het bijzonder soorten met een lage reproductie). Er moet dus ook per soort worden bekeken hoe de Noordzee en het Nederlands grondgebied wordt gebruikt om te bepalen of een locatie geschikt is voor energie-infrastructuur of niet, waarbij ook vliegbewegingen en trekroutes van vogels in beeld worden gebracht.

Bij de aanwijzing van windenergiegebieden op zee in de routekaarten 2023 en 2030 zijn de bestaande mariene Natura 2000-gebieden vermeden, maar is geen rekening gehouden met (potentiële) andere belangrijke vogelgebieden.[28] Zo overlapt een groot deel van het aangewezen windenergiegebied IJmuiden Ver met de Bruine Bank waarvan bekend is dat het voldoet aan de selectiecriteria voor aanwijzing als Vogelrichtlijngebied. De overheid heeft laten weten dat dit deel niet zal worden benut voor windparken, al is dat nog niet vastgelegd in het beleid en is de procedure voor de aanwijzing van de Bruine Bank ook nog steeds niet gestart. Andere belangrijke

24 Zie bijvoorbeeld: Europese Commissie, *Richtsnoeren betreffende Energietransmissie-infrastructuur en EU-natuurwetgeving*, 2018, hfdst. 6.

25 Zie ook art. 15 lid 7 Richtlijn hernieuwbare energie die vereist dat lidstaten hun potentieel inzake energie uit hernieuwbare bronnen en het gebruik van afvalwarmte en -koude in de verwarmings- en koelingssector beoordelen, waaronder 'een ruimtelijke analyse van gebieden die geschikt zijn voor installaties met een laag milieurisico'.

26 SOVON Vogelonderzoek Nederland/Altenburg & Wymenga, *De Nationale Windmolenrisicokaart voor Nederland*, 2009.

27 M.F. Leopold e.a., *A first approach to deal with cumulative effects on birds and bats of offshore wind farms and other human activities in the Southern North Sea*, IMARES rapport C166/14, Den Helder: IMARES, 15 januari 2015.

28 Zie H.M. Dotinga, 'Windparken op de Noordzee: de betekenis van de Vogelrichtlijn', *NBR* 2019/2, p. 48-61.

vogelgebieden in het Nederlandse deel van de Noordzee kwalificeren mogelijk ook als Vogelrichtlijngebied. Het gaat daarbij om de Vlakte van de Raan, de Borkumse Stenen, de Klaverbank, de Doggersbank en de Centrale Oestergronden. Deze gebieden zijn nog niet of onvoldoende onderzocht om vast te stellen of zij aan de (strenge) selectiecriteria voor aanwijzing als Vogelrichtlijngebied voldoen.

Het aanleggen van energie-infrastructuur in en rond natuurgebieden moet voldoen aan de specifieke regels omtrent gebiedenbescherming, zowel de internationale regels (vooral de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn) als de nationale regels (Wet natuurbescherming en de ruimtelijkeordeningswetgeving die in de toekomst is gebundeld in de Omgevingswetgeving). Artikel 3 Vogelrichtlijn vereist dat lidstaten 'alle nodige maatregelen' nemen om een 'voldoende gevarieerdheid van leefgebieden en een voldoende omvang ervan te beschermen, in stand te houden of te herstellen' voor alle inheemse vogels. Dit kan door 'instelling van beschermingszones; onderhoud en ruimtelijke ordening overeenkomstig de ecologische eisen van leefgebieden binnen en buiten de beschermingszones; herstel of weer aanleggen van vernietigde biotopen; aanleg van biotopen'. In de praktijk wordt deze verplichting in Nederland voor veel vogelsoorten ingevuld door de aanwijzing van Natura 2000-gebieden (speciale beschermingszones op grond van art. 4 Vogelrichtlijn) en de uitvoering van de beschermingsverplichtingen opgenomen in artikel 6 Habitatrichtlijn via hoofdstuk 2 van de Wet natuurbescherming. De verplichting uit artikel 3 Vogelrichtlijn wordt ook uitgevoerd door aanwijzing en bescherming van gebieden als onderdeel van het Natuurnetwerk Nederland (NNN), dan wel via (andere) vormen van gebiedenbescherming in het kader van de ruimtelijkeordeningswetgeving. Daarmee is nog niet noodzakelijkerwijs voldaan aan de verplichting uit artikel 3, omdat de leefgebieden van verschillende vogelsoorten (zoals de broedgebieden van veel boerenlandvogels) niet of onvoldoende worden gedekt door de bestaande beschermde gebieden.[29] Daarvoor zijn aanvullende beschermingsmaatregelen nodig.

De vereisten voor de aanleg en exploitatie van energie-infrastructuur in en nabij beschermde natuurgebied verschillen per categorie gebied (Natura 2000, NNN of ander type), waarbij de strengste eisen gelden voor Natura 2000-gebieden op grond van artikel 6 Habitatrichtlijn. Uitgangspunt daarbij zijn de algemene verplichtingen voor lidstaten tot het treffen van de nodige instandhoudingsmaatregelen (lid 1) en passende maatregelen om verslechtering en significante verstoring te voorkomen van de natuurwaarden waarvoor de Natura 2000-gebieden zijn aangewezen (lid 2). Dat laatste is een permanente verplichting die geldt voor alles wat verband houdt met de energietransitie. Artikel 6 lid 3 vereist dat een passende beoordeling wordt gemaakt van de effecten van elk plan of project dat 'afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben' voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelen ervan. Windparken, zonneparken

29 H. Dotinga, K. Bastmeijer, A. Trouwborst & A. van Kreveld, 'De juridische bescherming van boerenlandvogels', in: *Milieuproblemen in de landbouw: falend omgevingsrecht en mogelijke oplossingen*, VMR-reeks 2019-1, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 102-107.

en hoogspanningsverbindingen kwalificeren als projecten in de zin van artikel 6 lid 3, zowel aangelegd in als buiten het betreffende Natura 2000-gebied. Het laatste omvat effecten (externe werking) veroorzaakt door de projecten die kunnen optreden voor de betreffende soorten als zij buiten het Natura 2000-gebied verblijven om te foerageren (verstoring, aanvaring, barrièrewerking). Ook cumulatieve effecten moeten daarbij beoordeeld worden.

De plannen en projecten in het kader van de energietransitie mogen op grond van artikel 6 lid 3 slechts worden toegestaan, indien uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast. Dit is het geval wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn. Indien die zekerheid er niet is, dan mag het windpark op grond van artikel 6 lid 4 alleen worden toegestaan na het doorlopen van de zogeheten ADC-toets:
– er zijn geen alternatieven; en
– er is sprake van dwingende redenen van groot openbaar belang; en
– de nodige compenserende maatregelen worden getroffen.

Dit toetsingskader is terug te vinden in artikel 2.7 en 2.8 Wnb en is volgens artikel 5 Wet windenergie op zee van overeenkomstige toepassing op het vaststellen van kavelbesluiten voor windparken op zee.

In de praktijk wordt de druk om windparken en zonneparken in natuurgebieden aan te leggen steeds groter. Er is al toestemming verleend voor een aantal windparken in of nabij Natura 2000-gebieden op land en de binnenwateren. Alle windparken in het Nederlandse deel van de Noordzee zijn daarentegen (vooralsnog) gebouwd of gepland buiten bestaande en toekomstige Natura 2000-gebieden. De aanleg en exploitatie van de windparken op zee is vanwege mogelijke effecten wel getoetst aan de instandhoudingsdoelen voor de betrokken vogelsoorten in de relevante Natura 2000-gebieden op zee en op land. In het laatste geval gaat het ook om potentiële effecten op broedkolonies van een aantal kustvogelsoorten in Natura 2000-gebieden in het Waddengebied, de kustzone en de Delta.

Voor de relevante windparken op land en zee is tot nu toe steeds op basis van de passende beoordeling geconcludeerd dat de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden niet zullen worden aangetast. In geen geval was het daarom nodig om de ADC-toets te doorlopen. De vraag of deze conclusies terecht zijn, valt buiten het bereik van deze bijdrage, maar het is wel duidelijk dat windparken in of nabij Natura 2000-gebieden kunnen worden aangelegd als met zekerheid is vastgesteld dat zij geen significante effecten hebben op de betreffende vogelsoorten in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van de betreffende gebieden. De systematiek die in de passende beoordelingen is gehanteerd om te bepalen of significante negatieve effecten zijn uit te sluiten is vergelijkbaar met de methodes die worden gehanteerd in het kader van de soortenbescherming (1% ORNIS-criterium en/of Potential Biological Removal-rekenmethode), met als belangrijk verschil dat dient te worden getoetst aan de specifieke instandhoudingsdoelstellingen

die voor de betreffende soorten gelden in de relevante Natura 2000-gebieden. Gesteld dat voor het betreffende windpark significante negatieve effecten niet kunnen worden uitgesloten, dan is het doorlopen van de ADC-toets de enige manier om het windpark te realiseren op deze locatie. In dat geval moet eerst worden gekeken of er kan worden uitgeweken naar een ander voor windenergie aangewezen gebied waar geen (cumulatieve) significante effecten optreden. Als die alternatieven er niet zijn, dan zal ook nog moeten worden aangetoond dat de aanleg van het windpark gezien kan worden als dwingende reden van groot openbaar belang en moeten compenserende maatregelen worden getroffen die voldoen aan de strenge eisen die daarvoor gelden.

4 Initiatieven voor een natuurinclusieve energietransitie

4.1 Natuurinclusieve energietransitie op de Noordzee

Het Noordzeeakkoord bevat afspraken over de drie grote opgaven voor de Noordzee: de natuurtransitie, de energietransitie en de voedseltransitie.[30] Dit akkoord is het resultaat van onderhandelingen tussen de rijksoverheid, natuur- en milieuorganisaties, de energiesector en de vissersbonden. Het akkoord beoogt een betere balans aan te brengen tussen alle in het geding zijnde belangen, binnen het kader van een gezonde Noordzee. Daartoe is een breed scala aan afspraken gemaakt over natuurbescherming- en herstel, de uitrol van windenergie op zee en de verduurzaming van visserij. Het akkoord bevat daarnaast afspraken over monitoring en onderzoek, de oprichting van een permanent Noordzeeoverleg en een transitiefonds. Het kabinet stelt 200 miljoen aan additionele middelen beschikbaar voor de uitvoering van het akkoord. Het akkoord richt zich in de eerste plaats op de periode tot 2030, maar kijkt ook verder vooruit.

Het akkoord benadert de drie transities in nauwe samenhang, waarbij als uitgangspunt geldt dat al het gebruik moet passen binnen de ecologische draagkracht van de Noordzee. Het akkoord stimuleert de aanleg van heel veel windparken op zee, overeenkomstig de routekaarten voor 2023 en 2030 die eerder zijn vastgesteld door de overheid, en voorziet een verdere opschaling na die tijd. De gevolgen daarvan op langere termijn voor vogels en het ecosysteem zijn nog niet goed te overzien. Reden om gelijktijdig in te zetten op meer monitoring en onderzoek (inclusief cumulatieve effecten), maar ook het treffen van extra maatregelen voor natuurbescherming en -herstel, verduurzaming van de visserijvloot en een natuurinclusieve uitrol van windparken op zee.

Afspraken over de ruimtelijke indeling van het Nederlandse deel van de Noordzee zijn opgenomen in hoofdstuk 4 van het akkoord, waarbij wordt ingezet op het uitbreiden van het netwerk van beschermde gebieden, de aanwijzing van nieuwe

30 Het Noordzeeakkoord is definitief vastgesteld en aangeboden aan de Tweede Kamer op 19 juni 2020 (*Kamerstukken II* 2019/20, 33450, nr. 68).

windenergiegebieden (inclusief verkaveling en medegebruik van windparken) en het identificeren van (delen van) natuurgebieden waar (bepaalde vormen van) visserij wel of niet (zijn) is toegestaan. Voor vogels is vooral van belang dat de Bruine Bank wordt aangewezen als Natura 2000-gebied en er nader onderzoek wordt gedaan om vast te stellen of er meer gebieden zijn die nog moeten worden aangewezen als Natura 2000-gebied voor vogels (de Hollandse Kust, de Vlakte van de Raan, de Borkumse Stenen, de Klaverbank, de Doggersbank en de Centrale Oestergronden). De Hollandse Kust is daarvan de meest prominente kandidaat, omdat dat gebied net als de Bruine Bank al is geïdentificeerd als belangrijk vogelgebied (IBA).[31] De kwalificerende gebieden worden toegevoegd aan de zes bestaande Natura 2000-gebieden op zee, waaronder de drie gebieden die al zijn aangewezen voor vogels (Noordzeekustzone, Voordelta en Friese Front).

Het akkoord gaat ervan uit dat alle windparken natuurinclusief worden aangelegd. Dit betekent dat de negatieve effecten op vogels en andere kwetsbare soorten zo gering mogelijk zijn en natuurontwikkeling in de parken standaard wordt gestimuleerd. De ecologie moet vroegtijdig en zwaarwegend worden meegenomen bij de aanwijzing van nieuwe windenergiegebieden. Er is afgesproken dat er geen windparken komen in de natuurgebieden. Bovendien moet er optimaal rekening worden gehouden met vogels bij de aanleg van de windparken, onder andere door het treffen van maatregelen om negatieve effecten op vogels te verminderen (positionering van de parken en turbines, stilstandvoorziening voor trekvogels, enz.) en het stimuleren van innovatie (best beschikbare technieken). Dergelijke maatregelen zijn ook voorzien voor andere natuurwaarden, zoals zeezoogdieren.

Het akkoord bepaalt verder dat er soortbeschermingsplannen komen voor vogels en andere soorten die kwetsbaar zijn voor windparken op zee. Het gaat daarbij om vogels die gevoelig zijn voor habitatverlies (zeevogels als alken, duikers, zeekoeten en jan-van-genten mijden gebieden met windturbines en verliezen daardoor rust- en foerageerplaatsen) en om vogels die vaak het slachtoffer zijn van aanvaringen met rotoren van windturbines (drieteenmeeuw, grote jager, grote mantelmeeuw, kleine mantelmeeuw, zilvermeeuw en veel trekvogels). De soortbeschermingsplannen beschrijven drukfactoren en generieke beschermingsmaatregelen, zoals maatregelen gericht op voortplanting, voedsel en veiligheid en het aanpakken van bestaande bedreigingen. Deze factoren moeten in acht worden genomen en gemonitord bij bestaande en toekomstige ontwikkelingen op de Noordzee.

Ook voor de visserijsector is een transitie voorzien. De intensieve visserij op de Noordzee heeft een belangrijke uitwerking op vogels en andere natuurwaarden. Vogels kunnen verdrinken in visnetten (vooral staand want) en overbevissing kan leiden tot een gebrek aan voedsel. Bodemberoerende visserij tast het bodemleven aan,

31 T. van Vreeswijk, M. van Roomen, E. van Winden, H. Dotinga & N. Korporaal, *Important Bird Areas in the Netherlands 2019. A revision of the national IBA inventory*, Zeist: Vogelbescherming Nederland/Nijmegen: Sovon Dutch Centre for Field Ornithology 2019.

vooral in de ecologisch meest waardevolle natuurgebieden. Het Noordzeeakkoord bepaalt dat het nodig is te komen tot een rendabele en duurzame visserij die naar aard en omvang past bij de nieuwe situatie op de Noordzee. Dit vraagt om een algehele herstructurering van de vloot, waarvoor het kabinet 119 miljoen euro beschikbaar stelt. Het akkoord bevat daarnaast afspraken over restricties voor visserij in de beschermde natuurgebieden. Grote delen van de beschermde natuurgebieden worden gesloten voor alle vormen van bodemberoerende visserij en het Friese Front voor de helft voor alle vormen van visserij. Er wordt ook geen nieuwe staandwantvisserij toegestaan in de beschermde natuurgebieden. Een deel van de visserijsector steunt deze afspraken, maar er is ook een deel dat heeft laten weten het akkoord niet te steunen.

Het akkoord stimuleert meerjarige monitoring en onderzoek om kennishiaten te vullen. Het kabinet stelt daarvoor 55 miljoen euro beschikbaar. Het bestaande wind op zee-onderzoeksprogramma (Wozep), inclusief het Kader Ecologie en Cumulatie (KEC), wordt voortgezet en geïntensiveerd. De systematische monitoring van vogels op de Noordzee wordt geïntensiveerd zodat kan worden vastgesteld of gebieden voldoen aan de criteria voor aanwijzing als nieuw Natura 2000-gebied. En op termijn komt er een integraal en systematisch monitoringsprogramma voor het meten van de gezondheid en ontwikkeling van zee- en kustvogelpopulaties en trekvogels. De resultaten van onderzoek en monitoring worden in een tweejaarlijkse 'Staat van de Noordzee' gepubliceerd, waarmee de voortgang richting een gezonde Noordzee transparant wordt gecommuniceerd.

Het Noordzeeakkoord heeft geen juridische status en zegt niets over de afdwingbaarheid van de afspraken, maar het is wel duidelijk dat partijen zich committeren aan het uitvoeren van het akkoord. De afspraken krijgen een formele status op het moment dat zij worden omgezet naar officieel overheidsbeleid en bindende uitvoeringsmaatregelen. Dat blijkt uit het uitvoeringshoofdstuk 10 in het akkoord, waarin de afspraken staan omtrent de borging van het akkoord:

> 'De afspraken in dit akkoord vormen daarom de basis voor de Strategische Agenda voor de Noordzee 2030 en het Programma Noordzee 2022-2027 en tevens de relevante beleidsdocumenten van het ministerie van EZK zoals de routekaart windenergie op zee na 2030. Overheid en stakeholders verplichten zich wederzijds aan een loyale medewerking bij de uitvoering van de afspraken van dit akkoord.'[32]

Het oplossen van problemen bij de uitvoering van het akkoord en eventueel noodzakelijke bijstellingen zijn een taak voor het toekomstige permanente Noordzeeoverleg.

32 Noordzeeakkoord, p. 4. Zie ook par. 10.1.

4.2 Natuurinclusieve energietransitie op land

De natuurinclusieve energietransitie op land is onderwerp van een andere samenwerking tussen overheden en belangenbehartigende organisaties. Het Rijk, Provincies, NWEA, TenneT en groene partijen (Vogelbescherming Nederland, Zoogdiervereniging en de Natuur en Milieu Federaties) werken samen aan het traject Natuurinclusieve Energietransitie voor windparken en hoogspanningsverbindingen op land. Het doel van dit traject is om te komen tot afspraken waarmee zowel wordt gezorgd voor de doorgang van de ontwikkeling van windparken en hoogspanningsverbindingen op land, als voor een vermindering van de negatieve effecten ervan op de staat van instandhouding van kwetsbare vogels en vleermuizen.

Het overkoepelende doel is het gezamenlijk ontwikkelen van een natuurinclusieve energietransitie voor wind en hoogspanning op land. Daaronder zijn drie subdoelen te identificeren:

1. vogel- en vleermuisslachtoffers als gevolg van windparken en vogelslachtoffers als gevolg van hoogspanningsverbindingen zo veel mogelijk beperken;
2. de voorspelbaarheid van het juridische proces omtrent de Wet natuurbescherming vergroten; en
3. ondersteunen/versnellen van energietransitie voor wind en hoogspanning op land.

Om doel 1 te bereiken worden afspraken gemaakt over mitigerende maatregelen, monitoring, onderzoek en populatieversterkende maatregelen. Om doel 2 en 3 te bereiken, is een helder kader voor windparken en hoogspanningsverbindingen op basis van de Wet natuurbescherming nodig. Het gaat daarbij uitsluitend over de omgang met de regels die gelden voor de generieke bescherming van vogels en vleermuizen (hoofdstuk 3 Wet natuurbescherming) in relatie tot windparken en hoogspanningsverbindingen op land. Zij gaan niet over de regels die gelden voor gebiedenbescherming, waaronder Natura 2000-gebieden en andere typen beschermde gebieden (o.a. Natuurnetwerk Nederland).

De onderhandelingen voor dit akkoord zijn nog niet afgerond, maar de contouren van de afspraken zien er als volgt uit:

– *Mitigerende maatregelen*:
  - Algemeen: erkenning dat locatiekeuze van groot belang is voor het voorkomen van negatieve effecten op vogels en duidelijk signaal in de richting van de regionale energie strategieën (RES'en) dat ecologisch gevoelige locaties zo veel mogelijk moeten worden vermeden.
  - Vogels: standaard toepassing van mitigerende maatregelen bij nieuwe windparken (stilstandvoorziening voor trekvogels in gespecificeerde omstandigheden, locatiespecifieke maatregelen) en hoogspanningsverbindingen (draadmarkeringen). Inzet om *bottlenecks* bij bestaande windparken en hoogspanningsverbindingen aan te pakken.

  - Vleermuizen: stilstandvoorziening bij een combinatie van parameters met betrekking tot meteorologische en nachtelijke omstandigheden en hoog- of laagrisicolocaties of -periodes.
- *Onderzoek en monitoring*: er wordt een landelijk onderzoeks- en monitoringsprogramma opgesteld en uitgevoerd gericht op vogel- en vleermuissoorten die kwetsbaar zijn voor de impact van windmolens en hoogspanningsverbindingen. Doel van het programma is: (1) landelijk zicht krijgen op slachtoffers onder vogels en vleermuizen als gevolg van ontwikkeling van windenergie en hoogspanningsverbindingen op land; (2) zicht krijgen op het effect van mitigerende maatregelen (zoals stilstand en draadmarkering); (3) inzicht krijgen in de effecten van sterfte en habitatverlies op populaties van kwetsbare soorten (en daarmee bijdragen aan rapportages voor de Europese Commissie); en (4) via kennis opgedaan in (3) inzicht krijgen in het effect van populatieversterkende projecten en ijking van het vogeltrekvoorspellingsmodel. Monitoring moet zo doelmatig en efficiënt mogelijk gebeuren. Onderdeel van het onderzoeksprogramma is daarnaast het opstellen van een actuele landelijke 'windenergiekansenkaart', waarmee gebieden in kaart worden gebracht waar energie-infrastructuur het minste schade aan vogels en vleermuizen oplevert.
- *Populatieversterkende maatregelen*: er worden maatregelen getroffen om populaties van kwetsbare vogel- en vleermuissoorten (waarvoor een soortenlijst is opgesteld) te versterken om zo een 'plus' te creëren op de staat van instandhouding van deze soorten. Dit kan ook bijdragen aan het draagvlak voor wind op land. Deze maatregelen worden gefinancierd door een bijdrage van de windsector en/of de overheid. TenneT neemt positieve natuurmaatregelen op in elke investeringsaanvraag.

Het is de bedoeling dat deze afspraken in een akkoord of convenant worden opgenomen en uitgewerkt. Daarnaast wordt er een nieuw landelijk beleidskader opgesteld door Rijk en provincies voor de omgang met de soortenbeschermingsregels (hoofdstuk 3 Wet natuurbescherming) in relatie tot windparken en hoogspanningsverbindingen. De gedachte is om af te stappen van de huidige praktijk om voor elk windpark een ontheffing te vereisen. Daarvoor in de plaats wordt uitgegaan van het treffen van heldere, effectieve en goed gemonitorde mitigerende maatregelen waarmee overtredingen van het verbod op het opzettelijk doden van vogels en vleermuizen worden voorkomen en ontheffingen in de meeste gevallen niet meer nodig zijn. Dit sluit in grote lijnen aan bij de praktijk in de ons omringende landen en de opvatting van de Europese Commissie.

Er is echter nog geen duidelijkheid over waar de grens precies ligt tussen opzettelijk doden en bij toeval doden. Om te kunnen bepalen wat kan worden gezien als grens van te accepteren slachtoffers die vallen ondanks het treffen van de vereiste mitigerende maatregelen zou in ieder geval moeten vaststaan dat de aantallen slachtoffers zeer gering zijn en (cumulatief bezien) de staat van instandhouding niet in het geding komt. Onduidelijk is ook nog hoe de mitigerende maatregelen juridisch worden geborgd. Nu is dat vastgelegd in ontheffingsvoorschriften, maar straks is daarvoor een alternatief nodig. Dat zou kunnen door middel van het instrument van

de positieve afwijzing, een gedragscode voor de sector, het (nieuwe) instrument programma uit de Omgevingswet en/of (deels) vasthouden aan de ontheffing.

De meerwaarde van deze afspraken ten opzichte van de huidige situatie lijkt vooral te bestaan uit uniformere en effectievere mitigatie en monitoring bij windparken en hoogspanningsverbindingen op land. De afspraken over populatieversterkende maatregelen bieden ook meerwaarde, maar staan momenteel op losse schroeven vanwege weerstand uit de windsector tegen de financiële bijdrage die zij worden geacht te leveren. Een ander probleempunt is dat de afspraken over de belangrijkste mitigerende maatregel (vermijden van ecologisch kwetsbare locaties) behoorlijk vaag zijn, omdat dit wordt gezien als een onderwerp voor de RES'en. Momenteel zijn of worden zoekgebieden geïdentificeerd voor energie-infrastructuur in de concept-RES'en. Dat proces loopt nog, maar verschillende RES'en laten zien dat er een sterke lobby gaande is om windparken en zonneparken te plaatsen in natuurgebieden zonder dat daarvoor een kwetsbaarheidsanalyse heeft plaatsgevonden op regionaal, provinciaal en/of nationaal niveau. Dit is een van de belangrijkste tekortkomingen van de RES'en die moet worden hersteld voordat de concrete locaties worden vastgesteld (juli 2021).

Verder roept de ontwikkeling van het nieuwe beleidskader voor soortenbescherming in relatie tot windparken en hoogspanningsverbindingen op land nog belangrijke juridische vragen op die nog niet beantwoord zijn. De minister heeft aangegeven dat de nieuwe benadering (geen ontheffing meer voor nieuwe windparken en hoogspanningsverbindingen door het treffen van mitigerende maatregelen) ook toepasbaar lijkt in andere gevallen.[33] Voorbeelden worden daarbij niet genoemd, maar vermoedelijk wordt gedacht aan allerlei reguliere werkzaamheden (landbouw, bosbouw, visserij en dergelijke). Dat is gevaarlijk, omdat juist bij die activiteiten (goed geborgde) mitigerende maatregelen vaak ontbreken of niet worden uitgevoerd en gemonitord.

5 Is het juridisch instrumentarium toereikend voor de natuurinclusieve energietransitie?

Tot nu toe is de natuurwetgeving geen groot obstakel geweest voor de energietransitie in Nederland, maar daar zal zeker verandering in komen met de opschaling die nodig is om de klimaatdoelen te bereiken. Er wordt soms gesuggereerd dat de natuurwetgeving maar moet worden aangepast of flexibeler toegepast om de energietransitie niet in de weg te zetten. Dat negeert echter het feit dat de natuurwetgeving van essentieel belang is voor het oplossen van de biodiversiteitscrisis die net zo veel urgentie heeft als de klimaatcrisis. Aanpassing van de Europese natuurwetgeving is sowieso niet aan de orde op korte termijn, omdat de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn *fit for purpose* zijn bevonden in 2016. Gelijktijdig is vastgesteld dat de uitvoering van de richtlijnen aanzienlijk dient te verbeteren. Een van de manieren om dat te doen is de energietransitie natuurinclusief uit te voeren.

33 *Kamerstukken II* 2019/20, 33576, nr. 189.

De vraag is of het nationale juridisch instrumentarium toereikend is om de energietransitie op land en zee daadwerkelijk natuurinclusief te laten plaatsvinden. Initiatieven als het Noordzeeakkoord en het akkoord of convenant dat wordt ontwikkeld voor windparken en hoogspanningsverbindingen op land laten zien dat dit voor een deel kan worden bereikt door de uitvoering van de bestaande regelgeving te verbeteren en optimaliseren. De ontwikkeling van een nieuw landelijk beleidskader is voorzien voor een andere omgang met de soortenbeschermingsregels (hoofdstuk 3 Wet natuurbescherming) in relatie tot windparken en hoogspanningsverbindingen op land, waarbij mogelijk wordt afgestapt van het huidige systeem van ontheffingen. Dat kader is nog niet uitgewerkt, maar het is wel duidelijk dat het nog steeds noodzakelijk is om mitigerende maatregelen en monitoring bij de aanleg en het gebruik van de windparken en hoogspanningsverbindingen goed juridisch te borgen. Daarvoor kunnen mogelijk nieuwe instrumenten worden gebruikt, zoals het instrument programma uit de Omgevingswet.

Een wettelijke verankering van de natuurinclusieve energietransitie is echter wenselijk, omdat dit nog lang geen vanzelfsprekendheid is bij de toepassing van de vereisten uit de natuurwetgeving op projecten gerelateerd aan de energietransitie op land en zee. Dat vereist aanpassing van bestaande wetgeving of het opstellen van nieuwe wetgeving. De Wet windenergie op zee biedt daarvoor aanknopingspunten (onder andere door ecologische belangen altijd mee te nemen bij het vaststellen van de kavelbesluiten), maar dat voegt feitelijk weinig toe aan de vereisten die voortvloeien uit de Wet natuurbescherming. Regels omtrent monitoring en onderzoek, mitigatie (waaronder zorgvuldige locatiekeuze) en natuurversterking zouden daaraan moeten worden toegevoegd. Voor de energietransitie op land is er nog geen specifieke wetgeving voor de aanleg van windparken en zonneparken, dus dat moet ofwel gebeuren via aanpassing van bestaande wetgeving of via het opstellen van een nieuwe wet. Het ligt voor de hand om daarvoor de omgevingswetgeving aan te passen, omdat die de natuurinclusieve energietransitie nu niet voldoende stimuleert en bovendien decentrale overheden te veel vrijheid laat bij het kiezen van locaties voor het invullen van de energieopgave in en rond natuurgevoelige gebieden.

6 Conclusies

De klimaatcrisis en de biodiversiteitscrisis hebben dezelfde urgentie en moeten tegelijkertijd worden aangepakt. De energietransitie moet daarom plaatsvinden op een natuurinclusieve manier, waarbij negatieve effecten op vogels en andere kwetsbare soorten worden geminimaliseerd en tegelijkertijd de mogelijkheden om biodiversiteit te behouden of te herstellen worden gemaximaliseerd. In de huidige praktijk is dat nog onvoldoende gewaarborgd, zowel op land als in het Nederlandse deel van de Noordzee.

Op land ontbreekt het momenteel aan landelijke regie en strategische planning bij het identificeren en aanwijzen van geschikte locaties voor energie-infrastructuur met de laagste risico's voor vogels en andere natuurwaarden. De locatiekeuze wordt vrijwel

geheel bepaald op decentraal niveau binnen de RES'en, waarin de klimaatopgave centraal staat. Dit proces zou moeten leiden tot een 'zorgvuldige ruimtelijke inpassing' van hernieuwbare energieopwekking, warmte(rest)bronnen en bijbehorende infrastructuur. De praktijk binnen een aantal RES'en laat echter zien dat natuur vaak het onderspit delft tegen andere maatschappelijke belangen. Het uitvoeren van een voorafgaande kwetsbaarheidsanalyse op basis waarvan ecologisch gevoelige locaties kunnen worden geïdentificeerd en vermeden maakt geen onderdeel uit van de RES'en. Het beoordelen van de effecten op natuur en milieu geschiedt pas als de gekozen locaties uit de RES'en worden opgenomen in de provinciale en gemeentelijke visies en plannen en bij het vaststellen van de besluiten die vereist zijn op grond van de Wet natuurbescherming voor de betreffende plannen en projecten. In het laatste geval moet worden voldaan aan de toepasselijke wettelijke vereisten voor soortenbescherming en gebiedenbescherming, maar de manier waarop die regels op dit moment worden toegepast bieden onvoldoende garanties dat ecologisch kwetsbare locaties worden vermeden en de energietransitie daadwerkelijk natuurinclusief plaatsvindt.

Op zee is er wel sprake van landelijke regie, maar ontbreekt een belangrijk deel van de informatie die nodig is om te verzekeren dat windparken uitsluitend worden gebouwd op locaties waar en op een manier waarop zij het minste kwaad kunnen voor zee- en kustvogels en migrerende landvogels. Dat heeft ook gevolgen voor de strategische planning. Bij de aanwijzing van windenergiegebieden in de routekaarten 2023 en 2030 zijn alleen de bestaande Natura 2000-gebieden vermeden, maar is geen rekening gehouden met (potentiële) andere belangrijke vogelgebieden. Dit is het duidelijkst zichtbaar bij het nog aan te wijzen Natura 2000-gebied Bruine Bank dat overlapt met het windenergiegebied IJmuiden Ver. De overheid heeft laten weten dat dit deel niet zal worden benut voor windparken, maar de procedure voor de aanwijzing van de Bruine Bank als Natura 2000-gebied is nog steeds niet gestart. Voor de geplande windparken zijn de toepasselijke wettelijke vereisten voor soortenbescherming en gebiedenbescherming richtinggevend, maar daarmee is net als op land niet verzekerd dat de energietransitie op zee daadwerkelijk natuurinclusief plaatsvindt.

De twee initiatieven die in deze bijdrage zijn besproken bieden perspectief voor een echte natuurinclusieve energietransitie. Het Noordzeeakkoord doet dat door de energietransitie te koppelen aan de natuurtransitie en de voedseltransitie, waarbij afspraken zijn gemaakt over extra maatregelen om de klimaat-, biodiversiteits-, en gebruiksdoelen gelijktijdig te bereiken. Minder ambitieus zijn de voorziene afspraken over de natuurinclusieve energietransitie op land, omdat die zich beperken tot mitigatie, monitoring, populatieversterking en besluitvorming bij de aanleg van windparken en hoogspanningsverbindingen op land in verband met de generieke bescherming van vogels en vleermuizen op grond van hoofdstuk 3 van de Wet natuurbescherming. De belangrijkste mitigerende maatregel (vermijden van ecologisch kwetsbare locaties) wordt daarin wel meegenomen, maar het is de vraag of de uitkomsten van het onderzoeksprogramma (in het bijzonder de kwetsbaarheidsanalyse) op tijd zullen

komen om de besluitvorming in de RES'en over de locatiekeuze voor hernieuwbare energiebronnen nog te kunnen beïnvloeden.

Een wettelijke verankering van de natuurinclusieve energietransitie is hoe dan ook zeer wenselijk, omdat het bestaande juridische instrumentarium dat nog onvoldoende stimuleert.

15 De nationale en Europese klimaatplan- en monitoringsmechanismen

Sanne Akerboom en Mathijs Peters[1]

Samenvatting

In de klimaat- en energietransitie staat het behalen van doelen voorop. Om die doelen te bereiken werken overheden samen met burgers, bedrijfsleven en maatschappelijke en milieuorganisaties om plannen te maken en deze uit te voeren. De uitkomsten van de uitvoering staan niet vast; onzekerheden in het proces en externe factoren kunnen ervoor zorgen dat de plannen niet altijd tot het gewenste resultaat leiden. Daarom kan het nodig zijn om plannen bij te stellen, bijvoorbeeld door extra maatregelen te nemen. Tussentijdse monitoring en evaluatie van klimaatplannen en resultaten stelt de overheid in staat om te beoordelen of bijsturing nodig is. In dit hoofdstuk gaan wij in op de klimaatplan- en monitoringsmechanismen op nationaal en Europees niveau voor het komende decennium. Deze vloeien voort uit een Europese verordening, de Nederlandse Klimaatwet en het Nederlandse Klimaatakkoord.

1 Inleiding

De klimaat- en energietransitie raakt iedereen – iedere burger, ieder bedrijf – en is bovendien grensoverschrijdend. Een diversiteit aan actoren moet op elkaar afgestemde maatregelen nemen om tot een geslaagde transitie te komen, en dat binnen een beperkte tijd. Overheden, burgers, het bedrijfsleven en milieuorganisaties moeten samenwerken, met (gezamenlijke) plannen komen en hier ook uitvoering aan geven. Het staat vervolgens niet vast dat de som van de maatregelen als opgenomen in deze plannen ook daadwerkelijk tot het verwachte resultaat gaat leiden. Dit is sterk afhankelijk van factoren zoals de uiteindelijke effectiviteit van de maatregelen en economische en maatschappelijke ontwikkelingen.

Om een effectief klimaatbeleid te voeren is het daarom noodzakelijk om te monitoren, tussentijds te evalueren en klimaatplannen waar nodig bij te stellen. De monitoring van de klimaat- en energietransitie stelt de overheid, maar ook bedrijven, burgers en NGO's, hiertoe in staat. Bovendien zijn rapportages op het gebied van het gevoerde klimaatbeleid van belang voor de rechtsbescherming van burgers en

1 Sanne Akerboom is onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law en het Copernicus Instituut voor Duurzame Ontwikkeling, Universiteit Utrecht, project 'Energy in Transition' binnen 'Pathways to Sustainability'. Mathijs Peters is werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn op het gebied van milieu(aansprakelijkheids)recht.

bedrijven. Rapportages stellen belanghebbenden immers in staat om te controleren of adequaat wordt gehandeld ter beperking van (een verdere) klimaatverandering. Dit biedt vervolgens de mogelijkheid om verantwoordelijken aan te spreken als blijkt dat dit niet of onvoldoende het geval is.

De afgelopen jaren heeft zich een uitgebreid klimaatplan- en monitoringsmechanisme ontvouwen op zowel nationaal als Europees niveau. In deze bijdrage gaan wij in op de nationale en Europese plan- en monitoringsverplichtingen.

2 Noodzaak klimaatgovernance en -monitoring

Zoals reeds in de inleiding is gesteld is een planmatige aanpak van de klimaat- en energietransitie van belang omdat dit beleidsmakers in staat stelt om vooraf in te schatten wat de totale te verwachten broeikasgasemissiereductie is, binnen een bepaald tijdvak, van in het plan opgenomen maatregelen. Een klimaatplan biedt ook de mogelijkheid om overheden, burgers en bedrijven te sturen als duidelijk wordt dat genomen maatregelen niet de voorziene emissiereductie blijken te hebben opgeleverd.

Monitoring en evaluatie van klimaatbeleid is temeer belangrijk aangezien een groot deel van het Nederlandse klimaatbeleid wordt ingevuld en gerealiseerd op basis van tussen publieke en private partijen gemaakte afspraken. Deze afspraken zijn veelal juridisch niet-bindend, zoals in de Nederlandse context het klimaatakkoord. Intentieverklaringen waaraan zich publieke en private partijen politiek committeren, worden in toenemende mate ingezet in het klimaatbeleid. Hierdoor kan veelal slagvaardiger worden gereageerd en gehandeld[2] ten opzichte van bindende wetgeving, waarvan veelal wordt gesteld dat deze achterloopt op (technologische) ontwikkelingen en innovaties.[3] Om de uitvoering van gemaakte afspraken te kunnen garanderen, moeten afspraken dan ook goed worden ingebed in bestaande institutionele en wettelijke kaders om het functioneren daarvan te garanderen.[4]

Illustratief voor het belang van monitoring en evaluatie van klimaatbeleid is de evaluatie van de Britse *Climate Change Act 2008* (hierna: CCA 2008). Onder de CCA 2008 is de Committee on Climate Change geïnstalleerd.[5] Het Committee on Climate Change is onder andere belast met de taak om de Britse secretaris van staat te

2 F. Biermann e.a., 'Transforming governance and institutions for global sustainability: key insights from the Earth System Governance Project', *Environmental Sustainability* 2012, 4, p. 51-60.

3 S. Ranchordas, 'Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation', *Jurimetrics* 2015, vol. 55, nr. 2, p. 201-224.

4 F. Biermann e.a., Transforming governance and institutions for global sustainability: key insights from the Earth System Governance Project, *Environmental Sustainability* 2012, 4, p. 54.

5 Climate Change Act 2008, par. 32.

adviseren over de klimaatdoelstelling voor 2050, het emissiebudget en het rapporteren over de voortgang van het klimaatbeleid.[6]

In het onderzoeksrapport *10 years of the UK Climate Change Act* van de London School of Economics and Political Science wordt geconcludeerd dat de monitoringsfunctie van het Committee on Climate Change bepalend is geweest voor het succes van de CCA 2008. Het stelde beleidsmakers in staat om tijdig nadere maatregelen te treffen en daarmee effectiever beleid te voeren. Het comité zorgde voor een adequate monitoring van het gevoerde beleid en haalde daarbij de ruis die ontstond door onzekerheden over de actuele emissies weg.[7]

3 Nederlandse klimaatplannen

Ook op Nederlands niveau is er sprake van een klimaatplan- en monitoringsmechanisme, dat overigens wordt ingevuld door zowel nationale als Europese eisen. De Nederlandse klimaat- en energietransitie wordt immers vanuit meerdere beleidsniveaus aangestuurd; ieder niveau met een eigen plan- en/of monitoringsmechanisme. In de navolgende paragrafen wordt het Nederlandse klimaatplanmechanisme uiteengezet, waarna in de opvolgende paragraaf het bijbehorende monitoringsmechanisme bij de beschouwing wordt betrokken.

3.1 Klimaatplan

Op grond van artikel 2 Klimaatwet heeft Nederland zich op nationaal niveau gecommitteerd aan het streven naar ‘een reductie van de emissies van broeikasgassen van 49% [ten opzichte van 1990] in 2030’. Dit tussendoel is slechts een streven en heeft geen bindend karakter. Voor 2050 is op grond van de Klimaatwet het doel geformuleerd om deze reductie te hebben verhoogd tot 95%. Bovendien stelt de Klimaatwet tot doel om in 2050 een volledig CO_2-neutrale elektriciteitsproductie te hebben bewerkstelligd.

Momenteel zijn de klimaatdoelstellingen uit de Klimaatwet ambitieuzer dan de Europese klimaatdoelstellingen. Als de Europese Green Deal[8] zoals op 11 december 2019 is voorgesteld wordt omgezet in een verordening, zal de regering daarentegen gebonden kunnen worden aan tussentijdse klimaatdoelstellingen die waarschijnlijk verder gaan dan de doelstellingen uit de Klimaatwet.[9] Om de Nederlandse klimaat-

6 Climate Change Act 2008, par. 33, 34 en 36.

7 S. Fankhauser, A. Averchenkova & J. Finnegan, *10 years of the UK Climate Change Act*, 2018, p. 21, 23.

8 De Green Deal hangt samen met de in maart voorgestelde Europese Klimaatwet, COM(2020) 80 final.

9 De Green Deal gaat uit van een ‘EU-doelstelling voor het terugdringen van de uitstoot van broeikasgas tegen 2030 ten opzichte van 1990 op verantwoorde wijze tot ten minste 50%, en 55% als streefdoel’. Bovendien stelt de Green Deal tot doel om in 2050 netto geen broeikasgassen uit te stoten.

doelstellingen te bereiken wordt vanuit de centrale overheid een nationaal klimaatplan opgesteld met maatregelen voor de eerstvolgende tien jaar (art. 3 Klimaatwet).

In februari 2018 zijn meer dan honderd partijen – waaronder vooral overheden, milieuorganisaties en het bedrijfsleven – in gesprek gegaan om tot een klimaatakkoord te komen. In het klimaatakkoord worden maatregelen vastgesteld waarmee het broeikasgasreductiedoel van 49% in 2030 ten opzichte van 1990 kan worden bereikt.[10] Hiermee is beoogd een pakket aan maatregelen samen te stellen dat op maatschappelijk draagvlak kan rekenen en bovendien de actieve steun heeft van mogelijk bijdragende partijen.[11] Het klimaatakkoord is geen bindend akkoord. Het plan dient ter invulling van het klimaatplan dat op grond van de Klimaatwet wordt vastgesteld.[12] Het klimaatplan bundelt vervolgens het nationale klimaatbeleid en omvat 'zowel de maatregelen die uit het [klimaat]akkoord voortvloeien als maatregelen die daarbuiten staan'.[13]

Maar ook op regionaal niveau is sprake van sturing ten aanzien van de energietransitie. Voortvloeiend uit het nationale klimaatakkoord is Nederland in dertig energieregio's verdeeld, die momenteel aan regionale energiestrategieën (RES) werken om over te schakelen op duurzame energie. Samenhangend met de RES wordt een transitievisie warmte opgesteld waarin iedere gemeente voor zijn grondgebied een aanpak moet formuleren om de gebouwde omgeving te verduurzamen. Daarnaast moeten er nog andere plannen worden opgesteld, zoals voor de verduurzaming van maatschappelijk vastgoed maar ook voor de industriële clusters. Op deze niveaus zijn provincies en gemeenten aan zet.

De Klimaatwet vormt tezamen met het klimaatakkoord, klimaatplan, regionale energiestrategieën en de transitievisies warmte een samenhangend geheel. Op verschillende schaalgroottes wordt planmatig ingezet op de klimaat- en energietransitie.

3.2 Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan

Naast de nationale planning kent Nederland ook een Europese planning. Zoals in hoofdstuk 3 van deze bundel is uiteengezet, kent de Europese Unie ook klimaatdoelstellingen. Met deze doelstellingen wordt gevolg gegeven aan het klimaatakkoord van Parijs. Bij dit akkoord hebben zowel de Europese Unie als de individuele lidstaten zich gecommitteerd aan het doel om de opwarming van de aarde te beperken tot 2 °C met een streven naar 1,5 °C.[14]

10 Deze doelstelling is ook in art. 2 lid 2 Klimaatwet opgenomen.
11 Klimaatakkoord 2019, p. 4.
12 Klimaatakkoord 2019, p. 9-10; *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 18-19.
13 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 18-19.
14 Ook het Verenigde Naties Parijs Akkoord kent een monitoringsmechanisme in de vorm van de Nationally Determined Contribution. Hierop wordt in deze bijdrage niet ingegaan.

Om de Europese klimaatdoelstellingen te bereiken gaat de Europese Unie uit van een decentrale aanpak. Lidstaten kiezen – buiten het Europees systeem voor emissiehandel – een eigen klimaatdoelstelling, zoals het aandeel hernieuwbare energie, te realiseren per 2030, en leggen deze doelstellingen vast in een tienjarig Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan (INEK).[15] In het INEK legt een lidstaat doelen en de daarbij behorende geplande beleidslijnen en maatregelen vast ten aanzien van de vijf dimensies van de Europese energie-unie. Deze vijf dimensies zijn de continuïteit van de energievoorziening, de interne energiemarkt, energie-efficiëntie, decarbonisatie en onderzoek, innovatie en concurrentievermogen.[16] Bij het vaststellen van het INEK worden factoren zoals de ecologische en sociaaleconomische impact van de plannen meegewogen.[17] Een ontwerp-INEK wordt voor vaststelling met de Europese Commissie gedeeld, waarna de Commissie aanbevelingen kan doen ten aanzien van onder andere het ambitieniveau en de gekozen beleidslijnen.[18]

3.3 Samenhang nationaal klimaatplan en INEK

Nederland kent met het nationale klimaatplan en het INEK een tweetal klimaatplannen die (deels) op dezelfde doelstellingen zien. Het nationale klimaatplan functioneert als raamwerk voor het Nederlandse klimaatbeleid, terwijl het INEK het Nederlandse klimaatplan is ter uitvoering van zijn Europeesrechtelijke verplichtingen. In het INEK wordt dan ook, ten opzichte van het nationale klimaatplan, meer aandacht besteed aan de Europese context van de klimaatmaatregelen. In die zin wijken de twee klimaatplannen qua reikwijdte van elkaar af.

De klimaatplannen kennen desondanks een sterke samenhang. De wetgever beoogt een tweetal plannen op te stellen die in grote lijnen met elkaar overeenkomen.[19] Zowel het nationale klimaatplan als het INEK wordt (deels) ingegeven door de inhoud van het klimaatakkoord.[20] Bovendien wordt bij het opstellen van het klimaatplan aangesloten bij het INEK.[21] Daarmee wordt bewerkstelligd dat de hoofdlijnen van beide plannen met elkaar overeenkomen.

Nederland kent, ondanks de sterke samenhang tussen de plannen, een tweetal plannen omdat de plannen verschillende doelen dienen. De wetgever licht hierover toe:

> ‘In Europees verband wordt het INEK gebruikt om te beoordelen of het nationale emissiedoel buiten de ETS-sectoren wordt bereikt en of de Europese doelen voor de overige doelstellingen van de energie-unie worden bereikt. Op nationaal

15 Art. 2 lid 2 onder b Verordening (EU) 2018/1999.
16 Art. 1 lid 2, art. 3 lid 2 en art. 4 Verordening (EU) 2018/1999.
17 Art. 4 lid 2 onder d sub 1; art. 15 lid 4 onder d Verordening (EU) 2018/1999.
18 Art. 8 Verordening (EU) 2018/1999.
19 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 18.
20 Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan 2021-2030 (Nederland), p. 6.
21 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 20. Dit is reeds duidelijk als het huidige klimaatplan met het INEK wordt vergeleken.

niveau wordt het klimaatplan gebruikt om het beleid te formuleren voor het bereiken van de nationale doelstellingen voor 2030 en 2050.'[22]

Met de Klimaatwet en het klimaatplan beoogt de wetgever geen nationale implementatie te bewerkstelligen van de Europeesrechtelijke verplichtingen om een INEK op stellen. In dat kader wijst de wetgever erop dat dit niet nodig is gezien de rechtstreekse werking van een verordening.[23] Het nationale klimaatplan wordt als aanvulling op het INEK opgesteld als 'nationale verantwoording van het klimaatbeleid van de regering aan het parlement'.[24]

4 Monitoring klimaatplannen

Teneinde de doelstellingen uit het nationale klimaatplan en het INEK te bereiken, is het van belang de voortgangen te monitoren (zie par. 2).

4.1 Nationale monitoring

De nationale klimaatmonitoring bestaat uit een tweetal instrumenten met een wettelijke basis, te weten de klimaatnota en klimaat- en energieverkenning (KEV). De klimaatnota en KEV worden tezamen op de vierde donderdag van oktober aan de beide Kamers van de Staten-Generaal gestuurd (art. 7 lid 2 Klimaatwet). Daarnaast bestaan er ook buitenwettelijke monitoringsmechanismen zoals de voortgangsmonitor van het klimaatakkoord.

De klimaatnota wordt jaarlijks opgesteld door de minister van Economische Zaken en Klimaat. De klimaatnota bevat zes onderdelen: (1) een totaalbeeld van de realisatie van het klimaatbeleid; (2) een weergave per ministerie van de voornaamste aspecten van die realisatie; (3) een weergave van de gevolgen voor de departementale begrotingen van het klimaatbeleid; (4) de financiële gevolgen voor huishoudens, ondernemingen en overheden van significante ontwikkelingen in het klimaatbeleid die afwijken van het klimaatplan; (5) de wijze waarop de KEV wordt betrokken bij de eerstvolgende herziening of de evaluatie van de voortgang van het klimaat, en (6) de rapportage over de voortgang van de uitvoering van het klimaatplan.[25] Bij de klimaatnota wordt een Monitor Klimaatbeleid opgenomen.[26] In deze monitor wordt de effectiviteit van het gevoerde beleid gemeten.

22 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 18.
23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 20.
24 *Kamerstukken II* 2017/18, 34534, nr. 10, p. 20.
25 Art. 7 lid 2 en 3 Klimaatwet, *Kamerstukken I* 2018/19, 34534, A, gewijzigd voorstel van wet, 20 december 2018.
26 Klimaatplan 2021-2030, p. 58.

De feitenbasis voor de klimaatnota is afkomstig uit de KEV.[27] Deze verkenning is een door het Planbureau voor de Leefomgeving opgesteld wetenschappelijk rapport 'over de gevolgen van het gevoerde klimaatbeleid in het voorafgaande kalenderjaar'.[28] In dit rapport wordt ingegaan op de te verwachten broeikasgasemissies in 2030 naar aanleiding van de klimaat- en energiehuishouding in Nederland. Hierbij worden de te verwachten toekomstige ontwikkelingen betrokken.[29] Het rapport 'toetst verschillende beleidsdoelen met de verwachte ontwikkelingen'.[30] De KEV levert de wetenschappelijke onderbouwing van de (minstens) jaarlijkse discussie over de effectiviteit van het Nederlandse klimaatbeleid.

De KEV en klimaatnota zijn complementaire mechanismen. De KEV ziet op het rapporteren en voorspellen van de reductie van de broeikasgasemissies, terwijl de klimaatnota op de effectiviteit van het klimaatbeleid ziet.

Naast de KEV en klimaatnota kent het klimaatakkoord een voortgangsmonitor. Deze voortgangsmonitor ziet op de sectorspecifieke afspraken uit het klimaatakkoord. Ter ondersteuning worden sectorale uitvoerings- en voortgangsoverleggen gevoerd waarin de nadruk op de uitvoering, het nakomen van afspraken en het oplossen van problemen ligt. Naast de sectorale overleggen wordt ter monitoring van het klimaatakkoord vier keer per jaar een algemeen voortgangsoverleg gehouden. Ook de sectoroverstijgende afspraken zoals de Regionale Energie Strategieën (RES) kennen hun eigen monitoringsmechanismen.

4.2 Europese monitoring

Het Europese INEK kent zijn eigen monitoringsmechanisme. Lidstaten moeten om de twee jaar rapporteren over de maatregelen die zij hebben genomen, de voortgang die zij hebben geboekt en mogelijke aanpassingen van hun strategieën. De verordening regelt aan welke eisen de rapportages moeten voldoen.

5 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het Nederlandse klimaatbeleid wordt ondersteund door een veelvoud aan klimaatplannen en monitoringsmechanismen. Zoals in paragraaf twee is uiteengezet, zijn deze plannen en mechanismen onontbeerlijk voor een succesvolle klimaat- en energietransitie. Het stelt Nederland in staat om tijdig te signaleren of de genomen maatregelen het gewenste resultaat sorteren en of nadere maatregelen getroffen moeten worden.

27 *Kamerstukken I* 2019/20, 32813, O, p. 2.
28 Art. 6 lid 2 Klimaatwet.
29 Klimaatakkoord, p. 8.
30 KEV 2019, p. 22.

Dergelijke mechanismen zijn van groot belang voor een succesvolle klimaat- en energietransitie. In Engeland toont de evaluatie van de CCA 2008 het praktisch nut van een monitoringsmechanisme ook aan. Hoe de Nederlandse nationale en Europese klimaatplan- en monitoringsmechanismen in de praktijk gaan werken, zal in de aankomende jaren duidelijk worden. De verwachting is dat het belangrijke instrumenten zullen blijken te zijn bij de verdere vormgeving van de maatregelen die nodig zijn om de energietransitie verder invulling te geven en toe te werken naar de emissiereductiedoelstellingen uit de Klimaatwet.

16 De betekenis van het EU-klimaatrecht voor Nederland: verplichte emissiereducties in 2030 als stap op weg naar een klimaatneutrale Unie in 2050

Marjan Peeters[1]

Samenvatting

Terwijl op EU-niveau wordt overwogen om de juridisch bindende doelen voor de reductie van broeikasgassen aan te scherpen, is het van belang aandacht te besteden aan de naleving van bestaande Europese broeikasgasreductienormen. Deze bijdrage bespreekt de Europeesrechtelijke lidstatelijke emissiereductiedoelen voor 2020 en de naleving daarvan. Nederland ligt op koers om aan de emissiereductieverplichting voor 2020 te voldoen, terwijl uit rapportages blijkt dat een fors aantal andere lidstaten in de gevarenzone verkeert. De COVID-19-crisis is echter de nare reden dat deze in moeilijkheden verkerende lidstaten waarschijnlijk toch in 2020 hun emissiereductiedoelen zullen halen. Niettemin is de gerezen situatie van een dreigend nalevingstekort een belangrijke waarschuwing voor de volgende periode tot aan 2030 waarin scherpere doelstellingen gelden – die bovendien nog mogelijk worden aangescherpt. Het gebruikmaken van door EU-regelgeving mogelijk gemaakte flexibiliteitsmechanismen met tegelijkertijd een krachtige controle en waar nodig handhaving door de Europese Commissie zullen belangrijke aandachtspunten zijn in de nabije periode tot 2030. Ook voor Nederland zal het een belangrijke beleidsvraag zijn of het gewenst dan wel nodig is om van de flexibiliteitsmechanismen gebruik te maken om naleving voor 2030 te verzekeren.

1 Inleiding: context en doel van deze bijdrage

1.1 Context: bestaande Europese klimaatwetgeving en nieuwe ambities

De EU is erin geslaagd een omvangrijk pakket aan regelgeving tot stand te brengen met als doel de broeikasgasemissies in de EU fors te reduceren.[2] Gelet op de huidige van kracht zijnde regelgeving moeten de broeikasgasemissies in de EU met ten minste

1 Marjan Peeters is hoogleraar Milieubeleid en recht aan de Universiteit Maastricht. Het inhoudelijk onderzoek voor deze bijdrage is afgesloten op 15 april 2020.

2 In het jaar 2018 werden ten minste zeven nieuwe klimaatwetten op EU-niveau aangenomen: zie voor een overzicht van en discussie over de enorme complexiteit van die regelgeving: M. Peeters, 'EU Climate Law: Largely Uncharted Legal Territory', *Climate Law* 9, 2019, p. 137-147.

40% zijn teruggebracht in het jaar 2030 (ten opzichte van het jaar 1990).[3] Voorts is na de verkiezingen voor het Europees Parlement, gehouden in het voorjaar van 2019, een politiek debat gestart om deze doelstelling aan te scherpen. De Europese Commissie heeft in de op 1 december 2019 gepubliceerde 'Green Deal' aangekondigd om 'tegen de zomer van 2020' een plan te presenteren 'om de EU-doelstelling voor het terugdringen van de uitstoot van broeikasgas tegen 2030 ten opzichte van 1990 op verantwoorde wijze tot ten minste 50%, en 55% als streefdoel, te verhogen', na een beoordeling van de effecten daarvan.[4] Tevens probeert de Europese Commissie in 2050 een klimaatneutrale Europese Unie te bewerkstelligen.[5] Het jaar 2030 vormt daarbij een belangrijke tussenstap op weg naar een klimaatneutrale Unie. De Europese Raad van Regeringsleiders – een orgaan dat niet over wetgevende macht bezit, maar is ingesteld om politieke sturing te geven – heeft de doelstelling van een klimaatneutrale EU in 2050 bekrachtigd, waarbij overigens één lidstaat, Polen, zich niet wilde verbinden tot implementatie van deze doelstelling.[6] De essentie van klimaatneutra-

3 Zie daarover de bijdrage van de EU en de lidstaten voorafgaand aan de onderhandelingen voor COP 25 te Parijs: Submission by Latvia and the European Commission on behalf of the European Union and its Member States, beschikbaar op: www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Sweden%20First/EU%20First%20NDC.pdf (bezocht 3 maart 2020); de emissies die door het Protocol van Montreal worden geregulleerd vallen niet onder dit reductiepercentage: de emissies van stoffen die de ozonlaag aantastende stoffen vervangen maar zelf bijdragen aan de opwarming van de aarde zijn sinds 1990 met 60% gestegen, en er zijn maatregelen genomen om de emissies te doen afnemen, zie daarover https://ec.europa.eu/clima/policies/f-gas_en (bezocht op 3 maart 2020).

4 Europese Commissie, Mededeling, De Europese Green Deal, COM/2019/640 final Brussel, 11 december 2019, p. 5. Het jaar 1990 is meestal het referentiejaar, zie (zonder uitleg!) Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 2.

5 Zie de Green Deal, met op p. 1 de uitspraak dat 'vanaf 2050 netto geen broeikasgassen meer worden uitgestoten', zie ook p. 5 met verwijzing naar een eerder document. De Overeenkomst van Parijs bevat een verplichting voor partijen om de wereldwijde uitstoot zo spoedig mogelijk te reduceren ('aim to reach global peaking of greenhouse gas emissions as soon as possible' en, iets meer specifiek: '(…) to achieve a balance between anthropogenic emissions by sources and removals by sinks of greenhouse gases in the second half of this century', zie art. 4 lid 1. De Europese Commissie en de Europese Raad verwijzen echter naar het jaar 2050 als uiterste limiet voor klimaatneutraliteit. Inmiddels is op 4 maart 2020 een voorstel ingediend om deze klimaatneutraliteit in 2050, en het proces daarnaartoe, te regelen: Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1999 (Europese klimaatwet), COM(2020) 80 final, beschikbaar via: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0080&from=EN. In de Nederlandse Klimaatwet is in art. 2 de doelstelling van 95% reductie in 2050 ten opzichte van 1990 genoemd; de wet biedt daarvoor 'een kader voor de ontwikkeling van beleid'.

6 Europese Raad, Conclusies van de bijeenkomst op 12 december 2019, EUCO 29/19, beschikbaar via: https://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2019/12/12/european-council-conclusions-12-december-2019/. Zie voor het verslag van deze

liteit is dat er niet meer wordt geëmitteerd in de atmosfeer dan wordt geabsorbeerd door technologie en door natuur.[7] Nederland heeft reeds gemarkeerd, in het politieke debat, niet bereid te zijn om een tekort aan reductie (of absorptie) te compenseren indien Polen vasthoudt aan dit standpunt.[8]

Ondertussen is Nederland wereldwijd beroemd vanwege het feit dat met het *Urgenda*-vonnis van de rechtbank te Den Haag van 24 juni 2015 voor de eerste maal een rechter intervenieert in het beleid van een nationale overheid.[9] Met het gerechtelijk bevel, dat direct uitvoerbaar was, wordt de Staat der Nederlanden opgedragen

Raadsbijeenkomst aan de Tweede Kamer: Europese Raad, *Kamerstukken II* 2019/20, 21501-20, nr. 1508. In de conclusies van de Europese Raad wordt de lidstaat met de afwijkende positie niet met naam genoemd, dit gebeurt wel in het verslag aan de Tweede Kamer (te weten: Polen, zie p. 2). Ook het Europees Parlement bekrachtigde reeds de doelstelling van klimaatneutraliteit in een resolutie van 14 maart 2019: Resolutie van het Europees Parlement van 14 maart 2019 over klimaatverandering – een Europese strategische langetermijnvisie voor een bloeiende, moderne, concurrerende en klimaatneutrale economie in overeenstemming met de Overeenkomst van Parijs (2019/2582(RSP)), beschikbaar op: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0217_NL.html (bezocht op 4 maart 2020). Het EP 'benadrukt dat de Unie (…) moet streven naar het zo vroeg mogelijk en uiterlijk in 2050 realiseren van broeikasgasneutraliteit om een goede kans te hebben de mondiale temperatuurstijging tot 2100 te beperken tot 1,5 °C'. Voor zover mij bekend heeft slechts één verdragspartij geclaimd reeds klimaatneutraal te zijn, te weten Bhutan: Bhutan, Intended Nationally determined contribution, 30 september 2015 (beschikbaar op de UNFCCC website met de vermelding: 'This is largely due to huge areas of forest cover, low levels of industrial activity and almost 100% electricity generation through hydropower.').

7 Voor zover mij bekend is er nog geen juridisch bindende gedetailleerde definitie van klimaatneutraliteit, wel zijn er algemene omschrijvingen (zie bijvoorbeeld art. 4 lid 1 Overeenkomst van Parijs, hiervoor vermeld). Zie voor een specifieke benadering van klimaatneutraliteit het NDC van Noorwegen: '(…) Norway will adopt a binding goal of carbon neutrality no later than in 2030. This means that Norway will commit to achieving emission reductions abroad equivalent to Norwegian emissions in 2030.', Norway's Intended Nationally Determined Contribution, www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Norway%20First/NorwayINDC%20(Archived).pdf (bezocht 3 maart 2020).

8 Europese Raad, *Kamerstukken II* 2019/20, 21501-20, nr. 1508, p. 2. Overigens bevat art. 2 van de Nederlandse Klimaatwet een streefdoel voor 2050 betreffende de vermindering van broeikasgasemissies met 95% ten opzichte van 1990; klimaatneutraliteit is niet in de Klimaatwet vastgelegd (maar de positie van de Europese Raad is niet dat elke lidstaat klimaatneutraal dient te zijn, maar dat de Unie als geheel klimaatneutraal zal zijn). Klimaatwet: Wet van 2 juli 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken, *Stb.* 2019, 253.

9 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Stichting Urgenda/Staat der Nederlanden*), inmiddels bekrachtigd in cassatie door de Hoge Raad: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

een hogere ambitie te bereiken dan verplicht conform het geldende EU-recht.[10] Deze opdracht moet bereikt zijn in het jaar 2020. Er is geen juridische procedure aanhangig in Nederland met een eis voor een reductiebevel voor de periode na 2020.[11] Wel is er Europese klimaatwetgeving die voor Nederland reductieverplichtingen inhoudt gedurende de periode tot aan het jaar 2030;[12] deze klimaatwetgeving wordt misschien nog verder aangescherpt gelet op de hierboven vermelde ambitie van de Commissie om de doelstelling voor 2030 aan te scherpen. Of de verhoogde ambitie daadwerkelijk in wetgeving wordt verankerd is onzeker: de Europese Commissie spreekt in de Green Deal vooralsnog slechts van een 'Breed plan om de EU-klimaatdoelstelling voor 2030 op verantwoorde wijze tot ten minste 50%, en 55% als streefdoel, te verhogen'.[13] Het is aan de Europese Commissie daaromtrent voorstellen in te dienen bij het Europees Parlement en de Raad van Ministers, bijvoorbeeld ter aanscherping van het Europese emissiehandelssysteem en/of ter aanscherping van de reeds vastgestelde lidstatelijke emissiereductiedoelen voor 2030 voor zover het emissies betreft die buiten het Europese emissiehandelssysteem vallen.[14]

10 Zie voor een commentaar: Ch.W Backes & G.A. van der van Veen, *AB* 2020/24 – met daarbij hun – terechte – opmerking dat in het arrest EU-rechtelijke punten onderbelicht zijn gebleven.

11 Een dergelijke claim is wel gestart tegen de in EU-klimaatwetgeving neergelegde doelstelling voor 2030: Gerecht 8 mei 2019, T-330/18, ECLI:EU:T:2019:324 (*Carvalho e.a./ Parlement en Raad*), beroep is ingediend en heeft zaaknummer C-565/19 P).

12 Dit is geregeld in (de hierna nader te bespreken) Verordening (EU) 2018/842 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 betreffende bindende jaarlijkse broeikasgasemissiereducties door de lidstaten van 2021 tot en met 2030 teneinde bij te dragen aan klimaatmaatregelen om aan de toezeggingen uit hoofde van de Overeenkomst van Parijs te voldoen, en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 525/2013, *PbEU* 2018, L 156/26; ik noem die de Lastenverdelingsverordening. Daarnaast geldt het EU ETS, maar dit systeem bevat geen individuele reductieverplichting voor Nederland.

13 Zie de Bijlage bij de mededeling over de Europese Green Deal, Brussel, 11 december 2019 COM(2019) 640 final, beschikbaar op https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0005.02/DOC_2&format=PDF (bezocht op 3 maart 2020). Inmiddels wordt door de Commissie voorgesteld om wettelijk te regelen dat de Commissie uiterlijk op 30 juni 2021 heeft beoordeeld of de wetgeving voor 2030 moet worden gewijzigd gelet op het doel van 50-55% in 2030, en gelet op het doel van klimaatneutraliteit in 2050: zie art. 2 lid 4 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de totstandbrenging van klimaatneutraliteit en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1999 (Europese klimaatwet) van 4 maart 2020, COM(2020) 80 final.

14 Voorts heeft de EU onder het Verdrag van Parijs de mogelijkheid de Nationally Determined Contribution (NDC) te actualiseren en nieuwe NDC's moeten een progressie vertonen (in ambitie) ten opzichte van een eerdere NDC (zie art. 4 Overeenkomst van Parijs). Noorwegen heeft reeds een geactualiseerde NDC ingeleverd waarin de doelstelling van ten minste 50% reductie in 2030 wordt vermeld, waarin tevens uitdrukkelijk wordt verwezen naar de samenwerking met de EU: Update of Norway's nationally determined contribution, (ongedateerd document, vlg. website UNFCCC is the update van 7 February 2020) https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Norway%20First/Norway_updatedNDC_2020%20(Updated%20submission).pdf (bezocht 3 maart 2020). De EU heeft inmiddels wel besloten tot een mededeling

1.2 Doel en opzet van deze bijdrage

Wat er ook zij van een eventuele (noodzakelijke) aanscherping van het Europese klimaatbeleid, juridisch gezien heeft de EU voor het jaar 2030 een bindende emissiereductieverplichting vastgesteld voor elke lidstaat, waaronder natuurlijk ook Nederland.[15] Dergelijke lidstatelijke emissiereductieverplichtingen zijn ook reeds van kracht voor het jaar 2020. De EU-wetgever heeft er dus voor gekozen om het reeds gehanteerde systeem van individuele lidstatelijke emissiereductieverplichtingen voor 2020 te continueren voor de periode tot aan 2030. Deze bijdrage heeft in de eerste plaats tot doel om deze normstelling te bespreken. Cruciaal is echter de vraag of lidstaten voldoende inspanningen zullen leveren om daadwerkelijk de bindende emissiereductieverplichtingen na te leven. Het is immers, in zijn algemeenheid, schrijnend keer op keer te worden geconfronteerd met berichten over schendingen van het Europese milieurecht.[16] Daarom zal deze bijdrage ook ingaan op de *naleving* en *handhavingsmogelijkheden* van de lidstatelijke emissiereductieverplichtingen. Geschetst zal worden dat Nederland op koers ligt om aan de emissiereductieverplichting voor 2020 te voldoen, maar dat een fors aantal andere lidstaten in de gevarenzone

betreffende de langetermijndoelstelling (2050), zie Raad van de EU, Persmededeling 5 maart 2020: Klimaatverandering: Raad neemt EU-langetermijnstrategie aan die bij VN zal worden ingediend, beschikbaar via: www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2020/03/05/climate-change-council-adopts-eu-long-term-strategy-for-submission-to-the-unfccc/. Deze verklaring wordt ingediend op naam van de EU en de lidstaten, maar lidstaten zouden, volgens de raadsbeslissing, ook zelf zulke langetermijndoelstellingen gaan indienen ('Aan de afzonderlijke lidstaten wordt ook gevraagd dat zij hun eigen nationale strategieën voorbereiden voor indiening bij het UNFCCC', zo luidt de persmededeling). Opvallend is dat in de terugkoppeling naar de Tweede Kamer deze mogelijkheid niet uitdrukkelijk wordt besproken, zie Brief van de Ministers voor Milieu en Wonen en van Economische Zaken en Klimaat, Verslag van de Milieuraad van 5 maart 2020, Brief van 30 maart 2020, beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2020/03/30/verslag-milieuraad-5-maart-2020/verslag-milieuraad-5-maart-2020.pdf.

15 Zie de hiervoor gemelde Verordening (EU) 2018/842. De bindende emissiereductieverplichtingen betreffen, kort gezegd, de emissies die buiten het EU ETS vallen, de emissies die niet ontstaan door landgebruik en bosbouw, en de emissies die ontstaan door het gebruik van producten die ozonlaag-aantastende stoffen bevatten. Zie voor de werkingssfeer art. 2 Verordening.

16 En ook schendingen buiten het milieurecht, zie daarover HvJ EU 2 april 2020, gevoegde zaken C-715/17, C-718/17 en C-719/17, ECXLI:EU:C:2020:257 (*Commissie/Polen, Hongarije en Tsjechië*) (persbericht op: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200040en.pdf). Heel basaal gezien is er een gelijkenis tussen de regulering in dit beleidsveld en het Europese klimaatrecht: in beide gevallen is sprake van regulering waarbij hoeveelheden worden verdeeld over lidstaten, en lidstaten moeten ervoor zorgen dat hun quotum wordt gegarandeerd. Bij vluchtelingen die internationale bescherming zoeken, gaat het overduidelijk over minimumquota, bij emissies gaat het om maximumquota.

verkeert.[17] De regelgeving voor de naleving is overigens complex, omdat daarin aan lidstaten verschillende mogelijkheden worden geboden om hun emissiereductiedoelen op een flexibele manier te bereiken. Die flexibiliteit bestaat – kort gezegd – uit het kunnen schuiven met jaarlijkse emissiebudgetten, inclusief het kunnen verhandelen van die emissiebudgetten aan andere lidstaten. Alle lidstaten, en dus ook Nederland, kunnen overwegen om van de flexibiliteitsmogelijkheden gebruik te maken.

De opzet van deze bijdrage is als volgt: paragraaf 2 schetst de huidige Europese klimaatwetgeving die de lidstatelijke reductiedoelstellingen voor 2020 en 2030 regelt, waarna paragraaf 3 ingaat op de naleving van de betreffende emissiedoelen voor 2020, inclusief de in de regelgeving geboden mogelijkheid om met emissiebudgetten te schuiven. Paragraaf 4 gaat in op de handhavingsmogelijkheden, zowel op EU-niveau als in de nationale ordes. Paragraaf 5 sluit af met prangende vragen voor Nederland, met name met betrekking tot het gebruikmaken van de flexibiliteitsmogelijkheden.

2 De normstelling voor lidstatelijke emissiereducties in 2020 en 2030

2.1 Het tweesporenbeleid: ETS en niet-ETS

De reductie van broeikasgassen in het jaar 2020 (voor dat jaar geldt een EU-wijde reductiedoelstelling van 20%)[18] wordt gereguleerd door in principe twee kerninstrumenten: het eerste spoor bestaat uit bindende emissiereductiedoelstellingen voor individuele lidstaten, en het tweede spoor is het Europese emissiehandelssysteem (gebruikelijk afgekort met EU ETS, acroniem voor Emissions Trading System). Met dit tweede spoor is een EU-wijd plafond gesteld aan de emissies door grote industriele installaties en de luchtvaart in de EU.[19] De emissies van deze bronnen worden dus niet gerelateerd aan de individuele prestatie door een lidstaat. De normstelling en handhaving richt zich, via de implementatie in de rechtsordes van de lidstaten, op de bedrijven en de luchtvaart. In het eerste spoor, daarentegen, zijn lidstaten verplicht om in het jaar 2020 een gespecificeerde hoeveelheid emissies te reduceren, met name in de sectoren landbouw, afval, kleinere industriële installaties – waaronder ook

17 Zie par. 3; de coronacrisis leidt er mogelijk toe dat deze lidstaten door deze vreselijke externe oorzaak toch hun doelen voor 2020 zullen halen. Feit is wel dat de lidstaten dus zonder deze externe oorzaak waarschijnlijk een nalevingsprobleem zouden hebben, hetgeen een belangrijke waarschuwing is voor de periode van 2021-2030: zijn lidstaten bereid voldoende maatregelen te nemen om aan de EU-rechtelijke emissiereductieverplichtingen te voldoen?

18 Overigens bevat deze reductiedoelstelling de mogelijkheid om van internationale emissiekredieten gebruik te maken; dit is anders met betrekking tot de regelgeving voor 2030 waar wordt uitgegaan van emissiereducties binnen de EU.

19 Het EU ETS is gekoppeld met emissiehandelssystemen in Noorwegen, IJsland, Liechtenstein en Zwitserland – hierop wordt in deze bijdrage niet ingegaan.

kleinere energie-installaties zoals biomassa-installaties, gebouwen en transport.[20] In deze zin hebben lidstaten met betrekking tot het niet-ETS deel een individuele verantwoordelijkheid tot naleving. Deze benadering wordt – in de Engelse taal – *Effort sharing* genoemd, hetgeen in het Nederlands als lastenverdeling of inspanningsverdeling[21] kan worden vertaald.[22] Mijn voorkeur gaat uit naar de term 'lastenverdeling', omdat het in kwestie om juridisch bindende verplichtingen gaat, die sterker zijn dan een inspanningsverplichting. Gelet op de relevantie van de regelgeving voor de broeikasgasreducties is het van groot belang aandacht te besteden aan de juiste uitvoering en naleving van dit eerste spoor, de lastenverdeling: er vallen meer emissies onder de lastenverdelingsregeling dan onder de EU ETS (de laatste bestrijkt ongeveer 40% van de emissies).[23]

De Europese Unie, die sterk wordt gekenmerkt door marktdenken – het is immers de interne markt die een belangrijke pijler is van de Unie – kiest bij beide reguleringssporen voor het gebruikmaken van marktwerking. Het ETS is een kunstmatig gecreëerde markt in vervuilingsrechten, waarbij, door de hoeveelheid beschikbare verhandelbare rechten geleidelijk te doen laten afnemen, schaarste wordt gecreëerd. Het doel van de regeling is uitdrukkelijk milieubescherming, en het ETS is een instrument dat zichzelf als het ware opheft, doordat er een lineair afnemend plafond aan emissierechten is.[24] Ook de regeling van de individuele lidstatelijke emissiereductieverplichtingen bevat echter de mogelijkheid van handel in de vervuilingsrechten,

20 De laatste sector is zorgwekkend vanwege de meeste emissies: European Environmental Agency, 'Trends and projections in Europe 2019. Tracking progress towards Europe's climate and energy target', 2019, www.eea.europa.eu/publications/trends-and-projections-in-europe, p. 27 – uitgaande van de correctheid van de rapportages (bij normontduiking of vergissingen kan het aandeel nog groter zijn). Het belangrijkste instrument voor terugdringing (in 2030) zijn, volgens de Europese Commissie, de emissielimieten voor auto's, bestelwagens en zware bedrijfsvoertuigen, zie Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 10 en p. 17

21 Beschikking Nr. 406/2009/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake de *inspanningen* van de lidstaten om hun broeikasgasemissies te verminderen om aan de verbintenissen van de Gemeenschap op het gebied van het verminderen van broeikasgassen tot 2020 te voldoen, *PbE*U 2009, L140/136 (nadruk door auteur).

22 Zie voor deze Engelse uitdrukking de Engelse versie van de Commissie-webpagina: https://ec.europa.eu/clima/policies/effort_en. De Duitse versie van deze webpagina vermeldt: 'Lastenteilung'.

23 European Environmental Agency, 'Trends and projections in Europe 2019. Tracking progress towards Europe's climate and energy target', 2019, www.eea.europa.eu/publications/trends-and-projections-in-europe, p. 24.

24 Voor de toekomst is het echter niet uitgesloten dat, politiek gezien, op een gegeven moment behoefte zal bestaan aan het aanpassen van de lineaire afname. Dit zal van tal van factoren afhangen, waaronder ook de actualisatie van de wetenschappelijke inzichten, de technologische vooruitgang, de economische omstandigheden, en de inspanningen van derde landen.

waarbij het dan gaat om vervuilingsrechten die aan de lidstaten toekomen. Voor een goed begrip wordt hier nadrukkelijk gesteld dat vervuilingsrechten alleen ontstaan omdat er reductieverplichtingen zijn.[25] De emissieruimte die bestaat door het instellen van een publiekrechtelijke (in dit geval Europeesrechtelijke) reductieverplichting kan worden gekwalificeerd als het recht om te emitteren. De mogelijkheid die in de lastenverdelingsbenadering door de Europese Unie is gekozen om de lidstatelijke emissierechten verhandelbaar (ofwel: overdraagbaar) te maken is in feite een continuering van de idee van het Kyoto Protocol, waarin het verdragspartijen was toegestaan om van specifieke vormen van emissiehandel gebruik te maken. De Europese Unie zet, in haar interne regelgeving, deze praktijk voort.[26] Hier zal in paragraaf 3 nader op worden ingegaan, inclusief het gegeven dat het gebruikmaken van deze verhandelbaarheid blijkbaar nodig zal zijn voor lidstaten om aan de doelstellingen voor 2020 te voldoen.

2.2 Belangrijke aanvullende wettelijke maatregelen

Naast de emissiereductieverplichtingen via het bovengenoemde tweesporenbeleid zijn er Europese wetten die verplichtingen opleggen met betrekking tot energie. Een van deze wetten, de Richtlijn hernieuwbare energie, specificeert individuele lidstatelijke verplichtingen om in 2020 (en in de jaren daarnaartoe) een bepaalde hoeveelheid hernieuwbare energie (als aandeel van het totale energiegebruik) te verwezenlijken.[27] Voorts bevatten andere richtlijnen maatregelen om energie-efficiëntie te stimuleren.[28] Deze maatregelen, energie-efficiëntie en hernieuwbare energie, moeten in samenhang worden gezien: bij een hogere energie-efficiëntie is (doorgaans, dit hangt af van het totale gebruik) minder energieopwekking nodig, waardoor de doelstelling voor hernieuwbare energie gemakkelijker kan worden bereikt. De Europese Raad heeft als koers echter een versimpeling van de klimaatwetgeving uitgezet, en inmiddels heeft de EU-wetgever ertoe besloten de individuele hernieuwbare-energieverplichtingen te laten verdwijnen voor het jaar 2030.[29] In plaats daarvan is er een 'governance'

25 Zie in dit verband art. 2 lid 2 jo. art. 3 Besluit 406/2009.

26 Zie hierover uitgebreider M. Peeters & N. Athanasiadou, 'The continued effort-sharing approach in EU climate law: Binding targets, challenging enforcement?', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, nr. 2, article DOI: 10.1111/reel.12356.

27 Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG.

28 Richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG; zie daarnaast bijvoorbeeld ook: Richtlijn 2009/125/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energie gerelateerde producten.

29 Europese Raad, conclusies 23-24 oktober 2014, beschikbaar via: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-169-2014-INIT/nl/pdf, en de aanpassing van de Richtlijn hernieuwbare energie: Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de

benadering gekomen met een collectieve hernieuwbare-energiedoelstelling;[30] voor de lidstaten geldt voorts de verplichting om met integrale klimaat- en energieplannen (nationale energie en klimaatplannen, NEKP's) te komen.[31] Daarnaast is, met het oog op de reductiedoelstelling voor 2030, een uitermate ingewikkelde regeling aangenomen voor de uitstoot en absorptie van broeikasgassen door landgebruik en wijzigingen daarvan, en bosbouw (LULUCF: land use, land use change, and forestry).[32] Dit impliceert dat de emissiereductiedoelstelling van de Europese Unie voor 2030 nu ook de emissies (en absorptie) van deze sector omvat.[33] De Europese Commissie verwacht dat, bij een effectieve verwezenlijking van alle in het Unierecht vastgestelde doelstellingen op het gebied van klimaat, energie en mobiliteit, de reductie in 2030 wel 45% zou kunnen bedragen.[34]

Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (herschikking).

30 Zie art. 3 van de huidige Richtlijn hernieuwbare energie (Richtlijn (EU) 2018/2001): 'De lidstaten zorgen er samen voor dat het aandeel energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie in de Unie in 2030 minstens 32% bedraagt.'

31 Zie voor deze afkorting het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 4. In Nederland worden deze plannen met INEK afgekort: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/11/01/integraal-nationaal-energie-en-klimaatplan. De Nederlandse Klimaatwet schrijft in art. 3 de vaststelling van een klimaatplan voor (zonder expliciete referentie naar de Governanceverordening).

32 Verordening (EU) 2018/841 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 inzake de opname van broeikasgasemissies en -verwijderingen door landgebruik, verandering in landgebruik en bosbouw in het klimaat- en energiekader 2030, en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 525/2013 en Besluit nr. 529/2013/EU

33 Overigens: zie een mededeling van de Commissie voor de periode 2013-2020 inzake het feit dat de lidstaten zich hebben verplicht om reeds in de periode 2013-2020 emissies van landgebruik en bosbouw mee te laten tellen (zonder bronverwijzing waar deze verplichting is vastgelegd): Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 15. Deze tekst refereert aan het reductiedoel volgens het Kyoto Protocol voor de periode 2013-2020, maar voor die periode is geen internationale reductiedoelstelling van kracht geworden (dat betreft het zogenoemde Doha amendement).

34 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 10. Opvallend is dat bij zo een uitspraak geen bronvermelding plaatsvindt. Het EEA-rapport wijst op het grote belang van LULUCF: '(…) trends in net removals from the LULUCF sector show a progressive historical reduction in the EU carbon sink since 2010, and this trend is projected to persist through the coming decade' (p. 24).

2.3 Klimaatneutraliteit als uiteindelijk doel voor 2050

Zoals aangegeven in de inleiding, streeft de Unie inmiddels naar klimaatneutraliteit in 2050. De Europese Commissie heeft op 4 maart 2020 daartoe een voorstel voor een verordening ingediend, waarin wordt voorgesteld dit langetermijndoel, en de weg ernaartoe, te codificeren.[35] Voor de weg ernaartoe stelt de Commissie een zacht handhavingsmechanisme voor, waarin zij aanbevelingen mag geven aan lidstaten indien de nationale plannen naar het oordeel van de Commissie niet toereikend zijn.[36] De lidstaten dienen 'terdege rekening' te houden met de aanbevelingen van de Commissie 'in een geest van solidariteit tussen de lidstaten en de Unie en tussen de lidstaten onderling'.[37] De eerste beoordeling zou plaatsvinden in 2023, en dan elke vijf jaar daarna. Voorts stelt de Commissie voor om via een gedelegeerde handeling een traject uit te zetten gericht op het behalen van de klimaatneutraliteit in 2050.[38] Tegelijkertijd wenst de Commissie in deze Europese Klimaatwet regelgeving met betrekking tot adaptatieplannen van lidstaten te introduceren.[39] Het is moeilijk voorspelbaar hoe de eventuele uiteindelijke versie van deze verordening eruit zal zien. Voor het doel van deze bijdrage, normstelling en handhaving op de kortere termijn, laten we deze wetgevingsontwikkeling verder buiten beschouwing.

3 Naleving van de lidstatelijke emissiereductieverplichtingen

3.1 Inleiding

De EU als zodanig is op weg om het wettelijk gestelde doel voor 2020 te bereiken. Data voor deze vaststelling worden verzameld door het Europese Milieu Agentschap. Dit agentschap assisteert de Europese Commissie met het verzamelen van gegevens over de uitvoering van de Europese milieuwetgeving.[40] In de – administratief uiterst ingewikkelde – Bewakings- en rapportageverordening worden aan het Europese

35 Hierboven reeds genoemd: het betreft het voorstel met nummer COM(2020) 80.

36 Zie daarover eerder: M. Chamon & M. Peeters, 'De Europese Klimaatwet: meer macht voor de Europese Commissie?', Blog gepubliceerd maandag 30 maart 2020 op: www.montesquieu-instituut.nl/9353000/1/j9vvj72dlowskug/vl7alostwzjk?pk_campaign=hofv-2003&pk_kwd=vl7alostwzjk.

37 Art. 6 lid 3 van de voorgestelde Europese klimaatwet.

38 Art. 3 van de voorgestelde Europese klimaatwet.

39 Zie met name art. 4 en 6 van de voorgestelde Europese klimaatwet.

40 Verordening (EEG) nr. 1210/90 van de Raad van 7 mei 1990 inzake de oprichting van het Europees Milieuagentschap en het Europees milieuobservatie- en -informatienetwerk; deze frequent gewijzigde verordening is in 2009 ingetrokken en vervangen door een gecodificeerde versie: Verordening (EG) nr. 401/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake het Europees Milieuagentschap en het Europees milieuobservatie- en -informatienetwerk, *PbEU* 2009, L 126/13. Par. 72 van de preambule vermeldt dat de intrekking geldt vanaf 1 januari 2021; niettemin, bepaalde onderdelen blijven van toepassing, zie precies art. 57 en 58 van de Verordening).

Milieu Agentschap hiervoor taken toebedeeld.[41] Artikel 24 van deze verordening bepaalt dat het agentschap de Commissie zal bijstaan met het 'opmaken van de broeikasgasinventaris van de Unie en het opstellen van het broeikasgasinventarisatierapport van de Unie'. De verordening legt voorts verplichtingen op aan lidstaten voor het bijhouden van een nationaal inventarisatiesysteem en het opstellen van de nationale broeikasgasrapportages.[42] Deze verordening zal echter voor het overgrote deel niet meer van betekenis zijn vanaf 1 januari 2021, omdat zij is ingetrokken door de Verordening inzake de governance van de energie-unie en van de klimaatactie – hierna – in geangliseerde vorm maar daarmee de vertaling van de EU volgend – de Governanceverordening genoemd.[43]

Volgens huidige gegevens van het Europees Milieu Agentschap (EMA) gaat de EU de doelstelling van minus 20% emissies in 2020 halen: in het jaar 2017 zijn de broeikasgasemissies gedaald naar 21,7% beneden het niveau van 1990, en vermoedelijk zal dit reductiepercentage zijn opgelopen tot 23,8% in 2018.[44] Met andere woorden, collectief gezien gaat het de Unie lukken om de gestelde beleidsdoelstelling van 20% reductie in 2020 te halen. Juridisch gezien is de reductie echter anders vormgegeven, namelijk in enerzijds de individuele emissiereductieverplichtingen voor de lidstaten,[45] en, anderzijds, via de EU-wijde regeling van verhandelbare emissierechten. Uit de rapportages van het EMA blijkt dat de emissies onder het ETS – als groep – sterker zijn gedaald dan onder de inspanningsverdelingsbeschikking. Dat is op zich niet vreemd omdat de juridische verplichting voor de ETS-sector zwaarder was, namelijk 21% in 2020 ten opzichte van 2005, terwijl de inspanningsverdelingssector 10% diende te reduceren ten opzichte van 2005. Overigens zijn er grote verschillen

41 Verordening (EU) nr. 525/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende een bewakings- en rapportagesysteem voor de uitstoot van broeikasgassen en een rapportagemechanisme voor overige informatie op nationaal niveau en op het niveau van de unie met betrekking tot klimaatverandering, en tot intrekking van Beschikking nr. 280/2004/EG, *PbEU* 2013, L 165/13. Een geconsolideerde versie (in het Engels) is beschikbaar op https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02013R0525-20181224&from=NL.

42 Zie bijvoorbeeld art. 5 van de bewakings- en rapportageverordening.

43 Verordening (EU) 2018/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 inzake de governance van de energie-unie en van de klimaatactie, tot wijziging van Richtlijn 94/22/EG, Richtlijn 98/70/EG, Richtlijn 2009/31/EG, Verordening (EG) nr. 663/2009, Verordening (EG) nr. 715/2009, Richtlijn 2009/73/EG, Richtlijn 2009/119/EG van de Raad, Richtlijn 2010/31/EU, Richtlijn 2012/27/EU, Richtlijn 2013/30/EU en Richtlijn (EU) 2015/652 van de Raad, en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 525/2013, *PbEU* 2018, L 328/1.

44 Ik baseer mij op het rapport van de European Environmental Agency, 'Trends and projections in Europe 2019. Tracking progress towards Europe's climate and energy target', 2019, www.eea.europa.eu/publications/trends-and-projections-in-europe-1. De rapportages waarop het rapport is gebaseerd zijn met name van 2017 en 2018 (p. 7 en p. 20).

45 De inspanningsverdelingsbeschikking resulteert, bij correcte naleving, in ten minste 9.3% reductie gemeten aan het emissieniveau van 2005, EEA 2019, p. 32.

wanneer men de EU ETS-actoren vergelijkt: de luchtvaartemissies, met name, zijn met 19% gestegen in het jaar 2018 in vergelijking met vijf jaar daarvoor (2013).[46] Niettemin is het met betrekking tot het EU ETS een belangrijke vraag of het systeem van emissierapportages door de onder het ETS vallende emittenten, tezamen met verificatie van deze rapportages door verificateurs, sluitend is. Op dat punt bevat het EMA-rapport geen gegevens, behalve dan de algemene stelling dat 'the system covers sectors and gases that can be measured, reported and verified with a high level of accuracy'.[47] Het zou echter, naar mijn opvatting gebaseerd op de meldingen van fraude op andere terreinen van het milieurecht, naïef zijn te veronderstellen dat er geen verleidingen zijn te frauderen met de emissierapportages; voorts kunnen er ook vergissingen plaatsvinden vanwege de technische complexiteit.[48]

Voor de individuele emissiereductieverplichtingen van de lidstaten geldt tot en met het jaar 2020 Beschikking 406/2009, waarin in annex I de specifieke lidstatelijke emissiereductieverplichtingen zijn vermeld.[49] Voor Nederland geldt, ten opzichte van het peiljaar 2005, een emissiereductieverplichting van 16%. Overigens moeten de lidstaten via een lineair traject reeds hun emissies reduceren.[50] Het is uiteraard cruciaal voor de milieu-effectiviteit dat ook deze tussentijdse emissiereducties worden gehaald –anders zouden er immers gedurende het traject toch nog meer emissies zijn dan wettelijk geregeld. Voor het behalen van de emissiereductieverplichtingen – ook de tussentijdse – is het de lidstaten toegestaan om van de zogenoemde flexibele instrumenten gebruik te maken. Een voorbeeld van een flexibel instrument is in de volgende bepaling opgenomen in artikel 3 lid 4:

> 'Een lidstaat mag maximaal 5% van zijn jaarlijkse emissieruimte voor een bepaald jaar overdragen aan andere lidstaten. De ontvangende lidstaat mag deze

46 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 3.

47 European Environment Agency (EEA) report 2019, p. 24.

48 Deze opmerking bouwt voort op: M. Peeters & H. Chen, 'Enforcement of Emissions Trading: Sanction regimes of greenhouse gas emissions trading in the EU and China', in: S.E. Weishaar (red.), *Research Handbook on Emissions Trading, Environmental Law Series*, Cheltenham: Edward Elgar 2016. Zie voor onderzoek naar handhaving van het EU ETS: J. Verschuuren & F.M. Fleurke, *Report on the Legal Implementation of the EU ETS at Member State Level*, Tilburg University 2014, https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/report-on-the-legal-implementation-of-the-eu-ets-at-member-state- (bezocht 7 april 2020).

49 Deze zijn gespecificeerd door de Commissie, zie Besluit van de Commissie van 26 maart 2013 tot vaststelling van de jaarlijkse emissieruimte van de lidstaten voor de periode 2013 tot en met 2020 overeenkomstig Beschikking nr. 406/2009/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2013, L 90/106, later gewijzigd, een geconsolideerde versie is beschikbaar op: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:02013D0162-20170812. De emissieruimte voor het jaar 2020 voor Nederland is vastgesteld op 109.226.752 ton kooldioxide-equivalent.

50 Art. 3 lid 2 Beschikking 406/2009.

hoeveelheid gebruiken om zijn verplichtingen uit hoofde van dit artikel voor het betrokken jaar of latere jaren tot 2020 na te komen. Een lidstaat mag geen deel van zijn jaarlijkse emissieruimte overdragen als die lidstaat op het tijdstip van de overdracht niet aan de bepalingen van deze beschikking voldoet.'

Artikel 3 en 5 Beschikking 406/2009 bevatten een conglomeraat aan flexibele instrumenten, waaronder, naast bovengenoemd voorbeeld, ook de mogelijkheid om reeds de emissieruimte van een toekomstig jaar in te zetten, dan wel een overschot aan emissieruimte in te zetten in een later jaar.[51] Artikel 5 regelt de mogelijkheid om projectkredieten die gegenereerd zijn in landen buiten de EU in te zetten om een tekort aan emissiereductie te compenseren. Voor zover bekend is daarvan nog geen gebruik gemaakt door lidstaten.[52]

3.2 Dreigende – individuele – nalevingstekorten voor 2020

Met betrekking tot de naleving van de inspanningsverdelingsbeschikking valt zowel een positieve ontwikkeling als ook een negatieve ontwikkeling te melden. De positieve ontwikkeling is dat Nederland voldoet aan de vereiste reductiedoelstelling. Dit is bijvoorbeeld het geval in 2017 (de vaststelling van de emissiedata verloopt met ongeveer twee jaar vertraging ten opzichte van het jaar waarvoor het emissiereductiedoel geldt).[53] Echter, *tien* lidstaten, waaronder Duitsland, Ierland en Polen – behaalden in 2017 hun emissiereductiedoel niet.[54] De lidstaten die niet in naleving waren, konden volgens het Europees milieuagentschap het tekort oplossen door van de flexibiliteitsmogelijkheden gebruik te maken, met name het gebruiken van eerder bereikte extra reducties.[55] Het enige land dat rechten van een andere lidstaat heeft overgenomen is Malta.[56] De rechten zijn afkomstig van Bulgarije, het land met de zachtste verplichting (toename van 20% ten opzichte van 2005).[57] Opvallend is de keuze van Zweden: dit land heeft ervoor gekozen om gerealiseerde overschotten te annuleren, hetgeen bijdraagt aan de totale reductie op EU-niveau, en roept andere landen op dat ook te doen.[58] Een dergelijke keuze impliceert echter dat lidstaten

51 Art. 3 lid 3 Beschikking 406/2009.

52 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 13.

53 EEA-rapport 2019, p. 32-33.

54 EEA-rapport, p. 32, dit waren: Oostenrijk, Bulgarije, Cyprus, Estland, Duitsland, Ierland, Litouwen, Luxemburg, Malta en Polen. Voor het jaar 2018 zouden negen lidstaten een nalevingstekort vertonen: zie p. 33.

55 EEA-rapport 2019, p. 32-33.

56 EEA-rapport 2019, p. 33.

57 Zie bijlage II bij de Lastenverdelingsbeschikking.

58 EEA-rapport 2019, p. 33. Alle lidstaten met een emissiereductieoverschot hebben ervoor gekozen dit overschot naar een volgend jaar over te hevelen, behalve Zweden. Verder heeft Zweden de overschotten gegenereerd in vier achtereenvolgende jaren geannuleerd: 'For the period 2013-2016, Sweden cancelled its annual surpluses and intends to do so for 2017.'

die een nalevingstekort hebben dit niet kunnen oplossen door de emissierechten van Zweden over te nemen.

Dat laatste had een belangrijk punt kunnen worden met betrekking tot de individuele doelstellingen voor 2020: voorafgaande aan de coronacrisis werd voor dat jaar verwacht dat *tien lidstaten* tekort zouden schieten met het terugdringen van hun nationale emissies: 'Ten Member States (Austria, Belgium, Cyprus, Finland, France, Germany, Ireland, Luxembourg, Malta and Poland) miss their 2020 target considering existing measures.'[59] De begin 2020 uitgebarsten coronacrisis heeft geleid tot minder economische en andere activiteiten, zoals minder transport. De precieze gevolgen hiervan dienen nog in kaart te worden gebracht. Het rampzalige coronavirus kan er met andere woorden toe leiden dat de lidstaten waarvoor het problematisch was de emissies terug te dringen, via het externe effect van de coronacrisis in een gunstigere situatie komen met betrekking tot het behalen van hun emissiereductieverplichting voor 2020. Niettemin is van belang om scherp te zien dat zonder zo een extern effect, diverse lidstaten niet op koers lagen om hun verplichting na te leven. Voor diverse landen stelt het EEA immers dat – indien er geen (sterke) – emissiereductie plaatsvindt op hun territoir, het nodig is om emissierechten van andere landen aan te kopen. Dit betreft zeven lidstaten: Oostenrijk, Estland, Duitsland, Finland, Ierland, Malta en Polen.[60] De Europese Commissie stelt dat Malta, Duitsland, Ierland en Oostenrijk waarschijnlijk emissieruimte tekort komen, en dat bij een nettotekort de lidstaten 'moeten' gebruikmaken van de flexibiliteitsmechanismen, in het bijzonder het benutten van extra reducties gerealiseerd in overschotten bereikt door andere landen.[61] Indien echter andere landen het voorbeeld van Zweden zouden volgen, zouden er – bij een wijde toepassing hiervan – te weinig rechten kunnen zijn voor de tekortschietende landen om via de aankoop van rechten tot naleving te komen.

Ook voor Nederland is dit een belangrijke beleidsbeslissing; daarbij moet nog worden nagedacht over de vraag of de uitspraak in de zaak *Urgenda/Staat der Nederlanden* gevolgen heeft voor het gebruik van de door de Lastenverdelingsbeschikking mogelijk gemaakte flexibiliteit, met name het overdragen van een overschot aan

59 EEA-rapport 2019, p. 35 – zie daar ook de nuanceringen ter zake van Frankrijk en België. Voorts dringt zich ook de vraag op of de keuze van de emissiereductiedoelstellingen in de beslissing van 2009 in relatie staat tot de economische crisis die in 2008 startte: een economische crisis brengt immers, doorgaans, minder emissies met zich mee. Onder de Lastenverdelingsbeschikking zijn de emissies in de periode 2014-2017 zelfs licht gestegen; mogelijk is de bloei van de economie hier mede debet aan. Dit verband (of, in andere woorden, een analyse van de oorzaak van de stijging van de emissies) wordt niet gegeven in het verslag van de commissie waarin de lichte toename wordt gemeld: Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 3 en p. 10.

60 EEA-rapport 2019, box 2.7 op p. 34 en 35.

61 Zie precies: Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, p. 10.

reducties aan een andere lidstaat.[62] Indien dat de implicatie zou zijn van de rechterlijke uitspraak, impliceert dit een blokkade voor het gebruikmaken van de door de EU-wetgever vormgegeven flexibiliteitsconstructie. Zoals hierboven aangegeven heeft Zweden deze handelswijze reeds politiek besloten. Hoe zich dit verhoudt met de grondgedachte dat de EU als één geheel wordt gezien, en met het idee dat via het flexibiliteitsmechanisme naleving kan worden verzekerd, is een heel lastig te beantwoorden vraag waaraan nog nauwelijks aandacht is besteed. De beantwoording speelt zich af in het spanningsveld tussen enerzijds de mogelijkheid voor lidstaten om, conform artikel 193 VWEU, stringentere milieumaatregelen te nemen, en, anderzijds, het principe zoals neergelegd in de inspanningsverdelingsbeschikking om een kosteneffectief beleid te voeren. Overweging 10 van deze beschikking luidt:

> 'Om de verschillen in emissiereductiekosten voor de lidstaten gelijk te trekken, meer geografische flexibiliteit mogelijk te maken en om tegelijk de algemene kosteneffectiviteit van de totale verbintenissen van de Gemeenschap te verhogen, moeten de lidstaten een deel van hun jaarlijkse broeikasgasemissieruimte aan andere lidstaten kunnen overdragen.'

Politiek gezien echter lijkt de Europese Commissie er geen punt van te maken indien een lidstaat ertoe besluit een surplus te annuleren.[63] Waarschijnlijk moet de Inspanningsverdelingsbeschikking zo worden uitgelegd dat het een recht is van een lidstaat om te kunnen kiezen voor overdracht van een overschot aan emissieruimte dan wel een annulering daarvan – maar uiteindelijk is het aan het Hof van Justitie om uitsluitsel te geven over de vraag of en zo ja, op welke gronden een lidstaat beperkt kan worden in het gebruik van de flexibiliteitsmechanismen.

Ter zake van Nederland geldt overigens wel dat er een zeer ernstige tekortkoming is opgetreden met betrekking tot het naleven van de hernieuwbare-energieverplichting:

62 Backes en Van der Veen stelden al dat de EU-rechtelijke aspecten onderbelicht zijn in het arrest van de Hoge Raad (zie hun hierboven aangehaalde annotatie). Een van de vragen die mijns inziens nog onvoldoende beantwoord zijn is: kan Nederland het surplus (of een deel van het surplus) aan emissiereductie dat gerealiseerd zou worden conform het Urgenda-bevel – en dus meer is dan EU-rechtelijk is vereist – op grond van de lastenverdelingsbenadering – overdragen aan een andere lidstaat? Het lijkt mij niet in de geest van het rechterlijk bevel, maar deze kwestie is niet in concreto besproken, ook niet in het licht van de samenwerkingsgedachte die ten grondslag ligt aan de inspanningsverdelingsbeschikking, waarbij de flexibiliteitsmechanismen bedoeld zijn om in de Unie als geheel op een kosteneffectieve wijze de emissiereductie te behalen. Overigens is het natuurlijk zeker mogelijk om kritische kanttekeningen bij deze reguleringsbenadering te stellen; een van de vragen is bijvoorbeeld in hoeverre lidstaten als rationale actoren kunnen worden gezien.

63 Bijvoorbeeld niet in het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 final, waar op p. 13 de annulering van de extra emissiereductie door Zweden neutraal, zonder oordeel, wordt vermeld.

terwijl de EU als geheel mogelijk de doelstelling voor 2020 (net) gaat missen, loopt Nederland ver achter.[64] In het jaar 2017 misten zeven lidstaten hun doelstelling, waaronder Nederland met een zeer ernstig nalevingstekort.[65] Deze cijfers laten zien dat een lidstaat enerzijds dus wel in naleving kan zijn met de emissiereductiedoelstelling, maar een nalevingstekort kan vertonen met de hernieuwbare energiedoelstelling.[66] Voor de periode tot 2030 worden er echter geen individuele hernieuwbare-energiedoelstellingen meer opgelegd aan de lidstaten: het wettelijk kader van de EU richt zich op bindende emissiereductiedoelstellingen, aangevuld met verplichte planvorming door de lidstaten.[67]

3.3 Naleving van reductiedoelstellingen: een blik op de tekortschietende plannen voor 2030

Hierboven is uiteengezet dat volgens de gegevens van het Europees Milieuagentschap in zijn rapport van 2019 sommige lidstaten vermoedelijk een nalevingstekort zouden hebben voor de geldende emissiereductieverplichting voor 2020; deze gegevens hebben evenwel nog niet de effecten van de coronacrisis verdisconteerd. Voor de periode tot 2030 is met Verordening (EU) 2018/842 een nieuwe regeling met lidstatelijke emissiereductieverplichtingen vastgesteld (de Lastenverdelingsverordening). Indien een lidstaat een onvoldoende reductie heeft doorgevoerd voor het jaar 2020, dan wordt dit reductietekort verrekend met de verplichtingen die gelden voor de periode tot 2030.[68] Voorts is voor het regime geldend vanaf 2021 van belang dat de lidstaten een compensatiemogelijkheid krijgen gekoppeld aan het LULUCF-regime: een

64 EEA-rapport 2019, p. 40.

65 EEA-rapport 2019, p. 40 en de tabel op p. 48.

66 Overigens wordt door de Nederlandse regering verkend om het nalevingstekort aan te pakken met de zogenoemde statistische overdracht, hetgeen een flexibiliteitsmechanisme is geregeld door de Richtlijn hernieuwbare energie 2009/28: 'Om de resterende opgave (…) in te vullen, kan statistische overdracht een noodzakelijk sluitstuk zijn van een breder pakket aan maatregelen om de Europese doelstelling te realiseren en een eventueel boete en dwangsom te voorkomen. Daarom verken ik op dit moment de ruimte en voorwaarden voor statistische overdracht (…)', brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat aan de Tweede Kamer, 12 november 2019, kenmerk DGKE-E / 19259536. Een statistische overdracht is een technische naam (gehanteerd in de Richtlijn hernieuwbare energie 2009/28, zie bijvoorbeeld met name art. 6) voor de mogelijkheid voor lidstaten om overschotten en tekorten met betrekking tot hun hernieuwbare-energiedoelstelling aan elkaar over te dragen (een vorm van emissiehandel dus, maar dan met hernieuwbare-energieverplichtingen). Zie daarover eerder: M. Peeters, 'Governing towards renewable energy in the EU: competences, instruments and procedures', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21 MJ 1, 2014, p. 39-63 (p. 49 e.v.).

67 Zie overigens over de complexiteit met betrekking tot de projecties in de plannen: EEA-rapport, p. 21.

68 Art. 4 lid 2 Lastenverdelingsverordening waarvan de tekst precies luidt: 'rekening houdend met een eventuele verkleining van de emissieruimte ingevolge artikel 7 van Beschikking nr. 406/2009/EG'. De emissieruimte voor de periode 2021-2030 wordt dus verkleind met het teveel aan emissies in de vorige periode. De Commissie zal in een

lidstaat kan een tekort met betrekking tot naleving van een emissiereductiedoelstelling compenseren door meer reducties te hebben bereikt via LULUCFl; dit wordt ook wel de LULUCF-flexibiliteit genoemd.[69] Verder blijven ook de flexibele instrumenten bestaan door middel van lenen, reserveren en overdragen van emissiebudgetten.[70] De flexibiliteitsmogelijkheden lijken van groot belang gelet op de voorlopig tekortschietende inspanningen van de lidstaten: 'aggregated projections from Member States are not yet in line with the minimum required 40% reduction target'.[71] Het behalen van de doelstellingen zal moeten gebeuren, primair, door maatregelen op eigen territoir. De flexibiliteitsmogelijkheden bieden de ruimte om binnen het territoir te schuiven met overschotten in reducties (zoals een extra reductie bereikt in de LULUCF-sector) of om rechten van andere landen te verkrijgen. Een lidstaat die daarvan gebruik wil maken zal dit in het integrale klimaat- en energieplan moeten vermelden.[72] Daarnaast wordt een eenmalige flexibiliteit ingevoerd die bestaat uit de annulering van EU ETS-rechten.[73]

Overigens is het – uiteraard – van groot belang dat er geen onjuistheden voorkomen in de weergave van de emissies door de lidstaten. De regeling van de rapportage van de emissies door lidstaten is van complexe aard, en ik vraag mij af of de gangbare mechanismes om het optreden van de overheid te controleren (zoals de democratische controlemechanismes, maar ook het toezicht door de Europese Commissie, en de maatschappelijke controle via actieve journalistiek en actieve belangenorganisaties, met inbegrip van milieuorganisaties en de mogelijkheid van de gang naar de rechter in het licht van art. 9 lid 3 Verdrag van Aarhus) voldoende effectief zijn om eventuele vergissingen dan wel bewuste onjuistheden bloot te leggen.

besluit moeten specificeren wat de jaarlijkse emissiebudgetten zijn voor de lidstaten (art. 4 lid 3).

69 Verordening (EU) 2018/842, par. 22 (er 'moet in deze verordening een LULUCF flexibiliteit worden opgenomen voor een maximale hoeveelheid van 280 miljoen ton CO_2-equivalent van die verwijderingen, verdeeld over de lidstaten, als een eventuele aanvullende mogelijkheid voor de lidstaten om aan hun toezeggingen te voldoen') en art. 7.

70 Lastenverdelingsverordening art. 5.

71 EEA-rapport 2019, p. 7.

72 Art. 30 lid 2 Governanceverordening. Het betreft een tamelijk vage bepaling, en interessant zou zijn te onderzoeken welke inspraak ten minste nodig is gelet op het Verdrag van Aarhus.

73 Lastenverdelingsverordening par. 21 en art. 6.

4 Maatregelen bij (dreigende) niet naleving

4.1 Handhaving door de Commissie

Het Europese milieurecht heeft een enorm nalevingstekort. Dit beleidsterrein stond in 2018 op plaats 1 met de meeste lopende ingebrekestellingsprocedures.[74] Het is voor een effectief Europees klimaatbeleid bemoedigend dat de Europese Commissie in haar voorstel voor de Europese Groene Deal aankondigt om krachtig te gaan handhaven.[75] Tot op heden[76] zijn er geen ingebrekestellingsprocedures gerapporteerd met betrekking tot tekortschietende lidstaten, ook niet met betrekking tot de tekortkomingen met betrekking tot de hernieuwbare-energiedoelstelling door bijvoorbeeld een ambitieuzer nationaal plan af te dwingen.

Voor handhaving zijn voldoende duidelijke en concrete normen nodig. In het kader van de Governanceverordening wordt echter met name een dialoog geregeld, waarbij lidstaten plannen dienen in te leveren die vastgestelde onderwerpen moeten behandelen.[77] De handhaving zou zich hierbij vooral kunnen richten op het tijdig indienen van een plan, dan wel op het verplichten van een lidstaat om de juiste onderdelen in het plan op te nemen. Dit systeem wordt in essentie voortgezet met het voorstel voor de Verordening voor de 2050-doelstelling. De Commissie kan in dit systeem aanbevelingen doen waarmee de lidstaat rekening moet houden. Onduidelijk is of het zin heeft een ingebrekestellingsprocedure te starten indien een lidstaat naar het oordeel van de Commissie onvoldoende rekening houdt met de Commissieaanbevelingen.

De Lastenverdelingsbeschikking en de Lastenverdelingsverordening bevatten daarentegen wel bindende verplichtingen in de vorm van emissiereductiedoelen.[78] Voorts bevat de Lastenverdelingsbeschikking een bijzonder regime voor corrigerende maatregelen in geval een lidstaat tekortschiet: er vindt dan onder meer een verkleining

74 Europese Commissie, Monitoring the application of EU law, factsheet 28 Member States, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eu28-factsheet-2018_en.pdf.

75 De Groene Deal, p. 7: 'De Commissie blijft ervoor zorgen dat alle relevante wetgeving krachtig wordt gehandhaafd.'

76 Peildatum 31 december 2019. Gezocht kan worden in dit register: https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en.

77 Overigens zijn veel lidstaten te laat geweest met het inleveren van hun eerste concept nationaal klimaat- en energieplan, zie F. Simon, 'EU to name and shame climate plan laggards in the coming days', 22 (23 update) januari 2020, www.euractiv.com/section/climate-environment/news/eu-to-name-and-shame-climate-plan-laggards-in-the-coming-days/.

78 Verwarrend is het feit dat de Commissie ook wel spreekt over streefdoelen (zoals in het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, De weg effenen voor ambitieuze langetermijndoelstellingen. Voortgangsverslag 2019 over klimaatactie in de EU, Brussel 31 oktober 2019, COM(2019) 559 fin COM(2019)559, p. 7) over streefdoelen wordt gesproken; het gaat bij beide wetten om bindende verplichtingen, zie de officiële titel van de lastenverdelingsverordening, en art. 1 daarvan.

plaats van de emissieruimte van de lidstaat voor het volgende jaar die gelijk is aan de omvang van deze overschrijding, uitgedrukt in ton kooldioxide-equivalent, vermenigvuldigd met een kortingsfactor van 1,08 (art. 9 Lvb). Met deze corrigerende maatregel wordt beoogd de milieu-effectiviteit te verzekeren.[79] Indien een lidstaat echter onwillig blijft om de emissies voldoende te reduceren (inclusief het aankopen van emissiebudgetten van andere lidstaten) staat de Commissie niets anders open dan uiteindelijk te proberen een boete te laten opleggen door het Hof van Justitie, met een dwangsom voor de tijd dat de lidstaat in gebreke blijft.[80] Een bijzonder aspect van een dergelijke potentiële procedure is de berekening van de hoogte van deze financiële sancties: juist omdat de EU, in navolging van het Kyoto Protocol, een marktconform systeem heeft ingericht, heeft een tekort aan naleving een marktprijs, namelijk de prijs die betaald zou moeten worden aan een andere lidstaat in geval van een overdracht van emissierechten.[81] Indien er echter geen overdrachten plaatsvinden, maar wel tekortkoming ontstaat, rijst de vraag hoe dan de hoogte van de financiële maatregelen bepaald wordt. Voor zover mij bekend zijn daaraan nog geen nadere overwegingen of onderzoek gewijd.

Ook de Lastenverdelingsverordening – waarin dus het regime voor de periode 2021-2030 is neergelegd – bevat corrigerende maatregelen, namelijk in artikel 8 en 9. Een verschil met de vorige regeling is dat de Commissie de beoordeling slechts één keer per vijf jaar zal uitvoeren, namelijk in 2027 en 2032.[82] In die zin lijkt er een verzwakking plaats te vinden van de controle op de lidstaten. Wel is het zo dat voor ieder jaar dat een lidstaat een tekortkoming laat zien, de correctie zal worden uitgevoerd. De verzachting houdt dus met name in dat de Commissie om de vijf jaar dat expliciet beoordeelt. Ik verwacht dat het Europees Milieuagentschap echter jaarlijks de aandacht kan vestigen op eventueel tekortschietende lidstaten, zodat er toch vaker

79 Voor de effectiviteit van de lastenverdelingsbenadering is het van groot belang dat ook de jaarlijkse emissieruimte niet wordt overschreden door lidstaten. Ook al bereikt een lidstaat aan het eind (zoals in 2020 of in 2030) het opgelegde doel, indien in de tussentijd meer wordt geëmitteerd dan volgens het lineaire traject is toegestaan, dan heeft de lidstaat een hoger emissiebudget benut. Kortom: het louter naleven van de eindverplichting voor 2020 of 2030 is niet het enige waarop de handhaving zich moet concentreren: ook de tussentijdse doelen zijn van belang.

80 Bijzonder aan de EU is dat dit sanctiemiddel bestaat: een dergelijke sanctie ontbreekt doorgaans in internationale verdragen. Het is echter wel een tijdrovend proces, waarbij twee opeenvolgende uitspraken nodig zijn van het Hof van Justitie. Zie over de procedure M. Smith, 'Enforcement, monitoring, verification, outsourcing: the decline and decline of the infringement process', *European Law Review* 2008, nr. 6, p. 777-802, en S. Peers, 'Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon', *European Public Law* 2012, nr. 1, p. 33-64.

81 Interessant zou zijn om meer informatie te verkrijgen over de tegenprestaties, misschien zouden die ook anders kunnen zijn dan louter een financiële. Dit kan pas onderzocht worden indien daadwerkelijk zulke afspraken worden gemaakt. De regelgeving specificeert de vorm van de tegenprestatie niet.

82 Zie art. 9.

dan slechts eenmaal per vijf jaar een publiekelijke *naming, faming and shaming* van lidstaten kan plaatsvinden.

4.2 Handhaving (en aanscherping) via de nationale rechter

Natuurlijk kan in de nationale rechtsordes worden getracht om lidstaten te dwingen tot naleving van de ingestelde EU-rechtelijke emissiereductieverplichtingen. De mogelijkheid tot handhaving van het Europese milieurecht – waaronder ook, zo lijkt mij, een bindende emissiereductieverplichting – is onlangs nog eens opvallend verscherpt door de erkenning door het Hof van Justitie dat onder omstandigheden de gijzelneming van weigerende bestuurders mogelijk is (indien het nationale recht daarin voorziet, en indien onder meer de grondrechten in acht worden genomen).[83] Ook kan worden getracht lidstaten te dwingen tot verdergaande reducties dan EU-rechtelijk is vereist. Dat laatste is in ieder geval mogelijk gebleken in Nederland. In Duitsland is een actie gericht op het naleven van een hogere ambitie vooralsnog niet succesvol gebleken.[84]

Met claims ter aanscherping van de nationale ambitie kan ook worden getracht te bewerkstelligen dat een eventuele extra reductie (dus meer reductie dan EU-rechtelijk is toegestaan) *niet* zou mogen worden overgedragen aan een tekortschietende lidstaat. Daarbij kan de nationale rechter overwegen om in zo een geval aan het Hof van Justitie de vraag te stellen of zo een verbod nationaal mag worden ingesteld.[85] In de zojuist genoemde Duitse uitspraak van 31 oktober 2019 wordt in ieder geval door de rechter gesteld dat er geen verplichting voortvloeit uit de Lastenverdelingsbeschikking om de emissiereducties in eigen land te behalen.[86] Voorts lijkt de rechter niet tot het opleggen van een bevel tot een verbeterd emissiereductieplan te willen overgaan omdat dit mede afhangt van de vraag of de nationale

83 HvJ EU 19 december 2019, C 752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, *M en R* 2020, afl. 2, m.nt. M. Peeters; zie ook: T. Barkhuysen, 'Lijfsdwang tegen autoriteiten die weigeren vereiste milieumaatregelen te nemen', *NJB* 2020/123.

84 Verwaltungsgericht Berlin, VG K 412.18, veertien eisers tegen de Bondsrepubliek Duitsland, 31 oktober 2019. Op p. 27 (p. 28 nummering onderaan) van de uitspraak wordt uitgelegd dat het rechterlijk bevel inzake de Urgenda-eis een lichtere is dan de eis voor de onderhavige zaak ingediend (32%). Voorts gaat de rechter uitdrukkelijk in op de marge van 10 tot 40% reductie (terwijl bij Urgenda de 25% als een ondergrens werd gezien).

85 Ook kan worden gedacht aan vragen omtrent de rechtmatigheid van de flexibiliteitsregels. Indien deze bijvoorbeeld onvoldoende zorgvuldig van aard zijn, en daardoor onbetrouwbaarheid in de hand werken, dan druisen zij in tegen het doel van de milieurechtelijke regelgeving, een hoog niveau van milieubescherming, en vormen zij potentieel een bedreiging voor het bereiken van de klimaatdoelen. Daartegen kan worden opgeworpen dat indien de flexibiliteitsarrangementen correct zijn vormgegeven, deze tot kosteneffectiviteit zouden kunnen leiden.

86 P. 28 bovenaan, p. 29 onderaan van de bovengenoemde uitspraak van het Verwaltungsgericht Berlin.

regering erin zal slagen voldoende emissieruimte van andere lidstaten te verwerven.[87] De rechter stelt in die zaak dat de regeling in de Lastenverdelingsbeschikking duidelijk is, en ziet dus geen aanleiding om over de interpretatie (of rechtmatigheid) vragen te stellen aan het Hof van Justitie.[88] Ook in een andere uitspraak, ditmaal in Ierland, wordt ingegaan op het EU-kader, waaronder de flexibiliteitsarrangementen van de Lastenverdelingsbeschikking.[89] Het eventuele gebruik van de flexibiliteitsmogelijkheden door Ierland om zo naleving te verzekeren met de 2020-doelstelling wordt in deze *niet* als een onrechtmatigheid gezien.[90]

5 Conclusie: de positie van Nederland in het licht van de Europese lidstatelijke emissiereducties

Nederland zal, volgens de projecties van het Europees milieuagentschap, de emissiereductieverplichting voor 2020 gaan behalen. Tot zover is er geen Europeesrechtelijk probleem. Helaas schetst het Europees milieuagentschap voor veel andere lidstaten echter een veel minder rooskleurig beeld met betrekking tot de naleving van de emissiereductienormen die gelden voor de periode 2013-2020. Dit is een belangrijke waarschuwing, ook met het oog op de reeds van kracht zijnde lidstatelijke emissiereductieverplichtingen voor de periode 2021-2030: zijn de Europese lidstaten werkelijk bereid voldoende maatregelen te nemen om hun jaarlijkse emissiereductieverplichtingen na te leven? En zal de Europese Commissie haar belofte om rigoureus te gaan handhaven nakomen?[91] Voorts is er geen reden voor Nederland om op zijn lauweren te rusten: er zal veel inspanning moeten worden verricht om ook in de periode 2021-2030 de gestelde jaarlijkse emissiereductieverplichtingen na te komen.

Maar ook voor de naleving van de 2020-normen duiken interessante vragen op, met name indien we – op basis van de gegevens van het Europees milieuagentschap – uitgaan van de situatie dat Nederland zijn 2020-emissiereductieverplichting behaalt, terwijl één of meer andere lidstaten tekortschieten met hun binnenlandse maatregelen.

Indien andere lidstaten inderdaad tekortschieten met hun binnenlands beleid met betrekking tot het behalen van de voor hen geldende emissiereductiedoelstelling voor

87 Indien ik althans de rechterlijke overwegingen goed begrijp, zie p. 30 bovenaan, p. 31 onderaan van de bovengenoemde uitspraak van het Verwaltungsgericht Berlin.

88 P. 30 bovenaan, p. 31 onderaan van de bovengenoemde uitspraak van het Verwaltungsgericht Berlin.

89 High Court, Ireland, Friends of the Irish Environment v. Ireland, 2017 No. 793 JR, zie met name par. 105. Status: On appeal http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/

90 Zie met name par. 105 tot en met 116 van bovengenoemde uitspraak van de Ierse High Court.

91 Europese Commissie, Mededeling, De Europese Green Deal, COM/2019/640 final Brussel, 11 december 2019, p. 7: 'De Commissie blijft ervoor zorgen dat alle relevante wetgeving krachtig wordt gehandhaafd.'

met name het jaar 2019 of 2020, ontstaat specifiek voor Nederland immers de vraag of het juridisch gelegitimeerd zou zijn om het Nederlandse emissiereductieoverschot (de gerealiseerde emissiereductie bovenop hetgeen EU-rechtelijk verplicht is) over te dragen aan een andere lidstaat. Europeesrechtelijk is dat, zoals uitgelegd in paragraaf 3, een uitdrukkelijk geschapen mogelijkheid in de Lastenverdelingsbeschikking; nationaalrechtelijk gezien is de mogelijkheid van overdracht echter niet zo zeker in het licht van de *Urgenda*-uitspraak. Het rechterlijk bevel bevat geen precieze uitleg hoe de emissiereductie van minimaal 25% in 2020 moet worden gezien in het licht van het geldende EU-recht, in het bijzonder van de flexibiliteitsregelingen in de Lastenverdelingsbeschikking.[92] In het bevel staat dat 'het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen' zodanig dient te worden beperkt dat 'dit volume aan het einde van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990.'[93] Tekstueel gezien wordt niet verboden om het in Nederland gerealiseerde overschot over te dragen aan een andere lidstaat; de vraag is echter of zo een overdracht rechtdoet aan de geest van de uitspraak. De overdracht zou wel passend zijn in het licht van de Lastenverdelingsbeschikking, omdat deze uitdrukkelijk uitgaat van de flexibiliteitsmogelijkheden, inclusief overdracht tussen lidstaten. Alleen een precieze rechterlijke uitspraak kan hier uitsluitsel verschaffen.

Voorts leidt het bereiken van een Nederlands overschot in de naleving van de emissiereductieverplichting voor 2020 nog tot een tweede belangrijke vraag, namelijk of Nederland het gerealiseerde overschot aan emissiereducties wenst te annuleren, zoals Zweden reeds heeft gedaan. De consequenties van zo een annulering moeten nog verder worden doordacht in EU-perspectief. Vermoedelijk zal de EU een extra reductie bereikt door een lidstaat – die dan vervolgens wordt geannuleerd – meenemen in de beleidsmatige vaststelling of de EU als geheel op koers ligt voor 2020. Het kan zich dan voordoen dat gelet op het totaal aan *feitelijk* gerealiseerde emissiereducties de EU als geheel wel aan de 2020-doelstelling voldoet, maar dat op individueel niveau een staat tekortschiet vanwege een nalevingstekort met betrekking tot de individuele verplichting voortvloeiend uit het lastenverdelingsregime zonder dat deze is gecompenseerd. Misschien zou de Europese Commissie die lidstaat dan via een handhavingsactie (inbreukprocedure) willen aanzetten alsnog van de flexibiliteitsmogelijkheden gebruik te maken, maar indien de landen met een emissiereductieoverschot alle hun overschot zouden annuleren, dan kan de tekortschietende

92 Ik verwijs nogmaals naar de noot van Backes en Van Veen waarin wordt gesteld dat de EU-rechtelijke dimensie onderbelicht is; zie voorts M. Peeters, 'Case Note Urgenda Foundation and 886 Individuals vs The State of The Netherlands: The Dilemma of More Ambitious Greenhouse Gas Reduction Action by EU Member States', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (*RECIEL*) 2016, nr. 1, p. 123-129, DOI: 10.1111/reel.12146, en eerder met een uitleg van het Europese klimaatrecht: M. Peeters, 'Europees klimaatrecht en nationale beleidsruimte', *NJB* 2014/2109, p. 2918-2925.

93 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, *AB* 2015/336, m.nt. Chris Backes (*Stichting Urgenda/Staat der Nederlanden*), r.o. 5.1.

lidstaat feitelijk niet van deze hersteloptie gebruikmaken – en daartoe dus ook niet verplicht worden.[94]

Voor de lange termijn heeft de Nederlandse regering de Tweede Kamer reeds laten weten dat Nederland niet bereid is emissiereductietekorten van Polen – dit land stelt zich vooralsnog op het standpunt klimaatneutraliteit in 2050 niet te willen gaan implementeren – te gaan compenseren.[95] Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat Nederland dus – politiek gezien, althans volgens de opvatting van de huidige regering – het overschot niet ter beschikking wil stellen aan tekortschietende lidstaten, althans niet aan Polen. Het jaar 2050 is echter nog ver weg. De volgende periode met emissiereductieverplichtingen start reeds in 2021, en voor de periode tot 2030 ligt er dus de beleidsvraag of Nederland een eventueel jaarlijks emissiereductieoverschot dat het eventueel zou bereiken onder de inspanningsverdelingsverordening zou willen overdragen aan een tekortschietende lidstaat. Tegelijkertijd rijst ook de vraag of Nederland, indien niet wordt voldaan aan een jaarlijkse emissiereductieverplichting, dan inderdaad van een andere lidstaat een overschot wil of kan overnemen.[96] Daarbij speelt het volgende. Voor de heel korte termijn is Nederland, voor de naleving van de voor 2020 geldende hernieuwbare-energiedoelstelling, afhankelijk van de bereidwilligheid van andere lidstaten om een eventueel overschot in de naleving dat zij hebben bereikt over te dragen aan Nederland.[97] De praktijk zal leren of Nederland aanloopt tegen de omstandigheid dat er minder bereidheid zal bestaan bij andere lidstaten om Nederland te helpen in het hernieuwbare-energienalevingstekort, als Nederland andersom lidstaten immers niet *kan*[98] of wil helpen met het overdragen van het surplus aan emissiereductie.

Voor dergelijke overdrachten van een nalevingssurplus – ook voor de periode 2021-2030 zoals geregeld door de Lastenverdelingsverordening – lijkt voorts cruciaal dat de Europese Commissie bereid is de gestelde lidstatelijke doelstellingen te handhaven: indien die handhaving niet plaatsvindt, verdwijnt een impuls voor tekortschietende lidstaten om de emissiereductieoverschotten van andere lidstaten over te nemen. Bovendien: indien de Europese Commissie zou nalaten tekortschietende lidstaten ter

94 Daarmee rijst ook de vraag of het annuleren van emissieoverschotten in alle gevallen Europeesrechtelijk gezien geoorloofd is. Uiteindelijk zal dit door het Hof van Justitie beantwoord moeten worden.

95 Zoals hierboven reeds genoemd: Europese Raad, *Kamerstukken II* 2019/20, 21501-20, nr. 1508.

96 Overigens zal dit mede afhankelijk zijn van een eventuele aanscherping van de Europese doelen voor het jaar 2030, zoals hiervoor beschreven.

97 Na het afsluiten van het onderzoek voor dit hoofdstuk verscheen op 19 juni 2020 een persbericht waarin wordt bekendgemaakt dat 'Denemarken 8 tot 16 terawattuur (TWh) hernieuwbare energie' overdraagt aan Nederland, 'waarvoor een passende vergoeding wordt betaald'. Zie daarvoor: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/06/19/nederland-en-denemarken-sluiten-overeenkomsten-over-energiesamenwerking-en-statistische-overdracht.

98 Als dat inderdaad de juiste lezing of consequentie is van de *Urgenda*-uitspraak. Dit moet eventueel in een vervolgprocedure bevestigd worden.

verantwoording te roepen, dan wordt daarmee, heel fundamenteel, het uitgangspunt van de *rule of law*, als fundamentele basis van de Europese Unie, aangetast.[99]

Tot slot: de coronacrisis is waarschijnlijk de nare oorzaak waarom lidstaten – die met een nalevingsprobleem voor hun doelstelling voor 2020 kampen – uiteindelijk toch nog aan hun emissiereductieverplichting onder de Lastenverdelingsbeschikking kunnen voldoen. De cijfers zullen dat moeten uitwijzen. Tegelijkertijd moet onmiskenbaar een belangrijke les worden geleerd: de ervaring tot dusver met de periode 2013-2020 laat helaas EU-wijd geen optimistisch beeld zien waar het gaat om het nalevingsgedrag van een aantal lidstaten. En specifiek voor Nederland wordt het spannend of in deze nieuwe periode een correct nalevingsgedrag wordt bereikt, al dan niet met gebruikmaking van de flexibiliteitsopties zoals geboden door het Europese klimaatrecht. Bovendien zal dat nalevingsgedrag extra spannend kunnen worden indien de doelen voor 2030 inderdaad worden aangescherpt.

99 Art. 1 Verdrag Europese Unie; in de Nederlandse versie staat ‘rechtsstaat’, in de Engelse versie ‘*rule of law*’.

17 Are the legal regimes concerning climate taxation and other pricing mechanisms fit for realizing the 2030 emission reduction aims?

Stefan Weishaar[1]

Abstract

The European Union has strong Climate Change ambitions. In order to achieve climate neutrality in the long run, significant emission reductions must be realized. The ambition is to reduce emissions by 50%-55% below 1990 levels by 2030. This chapter examines if the EU law regimes concerning Emissions Trading and climate taxation are fit for realizing the 2030 emission reduction aims. It pays particular attention to the ability of the legal framework to incentivize climate transition, competitiveness and carbon border adjustments. It also examines carbon taxation.
The paper shows that the 2018 reforms intended to prepare the EU for 2030 are insufficient to meet the more ambitious targets. The EU ETS is ill equipped to deliver the necessary investment incentives and the thus far successful safeguards for competitiveness will come under pressure as industry needs to make stronger contributions to decarbonisation. Carbon border adjustments are important but will require lengthy political negotiations. Also the Energy Tax Directive needs to be revised and get a stronger environmental steering effect.

1 Introduction

The European Union has the ambition to be a global leader in Climate change and has for decades been taking ever more ambitious policy actions also and especially until 2030 and beyond till 2050. There are alarming reports that the Nationally Determined Contributions (NDCs) are grossly insufficient and falling short and that the World needs to reach net-zero emissions by the second half of the century to limit temperature increases to 1.5 degrees Celsius.[2]

The European ambition for the next decade is also not in line with its 2050 target and neither with the target to contain global warming to 1.5 degrees nor 2 degrees Celsius as contained in the Paris Agreement.[3] Post 2030 reduction efforts will need

1 Stefan Weishaar is professor of Law and Economics at the University of Groningen.
2 IPCC (2018) Global Warming of 1,5 C – *An IPCC Special report on the impacts of global warming, Summary for policy makers.* See also UNEP (2019), The Emissions Gap Report 2019, section 3.3.
3 I4CE and Enerdata (2018) Mind the gap: Aligning the 2030 EU climate and energy policy framework to meet long-term climate goals, available at: www.i4ce.org/

to be intensified. Back in 2014 the European Council agreed on the 2030 climate and energy framework and specified its 2030 targets.[4] These were submitted to the UNFCCC in the form of EU's NDCs where the EU pledged a binding greenhouse gas reduction of at least 40% below 1990 levels by 2030.[5] The Council conclusion only established a 27% renewable energy consumption targets in 2030 (binding at EU level) and an indicative target of 27% energy efficiency improvement in 2030 but these were subsequently strengthened.

The 2030 framework consists of an EU ETS amendment[6] which strengthens the linear reduction factor to attain a reduction of 43% and establishes the Market Stabilization Reserve; a recast of the Renewable Energy Directive[7] which raised the renewable energy consumption target to 32% and introduced transport sub-targets; the Energy efficiency Directive[8] which increased the energy efficiency targets for 2030 to at least 32.5%; it strongly intensifies the ambition of the Effort Sharing Decision[9] of attaining a collective 10% emission reduction for non-ETS sectors by the Effort Sharing Regulation (ESR)[10] which sets binding targets for EU Member States to reduce GHG emissions in the non-ETS sectors (such as transport, buildings and heat) by on average 30% below 2005 levels by 2030 in accordance with the principles of fairness, cost-effectiveness and environmental integrity.[11] Moreover, the Regulation for the land use, land use change and forestry ('LULUCF') lays down the rules for the accounting of emissions and removals from LULUCF and for checking

download/mind-the-gap-aligning-the-2030-climate-and-energy-policy-framework-to-meet-long-term-climate-goals/.

4 The European Council Conclusions 24 October 2014, EUCO 169/14.

5 See submission by Latvia and the European Commission on behalf of the European Union and its Member States, *Intended Nationally Determined Contribution by the European Union and Its Member States,* 6 March 2015, at: www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/European%20Union%20First/LV-03-06-EU%20INDC.pdf. This is to be achieved without using international offsets but by permitting land use, land-use change and forestry measures.

6 Directive (EU) 2018/410 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2018 amending Directive 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments, and Decision (EU) 2015/1814, *OJ* L 76, 19.3.2018, p. 3-27.

7 Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources, *OJ* L 328/82, 11.12.2018.

8 Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency *OJ* L 328, 21.12.2018, p. 210-230.

9 Decision 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the effort of the Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020, *OJ* L 140, 5.6.2009, p. 136.

10 Regulation (EU) 2018/842 of the European Parliament and the Council of 30 May 2018 on binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030 contributing to climate action to meet commitments under the Paris Agreement and amending Regulation (EU) No 525/2013 (*OJ* L 156, 19.6.2018, p. 26).

11 Regulation (EU) 2018/842, Article 4.

the compliance of Member States with those commitments from 2021 to 2030.[12] The Regulation on the Governance of the Energy Union and Climate Action covers planning, reporting and monitoring of greenhouse gas emissions and obliges Member States to adopt integrated National Climate and Energy Plans (NCEPs).[13] In preparation of the 4th trading phase the free allocation rules were adopted[14] and rules for the operation of the innovation fund established[15] and the carbon leakage list has been updated.[16]

The reviews of 2018 might have given rise to the assumption that the Climate policy and the EU ETS in particular would be fit for 2030 but climate change has evolved to a more dynamic policy field and more action is required. Adaptations are made possible by the various provisions mandating regular reviews.

Shortly before the UN COP25 Climate Change Conference the European Parliament approved a resolution declaring a climate and environmental emergency and calling upon von der Leyen to include a 55% greenhouse gas emissions reduction target by 2030 in the European Green Deal.[17] The New European Commission was approved by the Parliament on the 27th November 2019 and seeks to propose its European Green Deal within the first 100 days in office.[18] The European Green Deal envisages climate neutrality by 2050, something that was already proposed by the European

12 Regulation (EU) 2018/841 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the inclusion of greenhouse gas emissions and removals from land use, land use change and forestry in the 2030 climate and energy framework, and amending Regulation (EU) No 525/2013 and Decision No 529/2013/EU 19.6.2018, *OJ* L 156/1.

13 Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, Article 9. See also the chapter by Akerboom/Peters in this volume (hoofdstuk 15).

14 Commission Delegated Regulation (EU) 2019/331 of 19 December 2018 determining transitional Union-wide rules for harmonised free allocation of emission allowances pursuant to Article 10a of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C/2018/8664, *OJ* L 59, 27.2.2019, p. 8-69.

15 Commission Delegated Regulation (EU) 2019/856 of 26 February 2019 supplementing Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council with regard to the operation of the Innovation Fund. C/2019/1492, *OJ* L 140, 28.5.2019, p. 6-17.

16 Commission Delegated Decision (EU) 2019/708 of 15 February 2019 supplementing Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council concerning the determination of sectors and subsectors deemed at risk of carbon leakage for the period 2021 to 2030, C/2019/930, *OJ* L 120, 8.5.2019, p. 20-26.

17 European Parliament Press Release (2019) The European Parliament declares climate emergency, Press Releases, 29-11-2019. The resolution also requests the Commission to ensure that all relevant legislative and budgetary proposals designed to limit global warming to under 1.5 °C.

18 Von der Leyen (2019), 'A Union that strives for more, My agenda for Europe', Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024, p. 5.

Commission in 2018[19] but the European Council did not endorse it due to the opposition of Poland, Hungary and Czechia.[20]

Key components of the European Green Deal include the extension of the EU ETS to cover maritime transportation, construction and traffic and to reduce the free allowances to airlines over time.[21] It proposes a review of the Energy Tax Directive and to avoid carbon leakage by introducing Carbon Border Taxes for specific sectors and to extend these over time. The overall European Union emission reduction target for 2030 should at least be 50% and a plan for a 55% reduction will be put forward.

Most recently, the Commission presented its draft proposal for establishing the framework for achieving climate neutrality.[22] It obliges the Commission to review the Union's 2030 targets by September 2020 in light of the carbon neutrality objective and set a 2030 reduction target between 50%-55% below 1990 and to assess which legislation would need to be amended by 30 June 2021.[23]

Despite all the legislative measures and the strong ambitions, the effective implementation of all Climate, energy and mobility targets that are currently mandated by EU law could lead to GHG reductions of around 45% in 2030 compared to 1990 levels.[24] This means that more action must be undertaken.

As indicated above, the EU Climate change policy covers several greenhouse gases and economic sectors and various policy instruments ranging from command and control type of regulation to carbon pricing instruments such as fiscal measures and Emissions trading. This contribution examines if the EU law regimes concerning the European Emissions trading system and climate taxation are fit for realizing the 2030 emission reduction aims. It does so by first examining the EU ETS in section 2 with regard to incentivizing a climate transition and competitiveness and carbon

19 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, A Clean Planet for all A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy, COM/2018/773 final, Brussels, 28.11.2018.

20 European Parliament Press Release (2019).

21 Von der Leyen 2019, p. 5.

22 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM(2020)80 final, Brussels, 4.3.2020.

23 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM(2020)80 final, Brussels, 4.3.2020, Article 2(3) and 2(4).

24 Report from the Commission to the European Parliament and the Council, Preparing the ground for raising long-term ambition, EU Climate Action Progress Report, COM(2019) 559 final of 31.10.2019, p. 3.

border tax. Subsequently carbon taxation in the form of the Energy Tax Directive is addressed briefly in section 3. A conclusion highlights the main points.

2 EU ETS

When examining if the EU ETS is fit for reaching the 2030 target, we need to examine if the EU ETS can be expected to realize its objectives. The primary objectives of the EU ETS is to reduce emissions and to do that in a cost-effective and economically efficient manner.[25] Moreover the recital of the EU ETS Directives state that the system seeks to encourage the use of more energy-efficient technologies[26] but this objective is not addressed again in the remainder of the Directive. Increasingly expectations seem to emphasise that the EU ETS should support and accelerate the transition towards a low carbon economy, support competitiveness while mitigating negative societal and justice concerns. The latter element is something it shares with other environmental instruments such as environmental taxation.
Because environmental integrity is achieved via cap-setting and efficiency is created by trading emission allowances, this section only examines if the EU ETS is fit for 2030 with regard to incentivizing the transition of the economy (section 2.1) and if it can safeguard competitiveness (section 2.2).

2.1 Incentivizing Transition

The preceding section has indicated that the Union's policy ambitions under the European Green Deal are not yet clearly defined, neither at the Union level, Member State level nor at the level of policy instruments and that clarity on this is expected by the end of June 2021. Consequently at this stage it also remains unclear how the current – 43% emission reduction target below 2005 levels is going to be intensified in light of the Green deal ambitions and which forms the sharpening of a target will take. It does, however, appear certain that the ETS targets will be sharpened as well because the ETS sectors account for roughly 45% of the EU's emissions and therefore will have to contribute towards meeting the Green deal ambitions.
In order to reach the overall reduction target, a transition of the economy is necessary. Low hanging fruits may already have been harvested and companies are incentivised by a sufficiently high (expected) emission allowance price to invest in abatement technology. Since international offsets are not available in phase 4, this means that the price for emission allowances must give sufficient incentive for investments. One might think that setting ambitious targets would be enough to give rise to long-term increases in allowance prices which in turn would induce investments in abatement technology. An examination of the history of the EU ETS unfortunately shows that this is not the case.

25 Article 1 Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003, *OJ* L 275 25.10.2003, p. 32.
26 Recital 20 of Directive 2003/87/EC.

The history of the EU ETS is characterised by both ambitious targets and prolonged periods of low allowance prices and it may therefore be questioned if that is enough to incentivise investors. During the first trading period (2005-2007) there was over allocation and prices plummeted. The problem was addressed at the inception of the second trading phase (2008-2012) once adequate data was available and Member States' National Allocation Plans (NAPs) had been corrected.[27] Initial allowance prices were high but soon fell again as a result of the global economic crisis, increased use of offsets as well as the sale of allowances contained in the new entry reserve and gave rise to a prolonged excess supply situation.[28,29] Allowance prices remained low during phase 2 and the excess supply spilled over to the third trading phase (2013-2020) due to banking. Allowance prices were too low to bring about a transition of the economy.

As a measure to cure excess supply situations the annual reduction factor was increased to 2.2%[30] and it was decided to introduce a market stability reserve (MSR).[31] Both elements were adopted in the reform process for the 4th trading period (2021-2030) and are described in Directive 2018/410.[32] The MSR[33] reduces surplus allowances from the market whenever they exceed 833 million tons. 12% of these surplus allowances are brought into the reserve and once the market surplus has decreased to 400 million allowances, they are released in batches of 100 million back into the market. Directive 2018/410 strengthened the system by temporarily doubling the feed-in rate of allowances into the MSR to 24% between 2019 and until 31st December 2023.[34] From 2023 onwards the size of the MSR is capped at the num-

27 D. Ellerman & B. Buchner, 'Over-allocation or abatement? A preliminary analysis of the EU ETS based on the 2005-06 emissions data', *Environ. Resource Econ*. 2008, 41, p. 267-287, p. 272ff.

28 C. Kettner, 'The EU emission trading scheme: first evidence on Phase 3', in: L. Kreiser, M. Skou Andersen, B. Egelung Olsen, S. Speck, J.E. Milne & H. Ashiabor (eds.), *Carbon Pricing – Design, Experiences and Issues*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, p. 63-75.

29 This text distinguishes between over-allocation and surplus (over supply). The former denotes a situation where more allowances than needed were allocated to market participants. The latter describes a situation where there are too many allowances are available on the market and hence allowance prices are low.

30 COM(2014) 15 final, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030.

31 COM(2014) 20/2, Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and amending Directive 2003/87/EC. Decision (EU) 2015/1814 of the European Parliament and of the Council of 6 October 2015 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and amending Directive 2003/87/EC (*OJ* L 264, 9.10.2015, p. 1).

32 Directive (EU) 2018/410.

33 Decision (EU) 2015/1814.

34 Article 2 of Directive 2018/410.

ber of allowances equivalent to the auction volume of the preceding year – any excess allowances will be cancelled unless decided otherwise in a review process.[35] This means that large stocks of excess allowances will not be rolled over year after year and that the market price is supported by reducing the overall expected quantity of allowances to come onto the market at times the market is generally long.
The system is designed to mitigate prolonged excess supply situations. Reductions in allowance demand are likely to stem from various directions: an economic downturn resulting from Covid-19, coal phase out, from Member State policies under their National Energy and Climate Plans if they affect the EU ETS, as well as from the renewable energy and energy efficiency targets.

It is perhaps still too early to have a reliable prediction about the economic effects of Covid-19 but it is suggested that the effects will be worse than the financial economic crisis of 2008/2009 and be in the order of magnitude of 5% for the Euro zone (and 8% for the Netherlands).[36] This will have strong impacts for greenhouse gas emissions as well.[37] Moreover several Member States have made advances in the area of a coal phase out.[38] Coal is responsible for a significant portion of emissions covered by the EU ETS and reduction in the use of coal will also significantly reduce allowance demand for the EU ETS.[39]
Despite the accelerated intake of allowances (at a rate of 24% until 2023) into the MSR and provided that allowances exceed 833 million (this represents roughly 50% of the 2018 verified emissions)[40] will imply that the EU ETS market will be long for several years during the 4th trading phase (2021-2030) and consequently have a relatively low carbon price. This is exacerbated by the economic downturn and the impacts of flanking policies such as the coal phase out or increases in the renewable energy and energy efficiency etc. Yet in a market based policy instrument it is in particular the market price that creates incentives for investments and is critical to a successful economic transition.

In order to increase the effectiveness of the EU ETS to stimulate both transition and emission reductions, the enhanced intake of the MSR should not be allowed to be phased out but should be prolonged and increased. This would reduce the time the EU ETS needs to reduce allowance supply and offer more incentives for investment in abatement technology. Review points for the MSR are scheduled for 2021 and

35 Article 2 of Directive 2018/410.
36 'Nederlandse economie kan dit jaar met 8% krimpen, denken analisten van ING', www.businessinsider.nl/nederlandse-economie-kan-dit-jaar-met-8-krimpen-denken-analisten-van-ing/.
37 PBL, P. Boot, *De invloed van de Coronacrisis op de Nederlandse broeikasgasemissies in 2020*, 24 april 2020.
38 G. Rentier, H. Lelieveldts & G.J. Kramer, 'Varieties of coal-fired power phase-out across Europe', *Energy Policy* 2019, vol. 132, p. 620-632.
39 According to Article 12.4 Directive 2003/87/EC, in the event of closure of electricity generation capacity Member States may (not shall) cancel allowances.
40 2019 state of the EU ETS report, Table 1.

2026 and these opportunities should be taken serious for establishing an effective response system to provide adequate degrees of allowance scarcity.
In addition to a quantity response, a price support scheme could help to give a long term price indication and prevent the flooding of a market that is long. It has frequently been suggested that an auction reserve price which would cancel any allowances that are not auctioned would be very well suited to provide this function because at least 57% of allowances will be auctioned in phase 4. It is also legally easily implementable.[41] The Commission is, however, strongly opposed to introducing a pricing element to something it exclusively perceives as a quantity based instrument. It can therefore be concluded that market transition is driven by an adequate market price and that the scarcity of EU ETS allowances is under pressure from many directions. Legislative changes are needed to safeguard the effectiveness of the system.

2.2 Safeguarding competitiveness

Competitiveness concerns are at the fore front of covered industry concerns and unsurprisingly are also important considerations for policy makers. This passage will first describe how competitiveness is addressed in period 4 and how problematic this is in light of the more ambitious 2030 reduction goals. Subsequently the important challenge of carbon border taxes is addressed.

Addressing competitiveness
As was the case in previous trading phases, also in phase 4 there are several safeguards. The main approach to carbon leakage is free allocation. Free allocation reduces costs for covered entities that are unable to pass allowance costs on through the supply chain. Free allocation is done on the basis of benchmarks. Even though auctioning further increases between 2021 and 2030, sectors less exposed to carbon leakage will still benefit from limited free allocation. Installations in these less exposed sectors will receive 30% free allocation between 2021-2026, thereafter free allocation is reduced and phased out by 2030.[42] The list of installations eligible for free allocation and the benchmarks for free allocation will be updated twice during phase 4.[43] By contrast sectors that are energy-intensive and at the highest risk of carbon leakage will be allocated allowances for free.[44] These sectors and subsectors are identified in the so called carbon leakage list.

41 C. Fischer, L. Reins, D. Burtraw, D. Langlet, A. Löfgren, M. Mehling, S.E. Weishaar, L. Zetterberg, H. van Asselt & K. Kulovesi, *Case for an Auction Reserve Price in the EU Emissions Trading System*, CESifo, Munich, 2019 CESifo Working Paper No. 7903, and S.E. Weishaar, 'Fault lines between fees and taxes – legal obstacles for linking', in: L. Kreiser, M.S. Andersen, B. Egelund Olsen, S. Speck, J.E. Milne & H. Ashiabor (eds.), *Carbon Pricing: design, experience and issues*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, p. 32-45. (Critical issues in environmental taxation; vol. 15).
42 Article 1(15.4) of Directive 2018/410.
43 Article 1(14b) of Directive 2018/410.
44 Articles 1(13a) and 1(15) of Directive 2018/410.

In comparison to the previous list, in the Carbon Leakage List for period 4 the number of eligible sectors and sub-sectors have significantly been reduced: from 175 sectors and subsectors[45] to 63 sectors[46]. While this might seem like an impressive reduction at first sight its impact is rather marginal as 94% of industrial emissions are expected to be covered – a mere 4% reduction over the previous Carbon Leakage List.[47] Firms that enter the market can benefit from a special new entrance reserve.[48]

Competitiveness is also undermined by costs of greenhouse gas emissions that are passed on in electricity prices, so called 'indirect emission costs'. Article 10a(6) of the ETS Directive enables Member States to compensate companies in sectors or subsectors that are deemed to be exposed to a significant risk of carbon leakage for 'indirect emission costs'. State aid guidelines permit the granting of aid for 20 sectors and subsectors.[49] Since these guidelines will expire on 31 December 2020, they are currently under review. The consultation period for the draft guidelines was completed early March 2020. The draft guidelines continues to allow Member States to compensate up to 75% of the indirect costs incured by the undertakings but reduces the list of eligible sectors and subsectors as being exposed to a genuine risk of carbon leakage to indirect emission costs to 8.[50] The new guidelines are expected to be finalized in the third quarter of 2020.
The European competitiveness is also improved by targeting low-carbon innovation and energy sector modernisation. This is achieved via the Innovation fund that will extend the existing NER 300 fund. The modernisation fund will support the power sectors and energy systems in carbon dependent regions in lower-income Member States.[51] Around 2% of the total quantity of allowances between 2021 and 2030 will be auctioned to establish this fund to improve energy efficiency and modernise the

45 Commission Decision 2014/746/EU of 27 October 2014, determining, pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, a list of sectors and subsectors which are deemed to be exposed to a significant risk of carbon leakage, for the period 2015 to 2019, OJ L 308/114, 29.10.2014.

46 Commission Delegated Decision (EU) 2019/708.

47 Adoption of the Delegated Decision on the carbon leakage list for 2021-2030, 15/02/2019, available at: https://ec.europa.eu/clima/news/adoption-delegated-decision-carbon-leakage-list-2021-2030_en.

48 Article 1(14g) of Directive 2018/410.

49 See Annex II of Communication from the Commission, Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post-2012, (SWD(2012) 130 final), (SWD(2012) 131 final) 2012/C 158/04 of 5.6.2012.

50 Consultation document, Communication from the Commission Guidelines on certain State aid measures in the context of the system for greenhouse gas emission allowance trading post 2021, para 26 and Annex I, available at: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_ets_stateaid_guidelines/index_en.html.

51 Annex IIb and Articles 1(14h) and 1(16) of Directive 2018/410.

energy systems of certain Member States.[52] The Modernization fund's implementing act will be produced by the Commission in 2020.[53]

Given the various support schemes (funds and state aid for indirect emissions) and the wide scope of sectors and sub-sectors that are falling under the carbon leakage list and the low level of allowance prices, and perhaps in contrast to what one could have been expecting, the EU ETS has led to a statistically significant increase in revenue and fixed assets of covered entities.[54] The EU ETS has led to no negative impacts of economic performance of companies or impaired the competitiveness of European industry.[55] This may be taken as an indication that the carbon leakage measures safeguarding competitiveness of European industry are working effectively.

A close look at the verified emissions data and the long term climate objectives of 2030 and beyond, however, paints a different picture. Verified emissions have decreased over time in the area of combustion (e.g. energy generation) and are likely to continue to fall there in light of the increased ambitions for energy efficiency, RES targets, and coal-phase out. Yet emission reductions in the area of industrial emissions have been marginal. It can be expected that also the industrial sector will need to start to contribute to emission reductions and the free allocation for energy intensive trade exposed sectors may need to be reduced – certainly if a net zero emission goal is to be approached in the long run. This will put more pressure on sectors that are susceptible to carbon leakage at high allowance prices.

Thus even though the competitiveness of industry has not been undermined by the EU ETS, it is likely that this would change in the future. The current ways of supporting industry via free allocation and financial support may outlive their feasibility as actual emission reductions are demanded from industry. Therefore it is critical that the EU ETS moves towards new carbon leakage approaches. These will be discussed in the next section.

Carbon border tax

The European Green Deal does indeed envisage a carbon border tax that should be fully compliant with WTO rules and start with a number of selected sectors and gradually be extended.[56] Independent of the legal compliance with WTO rules, unilateral action by the EU could easily lead to conflicts with trading partners and result in the proliferation of trade restrictions that could affect vulnerable sectors. Moreover, unilateral action by the EU could lead to disputes addressing border adjustments but also carbon leakage support measures (such as free allocation or financial support)

52 Article 10d of the EU ETS Directive, as amended by Directive (EU) 2018/410.

53 See M. Cătuţi & M. Elkerbout, 'The opportunities of the Modernisation Fund for the energy transition in Central and Eastern Europe', *CEPS policy insights*, 2019-09 June 2019.

54 A. Dechezleprêtre, D. Nachtigall & F. Venmans, 'The joint impact of the European Union emissions trading system on carbon emissions and economic performance', *OECD Economics Department Working Papers,* No. 1515, 14 December 2018, paragraph 108.

55 Dechezleprêtre, Nachtigall & Venmans 2018, paragraph 109.

56 Von der Leyen 2019.

and could drag on for several years. This could translate into regulatory uncertainty for covered entities and discourage them from investing in abatement technology. Political dimensions are therefore critical.

It is not yet clear which design the 'carbon border tax' envisaged by the green deal will have. Three different proposals for border measures have been discussed by policy makers on several occasions.[57] These proposals focus on incorporating imports into the EU ETS rather than to introduce an actual tax measure that would necessitate unanimity at the Council.

Despite the fact that the WTO has the most active international dispute settlement body with more than 595 disputes and 350 rulings[58], and despite substantial academic scrutiny[59], designing a border adjustment measure is a tremendous challenge. Substantial legal uncertainty remains.

Both imports and exports can be adjusted at the border. Inclusions of imports in an ETS would mainly fall under the Most Favourite Nations and the National Treatment rules while adjustments for exports would be falling mainly under subsidy rules.

Adjustments are possible for indirect taxes[60] but there is debate on how an ETS is to be qualified under WTO rules: if it constitutes a tax or a charge or a domestic regulation.[61] If an ETS constitutes a tax or a charge it is adjustable at the border if the burden is the same for like domestic products[62], measures can thus be at odds with WTO rules if they exceed domestic tariffs or if they constitute quantitative restrictions.

If the EU ETS constitutes a domestic regulation rather than a tax, it must be examined if products that differ with regard to the carbon intensity of their production process are 'like products'. Treating 'like products' less favourable would violate the most favourite nations and national treatment rules and would need to be justified under the environmental derogation of Article XX(g) of GATT.

There is a trend in WTO jurisprudence away from the 'product-process' doctrine which viewed distinctions between products on non-product related characteristics (such as process or production methods) as illegal per-se. The jurisprudence moves towards the acceptance of non-product related process and production methods

57 See M. Mehling, H. van Asselt, K. Das, S. Droege & C. Verkuijl, 'Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action', *The American Journal of International Law* 2019, vol. 113.3, p. 433-481, p. 449.

58 See https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

59 See S. Monjon & P. Quirion, 'How to design a border adjustment for the European Union Emissions Trading System?', 2010 38 *Energy Policy* 5199. On the legal aspects see K. Holzer, *Carbon-Related Border Adjustment and WTO*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014 and A. Pirlot, *Environmental Border Tax Adjustments and International Trade Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017.

60 Article XVI(4) GATT and Article 3 SCM.

61 K. Holzer, 'Emissions Trading and WTO Law', in: S.E. Weishaar, *Research Handbook on Emissions Trading*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, p. 342 and J. de Cendra, 'Can Emissions Trading Schemes be coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO Law', 2006 Vol. 15(2) *RECIEL*, p. 136.

62 GATT III.2.

(npr-PPM) provided they are origin neutral.[63] Likeness of products is often assessed by reference to the sentiments of consumers or other market participants. Yet it might be conceivable that end-consumers behave differently than professional purchasers working at companies that are seeking to maximise profits. In other words there might be a difference between consumers regarding tuna to be different from dolphin-safe tuna (tuna harvested in a dolphin safe manner) and car manufacturers or other businesses having to decide between purchasing large quantities of steel with or without a significant carbon footprint.

More often than not, no solid conclusions can be drawn with regard to carbon border adjustments simply because the lines of argumentation have not yet been judged upon. Carbon border adjustments have not yet been tried[64] out nor brought before the WTO. But there are also many things that we do know and that can be used as input for designing a border adjustment measure.

It is for example expedient to design a carbon border tax adjustment already with a potential defence under Article XX of the GATT in mind. It is also expedient to avoid additional complications under the Agreement on the Technical barriers to Trade or the Agreement on the Subsidies and Countervailing Measures e.g. by only focussing on imports rather than on exports. Measures should not discriminate between countries where the same conditions prevail.[65] It should also not allow for differentiation of imports by country of origin. Measures should not be a disguised protectionist instrument by for example treating imported goods less favourable than domestic goods. Importantly measures should not coerce other countries to adopt its standards but permit the adoption of a program that is comparable in effectiveness, so the border adjustment measure should be receptive to other standards.[66] The measures should satisfy conditions of basic fairness and due process, have a phase in period which would allow other countries to adapt and design and introduce their own 'comparable actions'.[67] In order to avoid 'arbitrary and unjustifiable discrimination' (as required under the Chapeau of Article XX GATT) it would be useful to examine if other less trade restrictive means than border adjustments were available. This could be done for example by serious, good faith efforts to negotiate with trading partners to reach an international agreement.[68] Mehling et al. (2019) suggest that benchmarks reflecting average performance or best available technology rather than actual carbon content of the imported product should be considered.[69]

All in all, there are several pointers and growing concrete advice for the Commission on how to design their carbon tax measure. But given the high degree of political and economic importance of trade, a negotiation approach is likely to be a dominant albeit time consuming approach. In recent years regional trade agreements

63 Holzer 2014, p. 94 and 97.
64 With the notable exception of California. See M. Mehling et al. 2019, p. 455ff.
65 Holzer 2014, p. 167 ff.
66 Holzer 2014, p. 169.
67 Holzer 2014, p. 173.
68 Holzer 2014, p. 174, making reference to US-Shrimp case.
69 See Michael e.a. 2019.

have proliferated quickly.[70] This is a reflection of the cumbersome nature of trade rounds and undermines the importance of the WTO as a forum for trade negotiations. But perhaps regional trade agreements could be explored as an alternative route to create more legal certainty for European energy intensive trade exposed industry. One of the critical legal challenges of addressing the carbon leakage problem via the WTO framework is of course that the WTO Appellate Body has lost the necessary 3 member quorum to review appeals on 11 December 2019. This effectively stops the WTO's dispute resolution mechanism from fulfilling its tasks and challenges the rules-based trading system itself. A few WTO members (Australia, Brazil, Canada, Chile, China, Colombia, Costa Rica, EU, Guatemala, Hong Kong, Mexico, New Zealand, Norway, Singapore, Switzerland and Uruguay) have agreed to an interim solution under Article 25 DSU.[71] Former WTO Appellant body Members will serve to resolve appeals.

This section has shown that the legislative framework has thus far been effective in addressing carbon leakage and avoiding negative impacts on European industry. It has been argued that the current approach to protect industry via free allocation and financial support may become infeasible when also industry will need to contribute more to emission reductions to meet more ambitious goals. Introducing a carbon border tax is subject to legal uncertainty and in light of the political importance of trade will be time consuming. It is therefore expedient to pursue a negotiated approach, also in light of the current challenges to the WTO system, and follow an incremental approach (start with a few sectors and adding more over time) and to design a simple and workable rather than a perfect system. Such a system could seek to subdue imports to EU ETS benchmarks rather than to be an actual 'tax' measure.

3 Energy Tax Directive

The 2003 Energy Tax Directive (ETD)[72] sets minimum levels of energy taxation for energy products used as motor or heating fuel and electricity, to avoid harmful effects of tax competition between Member States while allowing Member States to apply higher national rates. The Commission's 2011 attempt to amend the ETD and to have it better reflect the energy and CO_2 content of energy products and to avoid overlaps between the ETD and the EU ETS, was eventually withdrawn in 2015 due

70 On the evolution of Regional Trade Agreements see www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.

71 Reuters, Philip Blenkinsop, EU, China and 14 others agree stop-gap fix for WTO crisis, March 27, 2020, available at www.reuters.com/article/us-trade-wto/eu-china-and-14-others-agree-stop-gap-fix-for-wto-crisis-idUSKBN21E2I0. Albeit initially interested Panama and South Korea have not joined the agreement. See IP/20/113, European Commission Press release, Trade: EU and 16 WTO members agree to work together on an interim appeal arbitration agreement, Brussels 24 January 2020.

72 Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity, *OJ* L 283, 31.10.2003, p. 51-70.

to Member State opposition.[73] The ETD is based upon (now) Article 113 TFEU on the harmonisation of indirect taxes and relies upon the special legislative procedure requiring unanimity in the Council.

In the European Green Deal, Van der Leyen proposes a review of the Energy Tax Directive as the Directive is not in line with current policy developments. The ETD does not ensure the EU-wide application of preferential tax treatments for renewables and is thus not designed to support the application of new commercially viable energy products and does not reflect the growing share and ambition of renewables in the energy mix.[74] It does not prevent double taxation of electricity stored and re-sold from storage facilities which is essential for the energy transition. The ETD does not sufficiently help to decarbonize the transport sector by for example incorporating preferential treatment for electricity supplied for vehicle charging stations, or by harmonizing the fragmented treatment of biofuels or by addressing tax exemptions for air travel and fuels supplied for EU maritime transport.[75]

The price signals of the ETD are incongruent when examining the CO_2 and energy content. ETD rates are too low to ensure decarbonisation of the power sector, to ensure the alignment with the EU ETS, or to contribute to the smooth functioning of the internal market.[76] Despite the poor environmental steering effect of the ETD, it nevertheless had an important price effect on the electricity prices that exceeded that of the EU ETS.[77]

4 Conclusion

This paper examined if the legal regimes concerning climate taxation and other pricing mechanisms are fit for realizing the 2030 climate ambitions. These ambitions are intensified substantially by the European Green Deal. It has been argued that the necessary market transition requires a strong price signal and allowance scarcity that is likely to be undermined by various factors including coal phase out, renewable energy policies, the economic downturn due to COVID-19 etc. The EU ETS is currently ill equipped to deliver the necessary investment incentives and a revision of the MSR and the examination of a reserve price auctioning system are suggested. It has been shown that the EU ETS has thus far been effective in safeguarding the competitiveness of energy intensive and trade exposed industry. This may, however,

73 Withdrawal of Commission proposals, *OJ* C 80, 7.3.2015, p. 17-23.

74 Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community Framework for the taxation of energy products and electricity, SWD(2019) 329 final, Brussels, 11.9.2019. p. 32ff.

75 SWD(2019) 329 final, p. 48.

76 SWD(2019) 329 final, p. 53-56.

77 S.E. Weishaar, 'Energy Taxes, Energy Prices and Competitiveness', in: M. Villar Ezcurra (eds.), *State Aids, Taxation and the Energy Sector*, Thomson Reuters Aranzadi 2017, chapter 5, as well as SWD(2019) 329 final p, 52.

change as industry would be necessitated to make stronger contributions to decarbonizing under the EU ETS and free allocation becomes infeasible. An approach to safeguard competitiveness lies in a carbon border tax or rather a carbon border adjustment. This poses legal uncertainty, especially now that the WTO Appellate Body is in crisis, require political negotiations and will take several years to resolve. Given the IPPC reports, time is essential.

Despite having made a substantial contribution to the energy price that exceeds the impact of the EU ETS, the Energy Tax Directive is not well designed to support the 2030 ambition and needs to be overhauled if it is to serve this objective. Several elements that need to be addressed have been identified. Attempts to give the ETD a stronger environmental steering effect have, however, been frustrated in the recent past. The most critical element in reforming the ETD is to satisfy the unanimity requirement in the Council – this may require political determination and potentially log-rolling. Overall it can be concluded that the 2018 reforms intended to prepare the European Union for attaining its 2030 are insufficient to meet the more ambitious targets.

DEEL IV
Adaptatie

18 Participeren moet je leren

Sanne Akerboom en Marleen van Rijswick[1]

Samenvatting

De mogelijkheid voor burgers en andere partijen om te participeren in overheidsbesluitvorming voor de mitigatie van en adaptatie aan klimaatverandering wordt steeds belangrijker. Met de introductie van de Omgevingswet en de afspraken rondom participatie voortvloeiende uit het Nederlandse Klimaatakkoord wordt participatie een centraal onderdeel van besluitvorming. Uit voorgaande participatieprocessen kunnen we enkele lessen leren: de inbreng van burgers moet serieus worden genomen, het moet duidelijk zijn waarover geparticipeerd wordt en welke vormen van participatie daarvoor geschikt zijn. In deze bijdrage gaan wij in op de theorie en juridische kaders rondom participatie, en bespreken wij aan de hand van twee casus, besluitvorming omtrent klimaatadaptatie en -mitigatie, welke lessen kunnen worden geleerd voor toekomstige participatieprocessen.

1 Inleiding

De samenleving ziet zich geconfronteerd met de noodzaak tot een transitie naar een duurzamere samenleving. Een belangrijke reden hiervoor is de wereldwijde verandering van het klimaat. De gevolgen van klimaatverandering zijn bekend: stijging van de temperatuur met meer hittestress en gevolgen voor biodiversiteit, voedselproductie en gezondheid, andere neerslagpatronen, periodes van droogte en extremere piekbuien, verhoogde rivierwaterafvoeren en een stijging van de zeespiegel, om maar een paar effecten te noemen. Voor Nederland betekent dit enerzijds het terugdringen van de broeikasgasemissies, hetgeen gevat kan worden onder klimaatmitigatie. Dit vraagt onder meer een verduurzaming van de energievoorziening en het energiegebruik. Naast het voorkomen of zo veel mogelijk verminderen van verdere klimaatverandering zal er ook rekening gehouden moeten worden met de gevolgen die klimaatverandering ondanks mitigerende maatregelen met zich meebrengt. Het gaat dan om de noodzaak tot het nemen van klimaatadaptatiemaatregelen: maatregelen die erop gericht zijn dat de samenleving zich aanpast aan de gevolgen van een veranderend

1 Sanne Akerboom is onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law en het Copernicus Instituut voor Duurzame Ontwikkeling, Universiteit Utrecht, project 'Energy in Transition' binnen 'Pathways to Sustainability'. Marleen van Rijswick is werkzaam als hoogleraar Europees en nationaal waterrecht bij het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht en beiden zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

klimaat.[2] Hierbij kan men denken aan maatregelen in het waterbeheer of verduurzaming van de stedelijke leefomgeving door deze meer klimaatbestendig te maken. De noodzaak tot het nemen van mitigatie- en adaptatiemaatregelen vloeit primair voort uit het veranderende klimaat en de noodzaak om hier adequaat op te reageren.[3] Vanuit juridisch perspectief vloeit de noodzaak voort uit internationaal overeengekomen verdragen (UNFCCC en Parijs enz.),[4] Europese regelgeving en beleid[5] en nationale regelgeving en beleid.[6] Concreet kunnen de doelstellingen voor 2030 als volgt worden samengevat:[7] ten eerste moet er 49% broeikasgasemissiereductie ten opzichte van 1990 worden behaald. Dit kan vanwege Europese afspraken opgehoogd worden tot 55%. Nederland verbindt zich daarnaast aan een aandeel hernieuwbare energie van 27%.[8] De doelstellingen voor klimaatadaptatie vloeien voort uit Europees beleid,[9] maar zijn met name terug te vinden in de Nationale

2 H.K. Gilissen e.a., 'De klimaatbestendigheid van de vitale infrastructuur beoordeeld vanuit juridisch-bestuurlijk perspectief. Over de verwachte effectiviteit van de verdeling van verantwoordelijkheden voor de beheersing van klimaatrisico's in de elektriciteits- en de internetsector', *NJB* 2015/1188; J.J. Akkerman & M.C. Brans, 'Toenemende hittestress, wateroverlast en droogte in de fysieke leefomgeving – Een juridische verkenning naar klimaatadaptatie in steden', *Tijdschrift voor Bouwrecht* (*TBR*) 2019/17; H.F.M.W Van Rijswick, L. Dai & R. Wörner, 'Hoe maken we Nederlandse steden regenbestendig? Klimaatbeleid in Amsterdam, Rotterdam en Utrecht', in: P. Huisman, R. Neerhof & F. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019.

3 P.P.J. Driessen e.a., *Beleids- en rechtswetenschappelijke aspecten van klimaatadaptatie* (KVK Rapport; nr. 040/2011 KVR Rapport; nr. 031/2011), Utrecht: Programmabureau Kennis voor Klimaat 2010.

4 http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

5 Richtlijn 2018/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 houdende wijziging van Richtlijn 2012/27/EU betreffende energie-efficiëntie; Richtlijn 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik uit hernieuwbare bronnen en Europese Commissie; Green Deal, COM(2019)640 final, p. 5.

6 Regeerakkoord Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, oktober 2017; Klimaatwet; Klimaatakkoord.

7 Voor een volledig overzicht zie de bijdrage van Akerboom en Backes in hoofdstuk 3 van deze bundel.

8 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, *Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan* 2021-2030, p. 35.

9 Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, Richtlijn 2007/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 over beoordeling en beheer van overstromingsrisico's, Groenboek 'Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie', COM(2007) 354 final; Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Witboek – Aanpassing aan de klimaatverandering: Naar een Europees actiekader', COM (2009) 147; Europese Commissie, 'Een EU-strategie voor aanpassing aan de klimaatverandering 2013', COM(2013)0216 final, p. 6; Europese Commissie, 'Evaluatie van de EU-strategie voor aanpassing aan de klimaatverandering', SWD (2018) 461 final, p. 62; Europese Commissie, 'Verslag

Adaptatiestrategie[10] en het Deltaprogramma dat zich richt op de bescherming tegen overstromingsgevaar, het waarborgen van voldoende zoetwater en op de klimaatbestendige inrichting van Nederland en is gebaseerd op de Deltawet, onderdeel van de Waterwet.[11] Het gaat dan om het bewoonbaar houden van het land, wat vraagt om het voldoen aan de waterveiligheidsnormen op grond van de Waterwet, het voorkomen van wateroverlast, hittestress en nadelige invloed op gezondheid en biodiversiteit. Het is duidelijk dat deze doelstellingen minder concreet zijn uitgedrukt, met uitzondering van de waterveiligheidsnormen.

Veel van de maatregelen die nodig zijn, zullen van invloed zijn op de leefomgeving van inwoners, of kunnen hen raken vanuit economisch of welzijnsperspectief. Er wordt dan ook niet voor niets gesproken in het voorgaande over de 'samenleving', die maatregelen dient te nemen. De vraag is hoe 'de samenleving' – publieke en private partijen – gaat zorgen voor een transitie naar een duurzame samenleving die op adequate wijze omgaat met het beperken van klimaatverandering en zich tegelijkertijd aanpast aan de gevolgen van klimaatverandering. Die vraag raakt aan twee aspecten: hoe is de verantwoordelijkheidsverdeling geregeld voor deze transitie waar het gaat om verantwoordelijkheden van private en publieke partijen? Wat dient de overheid te doen en welke maatregelen dienen private partijen zelf te nemen? Deze vraag raakt daarmee aan de reikwijdte van de publieke taak. Een vraag die daar nauw mee samenhangt, is hoe private partijen betrokken kunnen worden bij maatregelen die door of vanwege de overheid worden genomen ter uitvoering van het klimaatbeleid. Dit betreft het vraagstuk van participatie. Participatie is een belangrijk onderdeel bij de planvorming en uitvoering van bepaalde onderdelen van het klimaatbeleid, zoals voor mitigatie de overgang naar aardgasvrije wijken en hernieuwbare opwekking op land (via regionale energiestrategieën), waarbij het klimaatbeleid in belangrijke mate ziet op CO_2-reductie en bij adaptatie om de uitvoering van het hoogwaterbeschermingsprogramma en het Deltaprogramma met als voorbeelden van te nemen maatregelen het versterken van waterkeringen en het creëren van waterberging (zowel om overstromingen te voorkomen als om buffers aan te leggen voor perioden van droogte) en maatregelen in het stedelijk gebied. Deze bijdrage richt zich op dit laatste: in hoeverre kan participatie bijdragen aan de transitie naar een klimaatbestendiger

inzake de uitvoering van de EU-strategie voor aanpassing aan de klimaatverandering', COM(/2018)/738, p. 16. de droogtestrategie.

10 *Aanpassen met ambitie: Nationale klimaatadaptatie strategie (NAS)*, 2016. De NAS richt zich op negen sectoren: water en ruimte, natuur, landbouw, tuinbouw en visserij, gezondheid, recreatie en toerisme, infrastructuur (weg, spoor, water en ook luchtvaart), energie, IT en telecom en veiligheid.

11 De Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening schrijft het jaarlijks te verschijnen Deltaprogramma voor. Op grond van art. 3.6b en 4.9 lid 7 Waterwet dient het rapport van de Deltacommissie door de regering mee te worden gewogen in de beleidsvoering. Zie bijvoorbeeld het Deltaprogramma 2020 'Doorwerken aan de delta; nuchter, alert en voorbereid': https://www.deltaprogramma.nl/deltaprogramma/documenten/publicaties/2019/09/17/dp2020-nl-printversie; en H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer: Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.

samenleving en welke lessen voor de toekomst kunnen worden geleerd van eerdere participatietrajecten? Deze bijdrage maakt gebruik van eerdere onderzoeken naar participatie op het terrein van mitigatie en adaptatie en onderzoekt op welke wijze burgerparticipatie kan bijdragen aan het bereiken van de gestelde klimaatdoelen. Daartoe wordt eerst het theoretische kader voor participatie geschetst, vervolgens wordt kort de relevante wetgeving die ziet op participatie besproken, alsmede de discussie in de literatuur of de Nederlandse wetgeving ten aanzien van participatie voldoet aan internationale en Europese eisen. Daarbij schenken we aandacht aan de vraag of er noodzaak bestaat tot het verder juridisch vormgeven van participatieverplichtingen. Ter illustratie worden resultaten van empirisch onderzoek naar participatie op het terrein van mitigatie en adaptatie besproken. Onderzocht wordt of en zo ja hoe de participatie is vormgegeven, welke lessen er uit de verschillende praktijkcases kunnen worden getrokken en welke verschillen er zijn tussen participatie bij mitigatie en adaptatiemaatregelen.

2 Burgerparticipatie: theorie en doelen

Burgerparticipatie wordt gedefinieerd als de betrokkenheid van het publiek in overheidsbesluitvorming, zoals betrokkenheid bij het vaststellen van beleidsagenda's, beleidsvorming en uitvoering van beleid.[12] Burgers blijken het belangrijk te vinden hoe ze door de overheid worden behandeld, het streven naar procedurele rechtvaardigheid kan dan ook bijdragen aan een betere verstandhouding tussen burgers en overheid en een beter begrip voor besluiten die worden genomen.[13] De manier waarop een besluit tot stand komt en in hoeverre belanghebbenden daarbij betrokken zijn, draagt bij aan de mate van acceptatie van besluiten.
Overheden betrekken het publiek bij voorkeur op tijd bij deze activiteiten zodat zij in een vroeg stadium lokale voorkeuren en waarden mee kunnen nemen in het proces. Voor het publiek, en specifiek burgers, is het van belang om te participeren zodat zij de uitkomsten van het proces kunnen beïnvloeden.[14] Er wordt in de literatuur speci-

12 G. Rowe & L.J. Frewer, 'Evaluating public participation exercises: a research agenda', *Science, Technology & Human Values* (29) 2004, afl. 4, p. 512-556; J. Mendes, *Participation in EU Rule-Making: A Rights-Based Approach*, Oxford: Oxford University Press 2011; N.C. Roberts, *The age of direct citizen participation*, New York: Routledge 2008; C. Pateman, *Participation and democratic theory*, Cambridge: Cambridge University Press 1970.

13 E. Lind & C. Arndt, 'Perceived Fairness and Regulatory Policy: A Behavioural Science Perspective on Government-Citizen Interactions', *OECD Regulatory Policy Working Papers* (6) 2016, p. 7; H.A.J. Gierveld, 'Participatie in en onder de Omgevingswet', *TO* 2019/03.

14 A.H. Birch, *The concepts and theories of modern democracy*, London: Routledge 1993; J.S. Applegate, 'Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decision making', *Indiana Law Journal* (73) 1998, afl. 3, p. 903-957; J. Fox, 'How Does Civil Society Thicken? The Political Construction of Social Capital in Rural Mexico', *World Development* (24) 1996, afl. 6, p. 1089-1103, J.M. Valadez, *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self-Determination in Multicultural*

fieke aandacht besteed aan burgerparticipatie in milieubesluitvorming. De gedachte hierachter is dat de besluiten aangaande de leefomgeving, landgebruik en eventuele vervuiling directe impact hebben op de mens en natuur.[15] In een bijdrage die ziet op het bereiken van klimaat- en duurzaamheidsdoelen in 2030 kunnen we de definitie in de Omgevingswet niet overslaan. In de Omgevingswet wordt onder participatie verstaan: het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit. Daaronder vallen niet alleen de formele momenten waarop partijen op grond van de wet zienswijzen kunnen indienen, maar juist ook het betrekken van partijen bij het besluitvormingsproces voordat de formele besluitvormingsprocedure aanvangt.[16]

2.1 Theoretische achtergrond

Het concept van burgerparticipatie komt voort uit theorieën met betrekking tot democratie, rechtsstaat, fundamentele rechten en beginselen van behoorlijk bestuur. Participatie is daarmee een belangrijk thema in een democratische rechtsstaat. Kiesrecht, zowel passief als actief, wordt beschouwd als een eerste en basisvorm van participatie. Volksvertegenwoordigers handelen vervolgens na verkiezingen op basis van het mandaat dat kiezers aan hen hebben gegeven.[17] Burgers vinden het echter ook vaak belangrijk om direct hun stem te laten horen over een besluit dat belangrijk is voor hen. Op dat moment komen andere vormen van democratie, zoals de directe democratie en de deliberatieve democratie, kijken. Hier komen andere vormen van participatie, zoals het referendum en overleg, aan te pas.

Participatie vloeit bovendien voort uit de beginselen van de rechtsstaat, die onder meer beogen burgers te beschermen tegen hun overheid en dat hij of zij behoorlijk wordt behandeld.[18] Dat houdt bijvoorbeeld in dat een overheid burgers hoort op het moment dat een besluit hen treft. Gehoord worden, en geconsulteerd worden voordat

Societies, New York: Routledge 2001; C. Howard, M. Lipsky & D.R. Marshall, 'Citizen Participation in Urban Politics: Rise and Routinization', in: G.E. Peterson (red.), *Big-City Politics, Governance and Fiscal Constraints*, Washington D.C.: Urban Institute Press 1994.

15 F.H.J.M. Coenen, *Public participation and better environmental decisions. The promise and limits of participatory processes for the quality of environmentally related decision-making*, New York: Springer 2009.

16 M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet.' *Recht der werkelijkheid* (2) 2019, p. 22-43.

17 G.S. Kavka, *Hobbesian Moral and Political Theory,* Princeton: Princeton University Press 1986; H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes, His Theory of Obligation,* Oxford: Clarendon Press 1957.

18 A.M. Keessen, J. Hamer, H.F.M.W. van Rijswick & M. Wiering, 'The Concept of Resilience from a Normative Perspective: Examples from Dutch Adaptation Strategies', in: *Ecology and Society* 2013, afl. 2; P.P.J. Driessen & H.F.M.W. van Rijswick, 'Normative aspects of climate adaptation policies', *Climate Law* 2011, afl. 4, p. 559-581.

het besluit is genomen, zijn hier vormen van. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergen van een overheid dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid, waarbij zij zich moet verzekeren alle belangen en voorkeuren te kennen. Op basis van deze kennis kan de overheid een gedegen belangenafweging maken. Ook dit betekent dat de overheid de burger hoort te betrekken bij de voorbereiding van een besluit.

2.2 Vormen van participatie

Participatie kan op vele manieren plaatsvinden. We noemden al het referendum en consultatie, maar er zijn meer innovatieve vormen, zoals een burgerjury en fora, deliberatieve peilingen, burgeradviescomités en participatieve budgettering.[19] Arnstein onderscheidt in de door haar ontwikkelde 'participatieladder' de volgende vormen: informeren, raadplegen (burgers om hun mening vragen, zonder hun ideeën en zorgen verder bij de besluitvorming te betrekken), adviseren (burgers hebben een adviserende rol in de besluitvorming), coproduceren (burger en bestuur delen als partners verantwoordelijkheid in de besluitvorming),[20] meebeslissen (burgers hebben een dominante stem in de besluitvorming) en zelfbeheer.[21]

2.3 Doelen van participatie

Met burgerparticipatie kunnen meerdere doelen worden nagestreefd. Beierle onderscheidt vijf sociale doelen van participatie: (1) het informeren van het publiek; (2) het verhogen van de kwaliteit van besluitvorming mede door (3) het incorporeren van lokale normen, waarden en voorkeuren in het besluit; (4) het voorkomen of beslechten van conflicten, waarbij het zowel gaat om conflicten tussen burger en overheid en burgers onderling en (5) het vergroten van het vertrouwen in de overheid.[22] Deze doelen stemmen grotendeels overeen met hetgeen Keessen e.a. afleiden

19 J. Abelson e.a., 'Deliberations about deliberation: issues in the design and evaluation of public consultation processes', *Social Science & Medicine* (57) 2003, p. 239-251; A.M.B. Michels & H.A. Binnema, 'Hoe divers, invloedrijk en deliberatief is een G1000? Het ontwerp van een burgertop en de verwezenlijking van democratische waarden', *Bestuurswetenschappen* (70) 2916, afl. 1, p. 17-36; A.M.B. Michels & D. Caluwaerts, 'De G1000 in België en in Nederland: analyse van een democratisch spanningsveld', *Res Publica* (59) 2017, afl. 1; D.N. Zillman, 'Introduction to Public Participation in the 21st Century', in: D. Zillman e.a. (red.), *Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources*, Oxford: Oxford University Press 2002.

20 Zie specifiek over coproductie in het kader van adaptatie: H. Mees, A. Crabbé, M. Alexander, M. Kaufmann, S. Bruzzone, L. Lévy & J. Lewandowski, 'Coproducing flood risk management through citizen involvement: Insights from cross-country comparison in Europe', *Ecology and Society* (21) 2016, afl. 3.

21 S.R. Arnstein, 'A ladder of citizen participation', *Journal of the American Institute of Planners* (35) 1969, afl. 4.

22 T.C. Beierle, 'Using social goals to evaluate public participation in environmental decisions', *Review of Policy Research* (16) 1999, afl. 3/4, p. 79.

uit diverse rapporten over participatie.[23] Participatie in de besluitvorming rond ruimtelijke plannen en waterbeheer biedt burgers de kans om een creatieve en waardevolle bijdrage te leveren aan de inrichting van het gebied waar zij wonen of werken;[24] burgerparticipatie biedt bestuursorganen de mogelijkheid om meer kennis op te doen over het betreffende plangebied[25] en participatie draagt bij aan de legitimiteit van het bestuur.[26]

Daarnaast wordt participatie ook gezien als oplossing om draagvlak voor besluiten te vergroten. Zo zijn grote infrastructurele projecten zoals dijkversterkingen en windmolenparken vaak in de planningsfase omstreden vanwege de verwachte impact, maar neemt verzet af en neemt draagvlak toe op het moment dat het project eenmaal is gerealiseerd. Het is daarom belangrijk om omwonenden in een vroegtijdig stadium te betrekken. Redelijke zorgen kunnen dan geadresseerd worden. Geluidsoverlast en slagschaduw van windmolens bijvoorbeeld veroorzaken zorgen bij omwonenden. Vaak kan daar iets aan gedaan worden. Er kan bijvoorbeeld een stilstandsvoorziening worden afgesproken, waarbij de windturbines niet draaien op het moment dat de zon door de wieken schijnt. Een dergelijke afspraak neemt zorgen weg en kan weerstand verminderen. Hetzelfde geldt voor het klimaatbestendig maken van watersystemen, wat bijvoorbeeld kan door het meer natuurlijk inrichten van beken en het verhogen van grondwaterstanden. Dit kan economische schade veroorzaken, terwijl lokale kennis van inwoners ervoor kan zorgen dat bepaalde aanpassingen worden gedaan zodat de schade beperkt kan worden.

Tegelijkertijd wijzen Boeve en Groothuijse in hun artikel over participatie in de Omgevingswet op de spanning die tussen participatie en democratische legitimatie van besluitvorming kan ontstaan:

> ‘De vroegtijdige inbreng van burgers speelt dus reeds op basis van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een rol bij het maken van de belangenafweging door het bestuursorgaan. Een doorslaggevende rol in deze belangenafweging heeft participatie en in het bijzonder het creëren van draagvlak evenwel niet. Zo zal het bestuursorgaan de inbreng van burgers, zoals argumenten tegen de specifieke locatie van een windmolenpark, moeten meewegen in de besluitvorming, maar kan er ook een besluit worden genomen dat niet tegemoetkomt aan deze belangen. De participatieverplichtingen in de Omgevingswet brengen hier geen verandering in. Ons inziens is dit ook terecht. Een wettelijke verplichting waarbij het creëren

23 A. Keessen, L. van Daalen & A. van Buuren, ‘Participatie in watermanagement: goed voorbeeld doet volgen?’, *Nederlands juristenblad* (89) 2014, afl. 30, p. 2117-2124.

24 A. Brenninkmeijer, ‘Recept voor een verstoorde relatie tussen overheid en burger’, *NJB* 2012/1900; A.M.B. Michels & L.J. de Graaf, ‘Examining citizen participation: Local participatory policy making and democracy’, *Local Government Studies* (36) 2010, afl. 4, p. 477-491.

25 Rapport van de Nationale ombudsman, *We gooien het de inspraak in*, 2009/180, beschouwing II; R.J. Burby, ‘Making plans that matter: Citizen involvement and government action’, *Journal of the American Planning Association* (69) 2003, afl. 1, p. 33-49.

26 M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2006, p. 252-255.

van draagvlak een voorwaarde is voor besluitvorming, zou op zeer gespannen voet staan met (het ontbreken van) democratische legitimiteit. Het (overheids) bestuur moet immers besluiten nemen waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van alle burgers, niet alleen met de belangen van diegenen die hebben ingesproken. Daarnaast moeten zij rekening houden met publieke belangen, zoals natuur, cultuurhistorie en beschikbare budgetten, etc.'[27]

Juist bij grote publieke opgaven zoals het beperken van en omgaan met klimaatverandering, de daarbij horende energietransitie en adaptatie door middel van het bescherming bieden en aanpassen van het landgebruik tegen overstromingen spelen naast vele particuliere belangen ook algemene belangen voor de hele samenleving een grote rol. Het is bij uitstek de overheid die op evenwichtige wijze alle belangen tegen elkaar af moet wegen, waarbij inderdaad het resultaat niet alleen af kan hangen van die burgers die hebben geparticipeerd.
Een laatste doel van participatie gaat nog een stap verder en betreft de mogelijkheid voor participanten in gesprek te treden over welke acties kunnen bijdragen aan het publieke belang binnen een gemeenschap. Dit is een breder doel en is daarmee niet alleen gericht op het realiseren van individuele projecten, maar juist ook om normen en waarden af te wegen, keuzes te maken en beleid te formuleren, op basis waarvan projecten kunnen plaatsvinden. Dit wordt ook wel het deliberatieve ideaal genoemd.[28]

3 Juridische implementatie van burgerparticipatie

Het belang van burgerparticipatie is ook juridisch vastgelegd in internationaalrechtelijke, Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke verplichtingen.
Het Verdrag van Aarhus uit 1998 is op het terrein van het internationale recht het verdrag dat richting geeft aan de wijze waarop partijen participatie bij milieuaangelegenheden dienen te regelen.[29] Het gaat daarbij om minimumeisen die worden gesteld ten aanzien van de betrokkenheid van burgers bij milieuaangelegenheden. Het Verdrag onderscheidt daarbij drie pijlers, namelijk (1) het recht op toegang tot milieu-informatie, (2) inspraak voor het publiek bij de totstandkoming van milieubesluiten en (3) toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden. Het Verdrag bepaalt in artikel 6 dat burgers 'vroeg' in een 'omgevingsrechtelijke besluitvormingsprocedure dienen te worden geïnformeerd op een adequate, tijdige en effectieve manier' over (a) de voorgestelde activiteit en de aanvraag, (b) de mogelijke besluiten, (c) het bevoegd gezag, (d) de te volgen procedure en de inspraakmogelijkheden en (e) of er

27 M. Boeve & F. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet', *Recht der Werkelijkheid* (2) 2019, p. 22-43.

28 S. Akerboom, *Between public participation and energy transition: the case of wind farms (*diss. Amsterdam UvA), 2018.

29 Zie voor het Verdrag van Aarhus: www.unece.org/env/pp/treatytext.html.

een milieueffectrapportage moet worden uitgevoerd.[30] Het gaat daarbij om het bieden van participatie op een moment dat alle opties nog open zijn, omdat anders effectieve participatie niet goed mogelijk is.

In het Europese recht is het Verdrag van Aarhus geïmplementeerd in twee verschillende richtlijnen,[31] waarbij Richtlijn 2003/35/EG ziet op inspraak voor burgers bij het opstellen van plannen en programma's in milieuaangelegenheden. Naast het vereiste dat het publiek in een vroeg stadium, wanneer alle opties open zijn, een reële mogelijkheid tot inspraak moet krijgen, dienen de bevoegde instanties bij de besluitvorming ook naar behoren rekening te houden met de resultaten van de inspraak en moet dit aspect ook terugkomen bij de motivering van het besluit, plan of programma. Nog niet ieder begrip dat in deze verplichtingen wordt gebruikt is in de jurisprudentie volledig uitgekristalliseerd, zo stellen Keessen e.a. en met hen vele andere auteurs, integendeel.[32]

In Nederland is er discussie over de vraag of wij de verplichtingen uit het Verdrag van Aarhus en de daaruit voortvloeiende Europese richtlijnen correct en volledig hebben geïmplementeerd.[33] Met name is er discussie over de vraag of de reikwijdte

30 A. Keessen, L. van Daalen & A. van Buuren, 'Participatie in watermanagement: goed voorbeeld doet volgen?', *Nederlands juristenblad* (89) 2014, afl. 30, p. 2117-2124; zie voor een rechtsvergelijkend perspectief M. Pettersson e.a., 'Assessing the legitimacy of flood risk governance arrangements in Europe: insights from intracountry evaluations', *Water International* (42) 2017, afl. 8, p. 929-944.

31 Richtlijn 2003/35/EG van het Europese Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad-Verklaring van de Commissie; *Kamerstukken II* 2004/05, 29877, nr. 3; Richtlijn 2003/4/EC van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot de intrekking van Richtlijn 90/131/EEG van de Raad.

32 A. Keessen, L. van Daalen & A. van Buuren, 'Participatie in watermanagement: goed voorbeeld doet volgen?', *Nederlands Juristenblad* (89) 2014, afl. 30, p. 2117-2124; M. Pettersson e.a., 'Assessing the legitimacy of flood risk governance arrangements in Europe: insights from intracountry evaluations', *Water International* (42) 2017, afl. 8, p. 929-944; B.A. Beijen & B.J. Schueler, 'The Netherlands', in: T. Gross (red.), *Public participation in infrastructure planning – Comparative analysis of 10 European countries*, Brussel: European Public Law Organization 2015; B. Schueler, 'Wat doen we met de inspraak?', *Milieu en Recht* (49) 2014, afl. 4, p. 239.

33 Keessen e.a. denken van wel, Schueler twijfelt, evenals Boeve & Groothuijse; zie ook G. Perlaviciute & L. Squintani, 'Public Participation in Climate Policy Making: Toward Reconciling Public Preferences and Legal Frameworks', *One Earth* (2) 2020, afl. 4, p. 341-348; L. Squintani & H. Schoukens, 'Towards equal opportunities in public participation in environmental matters in the European Union', in: L. Squintani e.a. (red.), *Managing Facts and Feelings in Environmental Governance*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019; E. Plambeck, L. Squintani & M. van Rijswick, 'Towards more effective protection of water resources in Europe by improving the implementation

van de kring van belanghebbenden bij participatie en het tijdstip van de participatie (op welk moment in het proces worden burgers betrokken) conform het Verdrag van Aarhus zijn. Bestuursorganen dienen op grond van de Awb tijdig hun plannen ter inzage te leggen, zodat deze kenbaar zijn voor burgers, en burgers dient de mogelijkheid te worden geboden te reageren op de ter inzage gelegde plannen. Op die manier wordt ook de mogelijke toegang tot de rechter veiliggesteld. Op grond van de Awb is participatie echter verplicht vanaf het moment dat het betreffende bestuursorgaan een *uitgewerkt plan* heeft.[34] Of dat voldoet aan de eis dat alle opties nog open dienen te zijn zodat burgers daadwerkelijk invloed uit kunnen oefenen is niet duidelijk, maar dient voor een zinvolle bijdrage aan de transitie die nodig is om klimaatverandering het hoofd te bieden een belangrijk aandachtspunt te zijn. Op het terrein van het waterbeheer gelden overigens ruimere inspraakmogelijkheden, met name ter implementatie van de participatieverplichtingen zoals die voortvloeien uit de Kaderrichtlijn water (KRW) en de Richtlijn overstromingsrisicobeheer (Ror).[35] Zo dienen plannen veel langer open te staan voor participatie (zes maanden) en dient eenieder te kunnen participeren. Hierbij is van belang op te merken dat de participatie bij plannen in Nederland weliswaar conform de KRW is geregeld, maar tegen plannen staat geen rechtsbescherming open. Nu Nederland belangrijke keuzes – zoals een deel van de normstelling ten aanzien van de ecologische kwaliteitseisen én het gebruik van uitzonderingsbepalingen – opneemt in de waterplannen en niet in appellabele besluiten, moet worden geconstateerd dat de invloed van burgers door het ontbreken van rechtsbescherming toch beperkter is dan wenselijk. In Duitsland is dat bijvoorbeeld anders geregeld.[36]

Het Nederlandse recht stelt eveneens voorwaarden aan burgers voor zover het gaat om de formele participatie zoals geregeld in de Awb. Ook hier geldt dat deze voor een optimale participatie bij transitieprocessen die grote impact op het leven en de leefomgeving van burgers kunnen hebben misschien te beperkt zijn, los van de vraag of ze nu precies wel of juist niet binnen de randvoorwaarden van het Verdrag van Aarhus vallen. Deze beperkingen zien op voorwaarden dat burgers belanghebbende dienen te zijn bij de ter inzage gelegde plannen, zij zienswijzen dienen te motiveren en binnen een bepaalde termijn in moeten dienen en alleen toegang tot de bestuursrechter hebben als het gaat om appellabele besluiten als de zienswijzen tijdig zijn

of the Water Framework Directive and the Aarhus Convention in Netherlands', in: S. Maljean-Dubois (red.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Cambridge: Intersentia 2017.

34 Naar het oordeel van de ABRvS wordt met toepassing van de zienswijzenprocedure van afdeling 3.4 Awb aan die eis voldaan, aangezien op het moment dat zienswijzen tegen het ontwerpbesluit naar voren kunnen worden gebracht nog geen beslissing over het ontwerpbesluit is genomen. Zie o.m. ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, *M en R* 2018/84, m.nt. J. Gundelach en J. Kevelam; ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2839.

35 Zie art. 4.3, 4.5 en 4.7 Waterwet.

36 J. Starke, *Exemptions of the EU Water Framework Directive Deterioration Ban, Comparing Implementation Approaches in the Netherlands and Lower Saxony,* Leuphana professional school, Duitsland, 2020.

ingediend. De door de rechtbank Limburg gestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU of ook *niet-belanghebbenden* op grond van het Verdrag van Aarhus de schending van hun inspraakrechten bij de bestuursrechter zouden moeten kunnen aanvechten is in het licht van de meerwaarde die participatie kan hebben in de duurzaamheidstransitie dan ook positief te waarderen.[37]

Toetsen we de Awb-procedure aan de theorie, en in het bijzonder de ladder van Arnstein (zie par. 2) dan constateren we met Keessen e.a. dat de Awb-procedure er op gericht lijkt om burgers de mogelijkheid te geven om commentaar te hebben op al uitgewerkte plannen en dat het daarbij dus met name gaat om informeren en consulteren. Het Verdrag van Aarhus staat verdergaande participatie voor, waarbij participatie mogelijk zou moeten zijn op een moment dat alle opties nog open zijn, om op die manier doeltreffende participatie te kunnen verwezenlijken. Betoogd kan nog worden dat de Awb in theorie ook de mogelijkheid van adviseren inhoudt, maar coproduceren, meebeslissen en zelfbeheer lijken daar zeker geen verplicht deel van uit te maken. Of het Verdrag van Aarhus de laatste treden van Arnsteins ladder ook zo expliciet als doel heeft, maakt de Verdragstekst niet duidelijk. De Awb verbiedt bestuursorganen echter niet om verdergaande vormen van participatie te hanteren. Een groter probleem is dat alleen belanghebbenden bij een project of besluit vervolgens toegang tot de rechter te hebben.[38] Daarbij moet worden opgemerkt dat iemand die geen belanghebbende is in de zin van de Awb bij een project of besluit en via die weg toegang tot de rechter heeft, wel belanghebbende kan zijn waar het gaat om de mogelijkheid te kunnen participeren. Belangrijke constatering is dat we het met Keessen e.a. eens zijn dat 'een juridische regeling alleen geen garantie voor succes vormt. De houding van de verschillende betrokken partijen, hun competenties om een en ander succesvol te organiseren en de manier waarop alle partijen in het proces zich opstellen spelen een essentiële rol'. Participeren is daarmee voor een klein deel verplicht, en zou liefst ook moeten worden gewild door bestuursorganen en initiatiefnemers, maar dient in een transitiefase naar een duurzamere samenleving ook geleerd te worden.

De Omgevingswet geeft participatie een belangrijke plaats die integraal onderdeel uitmaakt van de filosofie van de wet, die uitgaat van gezamenlijke verantwoordelijkheden om de doelstellingen te bereiken.[39] De Omgevingswet beoogt dan ook

37 Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:12159, *AB* 2019/177, m.nt. R.S. Wertheim en *JM* 2019/4, m.nt. E.J.H. Plambeck. Zie ook J. Verbeek, 'Inspraak volgens het Verdrag van Aarhus', *SEW* 2019/75. Zie Boeve en Groothuijse die verwijzen naar o.m. HvJ EU 15 oktober 2015, C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 (*Commissie/Duitsland*), *AB* 2015/447, m.nt. Ch.W. Backes. ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3703, *JM* 2016/10, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars. Backes en Hoevenaars stellen in hun annotaties vraagtekens bij de houdbaarheid van de onderdelentrechter.

38 Dit werd nogmaals bevestigd in ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125.

39 H.A.C. Runhaar e.a., 'Publieke en private verantwoordelijkheden voor klimaatadaptatie: een juridisch-bestuurlijke analyse en eerste beoordeling', Universiteit Utrecht: Utrecht University Repository, Kennis voor Klimaat, 1 december 2014.

een betere juridische borging van participatie en betrokkenheid van burgers bij de besluitvorming inzake de leefomgeving. De vraag rijst of dat ook daadwerkelijk gebeurt.
Aansluitend bij de in de theorie aangegeven doelen van participatie (zie par. 2) ziet de Omgevingswet het doel van participatie als drieledig. Vroegtijdige betrokkenheid van burgers bij ontwikkelingen voor de fysieke leefomgeving zou moeten leiden tot het vergroten van de kwaliteit en de snelheid van de besluitvorming alsmede het draagvlak voor te nemen besluiten. De wetgever verwacht dat door participatie minder zienswijzen worden ingediend en minder bezwaar- en beroepsprocedures zullen worden gevoerd, omdat al aan de 'voorkant' van de besluitvorming wordt meegedacht over nieuwe ontwikkelingen.[40] In de paragraaf waarin we enkele praktijkvoorbeelden bespreken, zullen we zien of dat tot nu toe ook het geval is.

Groothuijse en Boeve concluderen dat de wettelijke participatieverplichtingen onder de Omgevingswet (te) vrijblijvend zijn vormgegeven, omdat aan het niet nakomen van de verplichtingen weinig tot geen juridische consequenties zijn verbonden en deze verplichtingen door de burger ook lastig afdwingbaar zijn bij de rechter.[41] Omdat zij ook specifiek aandacht besteden aan de participatiemogelijkheden bij het gebruik van verschillende instrumenten uit de Omgevingswet die gekoppeld zijn aan verschillende fasen in de besluitvorming, te weten van omgevingsvisie tot programma, via omgevingsplan en projectbesluit en ten slotte de concrete omgevingsvergunning, concluderen zij dat er ook te weinig aandacht is voor rol van participatie in de verhouding tussen de verschillende juridische instrumenten. Zij wijzen erop dat dit voor een burger onnavolgbare consequenties kan hebben indien op een 'verkeerd' moment (bij een verkeerd besluit) wordt geparticipeerd.[42]
Net als Akerboom[43] en Keessen e.a.[44] pleiten zij voor het sterker juridisch waarborgen van de participatieverplichtingen zodat deze minder vrijblijvend zijn en daarmee minder afhankelijk van de beleidsvrijheid en capaciteit van overheden om het participatieproces goed vorm te geven. Dat kan door participatie bij vergunningen voor de aanvrager van de vergunning verplicht te stellen en te bepalen dat indien de aanvrager de betrokkenheid van burgers niet of onvoldoende verantwoordt, de vergunning buiten behandeling moet blijven en de categorie projectbesluiten uit te breiden

40 Zie over de doelstelling van participatie o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 217; *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 131; nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 132.

41 M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet', *Recht der werkelijkheid* (2) 2019, p. 22-43.

42 M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet', *Recht der werkelijkheid* (2) 2019, p. 22-43.

43 S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 3, p. 75-87.

44 A. Keessen, L. van Daalen & A. van Buuren, 'Participatie in watermanagement: goed voorbeeld doet volgen?', *NJ* 2014, afl. 30, p. 2117-2124.

waarbij de Sneller en Beter-aanpak[45] vaker verplicht is.[46] Dit zou de participatie voor burgers eenvoudiger maken omdat de participatie niet over een hoeveelheid van overheidsbeslissingen wordt verspreid. Gierveld stelt daarentegen dat participatie alleen zinvol is als de overheid intrinsiek van oordeel is dat het goed is dat burgers vroegtijdig bij de besluitvorming worden betrokken en hun inbreng ook nuttig vindt. Juridisering van participatie ziet hij juist niet als meerwaarde.[47]
De juridische en praktische vormgeving van de toekomstige participatie is daarmee reden voor debat, in de wetenschappelijke en vakliteratuur, in de praktijk en in de Tweede en de Eerste Kamer. In het parlement betreft het met name het aanwijzen van soorten vergunningen waarbij participatie verplicht is en waarbij de aanvrager dient aan te tonen *dat* een participatieproces is georganiseerd, waarbij dan weer geen toets plaatsvindt *hoe* de participatie plaatsvindt en of dit voldoende is.[48] Een voorstel voor verdergaande juridische invulling in een AMvB van de voorwaarden waaraan participatie dient te voldoen[49] werd niet opgevolgd, met het argument dat participatie lokaal maatwerk vraagt.[50] Wij merken echter op dat ook bij lokaal maatwerk inhoudelijke eisen aan de participatie kunnen worden gesteld. Het voorstel heeft echter uiteindelijk wel geresulteerd in een (betrekkelijk vage) verplichting voor gemeenten, provincies en waterschappen om participatiebeleid op te stellen.[51]

Een laatste ontwikkeling betreft de uitbreiding van de Gemeente-, Provincie- en Waterschapswet met het 'Right to challenge', oftewel in het Nederlands: uitdaagrecht, een belofte uit het regeerakkoord Rutte III.[52] Hiertoe is recentelijk een wetswijziging ter inzage en consultatie openbaar gemaakt.[53] Het 'Right to challenge' is een specifieke vorm van participatie die nu in de wet verankerd wordt. Het Right to challenge is volgens de memorie van toelichting een

> 'vorm [van participatie] waarbij inwoners van de gemeente of maatschappelijke partijen de gemeenten verzoeken om de feitelijke uitvoering van een taak van de gemeente over te nemen, al dan niet met bijhorend budget, als zij denken deze taak beter en goedkoper te kunnen uitvoeren.'

45 *Sneller en beter: Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten*, april 2008.
46 Voor gemeentelijke projecten zou in de Omgevingswet de mogelijkheid kunnen worden geïntroduceerd om typen projecten te kunnen aanwijzen, waarvoor de Sneller en Beter-aanpak en gecoördineerde besluitvorming wettelijk worden voorgeschreven.
47 H.A.J. Gierveld, 'Participatie in en onder de Omgevingswet', *TO* 2019/03; Boeve & Groothuijse 2019.
48 *Kamerstukken II* 2018/19, 34986, nr. 56. Zie ook S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 3, p. 75-87.
49 *Kamerstukken II* 2018/19, 34986, nr. 42.
50 *Handelingen II* 2018/19, 34986, 60, item 7 (stemming Tweede Kamer) en 4 (stemming Eerste Kamer).
51 *Kamerstukken I* 2019/20, 34986, AA; *Handelingen I* 2019/20, nr. 20, item 13.
52 Regeerakkoord Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, oktober 2017.
53 www.internetconsultatie.nl/participatieverordening.

Met het wetsvoorstel wordt het uitdaagrecht wettelijk verankerd in de participatieverordening en voor provincies en waterschappen in de gelijknamige wetten. Het Right to challenge is daarmee niet zozeer een vorm van participatie in de besluitvorming maar wel in de uitvoering van een besluit.

Met deze laatste ontwikkelingen in het kader van de Omgevingswet, wordt participatie steeds verder uitgebreid en vormgegeven en een centraal onderdeel van overheidsbesluitvormingsprocessen. Ook hier blijft echter cruciaal dat degene die de participatie organiseert de meerwaarde van participatie inziet en de participatie zodanig vormgeeft dat burgers daadwerkelijk bij kunnen dragen aan de voorbereiding en uitvoering van activiteiten in de leefomgeving. Een juridische regeling van participatie alleen is weliswaar niet genoeg, maar kan zowel overheden als burgers meer houvast bieden bij het vormgeven van participatieprocessen, bijvoorbeeld door duidelijk aan te geven 'waar participatie wel, maar ook waarover participatie in het desbetreffende geval niet (meer) kan gaan'.[54] Participeren moet je immers leren en dat leerproces moet kunnen worden getoetst en ter discussie worden gesteld.

4 Casestudies

4.1 Klimaatadaptatie: Ruimte voor de Rivier

Als illustratie voor de wijze waarop participatie in de praktijk plaatsvindt, kiezen we voor het gebruiken van de casus Ruimte voor de Rivier, waarbij het doel was de hoogwaterbescherming te verbeteren in combinatie met ruimtelijke kwaliteitsverbetering. We gebruiken hierbij de onderzoeksresultaten van een eerdere evaluatie van het programma Ruimte voor de Rivier,[55] aangevuld met lessen uit een casestudy-onderzoek door Wim Haring naar het verwezenlijken van een klimaatdijk bij Reeve.[56]

54 Boeve & Groothuijse 2019; M.N. Boeve e.a., 'Evaluatie PKB Ruimte voor de Rivier: juridisch-bestuurlijke lessen voor toekomstige grootschalige infrastructurele overheidsprojecten', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 2.

55 M.N. Boeve e.a., 'Evaluatie PKB Ruimte voor de Rivier: juridisch-bestuurlijke lessen voor toekomstige grootschalige infrastructurele overheidsprojecten', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 2; deze publicatie is gebaseerd op een evaluatieonderzoek dat in 2018 door de auteurs is uitgevoerd in opdracht van Rijkswaterstaat Grote Projecten en Onderhoud, Programmabureau Ruimte voor de Rivier. doi: 10.5553/TO/156850122019019002004.

56 W. Haring, *De multifunctionele dijk in Nederland. Een onderzoek naar de juridische knelpunten die naar voren kwamen uit de aanleg van de klimaatdijk bij Reeve en welke adviezen daaruit af te leiden zijn, voor de aanleg van multifunctionele dijken in Nederland in de toekomst* (masterscriptie Universiteit Utrecht), 2020.

Participatie ten aanzien van doelstelling en beleidsvorming
Aanleiding voor de planologische kernbeslissing (PKB) Ruimte voor de Rivier (RvR) waren de hoge waterstanden in de rivieren in 1993 en 1995.[57] De PKB had een dubbele doelstelling. Enerzijds de bescherming tegen overstromingen vanuit de Rijntakken uiterlijk in 2015 op het wettelijk vereiste niveau te brengen en anderzijds de ruimtelijke kwaliteit in het rivierengebied te verbeteren. Met name de doelstelling dat aan de wettelijke veiligheidsdoelstellingen moest worden voldaan stond vast en kon ook niet vanwege de inbreng tijdens het participatieproces worden aangepast. In die zin was van meet af duidelijk dat deze doelstelling niet 'onderhandelbaar' was. Hetzelfde gold voor de termijn waarop aan de doelstelling voldaan moest zijn. Ook daar was geen ruimte voor onderhandelingen of inbreng van burgers of bedrijven die tot vertraging zouden kunnen leiden. Omdat er niet alleen voor dijkversterking werd gekozen maar ook voor een scala aan rivierverruimende maatregelen betekende de PKB dat er ingrijpende aanpassingen in het rivierengebied nodig zouden zijn. Het samenhangende pakket aan maatregelen dat daarvoor nodig is, betekende dat de uitwerking op de leefomgeving van bewoners in het gebied en de gevolgen voor bedrijven groot was. Er was dan ook van meet af aan het besef dat het belangrijk was de bewoners en bedrijven bij het proces te betrekken.

Participatie ten aanzien van de locatiekeuze
Niet alleen de doelstellingen en termijnen waarop aan de doelstellingen voldaan moet zijn, zijn op rijksniveau vastgesteld maar ook de *grove* locatiekeuze ligt vanwege de relatie met de waterstanden in de rivieren natuurlijk voor de hand. Voorafgaand aan de vaststelling van de PKB werd besloten in welke gebieden maatregelen zouden kunnen worden getroffen op de korte of lange termijn. Daarmee werd er ruimte gelaten voor decentrale overheden, om participatie te organiseren en als uitkomst van deze participatieprocessen, de *exacte* locatiekeuze van maatregelen vast te stellen, evenals de *soort* maatregelen én de *wijze waarop* de maatregelen werden uitgevoerd. Dit is ook terug te vinden in de uiteindelijke tekst van de PKB RvR.[58] Flexibiliteit en daarmee de ruimte voor daadwerkelijke participatie waarin de inbreng van bewoners en bedrijven kan worden meegenomen in de besluitvorming werd bereikt door de globale wijze waarop de maatregelen in de PKB zijn aangegeven en doordat er ruimte werd gelaten voor alternatieven, maar wel binnen de vastgelegde doelen en passend binnen het samenhangende geheel aan maatregelen. Omdat de ruimtelijke inpassing van de maatregelen op decentraal niveau werd vastgesteld was er ruimte om de inbreng van bewoners en bedrijven mee te laten wegen in de uiteindelijke locatiekeuze.

Participatie tijdens proces
De totstandkomingsprocedure van een PKB is relatief zwaar (art. 2a WRO). Zo maken de toepassing van de openbare uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4

57 *Kamerstukken II* 2005/06, 30080, nr. 4. De Tweede Kamer heeft op 7 juli 2006 ingestemd met de PKB (*Handelingen II* 2005/06, nr. 98, p. 6087). De Eerste Kamer heeft op 19 december 2006 ingestemd (*Handelingen I* 2006/07, nr. 14, p. 559-575).

58 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2006/07, 30080, nr. 23, bijlage 1, p. 13.

van de Awb, het verplichte overleg met besturen van lagere overheidslichamen en het instemmingsvereiste van de Tweede Kamer en Eerste Kamer deel uit van de totstandkomingsprocedure. Zowel de openbare uniforme voorbereidingsprocedure als de betrokkenheid van de Tweede en Eerste Kamer biedt vormen van participatie. De behandeling in de Tweede en Eerste Kamer betreft de (indirecte) participatie via gekozen vertegenwoordigers over de doelstellingen van de PKB RVR en de grove locatie van de maatregelen. Hoewel de PKB formeel een centraal instrument is dat op rijksniveau wordt vastgesteld, is in de praktijk de PKB RvR bewust in nauw overleg met decentrale overheden tot stand gekomen, om zo het draagvlak te vergroten. Deze werkwijze bleek met name voor de uitvoeringsfase voordelen te hebben omdat al uitvoerig was gediscussieerd over nut en noodzaak van de te nemen maatregelen. Omdat in de PKB per maatregel wordt aangegeven welke overheidsinstantie het projectbesluit neemt, wordt daarmee niet alleen aangegeven op welk overheidsniveau de maatregelen worden genomen, maar ook welk orgaan bevoegd gezag is en welke (project)besluiten worden genomen. Ook geeft dat aan welk overheidsorgaan aan de lat staat voor de participatie in de verschillende fasen van het proces. Uit het evaluatieonderzoek van Boeve e.a.[59] blijkt dat er binnen het programma RvR zowel voor als na de vaststelling van de PKB ten aanzien van de uitwerking van maatregelen op informele wijze ruimte werd geboden voor participatie voorafgaand aan de formele inspraak, waarbij voor verschillende RvR-projecten verschillende vormen gekozen werden. Er werden informatieavonden, klankbordgroepen en keukentafelgesprekken georganiseerd. Ruimte voor de Rivier wordt wel gezien als een succesvolle uitvoering van een groot project, waarbij ook veel positieve ervaringen met zowel informele als formele participatie is opgedaan. Natuurlijk waren er zorgen bij bewoners en bedrijven en ook felle tegenstand en er is dan ook ruim gebruik gemaakt van de participatiemogelijkheden.[60] Belangrijk is echter dat degenen die deelnamen aan de participatie geen fundamentele bezwaren hadden tegen het feit dát er maatregelen werden genomen om de waterveiligheid te vergroten, en de zienswijzen en bezwaren richtten zich dan ook met name op de aard, uitvoering en locatie van de maatregelen. Dat heeft bijvoorbeeld geleid tot aanpassingen van maatregelen bij meerdere deelprojecten, zoals bij de Noordwaard waar bewoners in het gebied konden blijven wonen en hun woningen op terpen werden geplaatst en compenserende maatregelen bij Deventer voor een jachthaven en een rederij. Natuurlijk waren er ook rechtszaken, maar dat waren er relatief weinig. Ook naar aanleiding van rechtszaken zijn nog aanpassingen gedaan, zoals bij de klimaatdijk in Reeve,[61] waar uiteindelijk minder woningen werden gebouwd dan oorspronkelijk voorzien. Het Ruimte voor de Rivier-proces laat zien dat het serieus vormgeven van de participatie een leerproces was, waarbij in de loop der tijd steeds meer aandacht kwam voor de opvattingen en

59 In het onderzoek zijn in bijlagen de verschillende soorten zienswijzen (die in de participatie werden ingebracht) opgenomen, alsmede de gronden die in de rechtszaken werden aangevoerd.

60 S. Dijks, P. van de Vijver & B. Verhagen, 'Ruimte voor de Rivier: Beleving van de programmacommunicatie door bewoners en projectleiders betrokken bij het programma ruimte voor de rivier', *Ruimte voor de Rivier* 2018.

61 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:345.

inbreng van private partijen en deze ook steeds serieuzer bij de besluitvorming werden betrokken.

Draagvlak werd gecreëerd met behulp van omgevingsmanagers zodat kon worden voorkomen dat onteigeningsprocedures bij de rechter zouden moeten plaatsvinden. Maar ook op kleinere schaal zorgde participatie voor draagvlak, bijvoorbeeld als het ging om de locatie waar bomen werden geplant en de plaats van uitritten en parkeerplaatsen. Het hielp ook dat er de mogelijkheid werd geschapen om met aannemers te overleggen over de precieze uitvoering van de werkzaamheden, hetgeen ook leidde tot minder beroepszaken. Het onderzoek liet kortom zien dat 'het loont om te investeren in vroegtijdige en uitgebreide participatie, waarbij de verkregen inbreng serieus wordt genomen'. Het gaat dan concreet om inhoudelijk betere zienswijzen, besluiten die op meer draagvlak kunnen rekenen en minder beroepszaken, waarbij nadrukkelijk opgemerkt moet worden dat het bieden van serieuze participatiemogelijkheden niet heeft geleid tot het overschrijden van de termijnen waarop de doelen gerealiseerd moesten zijn. Boeve e.a. constateren onder meer op basis van interviews een aantal succesfactoren voor het participatietraject:

1. Investeer in een goede relatie met de omgeving door zo vroeg mogelijk te gaan praten met de omgeving en de inbreng van de omgeving zo veel mogelijk mee te nemen in de besluitvorming. Hiermee wordt de inbreng van participanten serieus genomen en kunnen zij daadwerkelijk invloed uitoefenen op de besluitvorming.
2. Stel het doel en de randvoorwaarden centraal en niet 'een' of 'de' oplossing, zodat er ruimte blijft voor het meenemen van serieuze alternatieven.
3. Werk oplossingen samen met de omgeving uit. Hoe meer het de oplossing is van de omgeving, hoe meer draagvlak.

Zienswijzen en toegang tot de rechter

Kenmerkend voor RvR is dat de noodzaak tot het treffen van maatregelen om de overstromingsrisico's te verminderen na de bijna-overstromingen uit 1993 en 1995 nauwelijks ter discussie stond. Zienswijzen en beroepszaken richtten zich dan ook met name tegen de uitvoering van de maatregelen, zoals schadevergoeding, grondaankoop, effecten van de maatregel op de natuur, behoud van bomen en cultuurhistorische waarden, op- en afritten en bereikbaarheid, de noodzaak van de maatregel, hydraulische consequenties van de maatregel, behoud van woningen en de wens voor meer dan wel minder ruimte voor recreatieve activiteiten.[62]

Dat kan een groot verschil zijn met andere maatregelen die nodig zijn om de transitie naar een duurzamere en klimaatbestendiger samenleving aanvaard te krijgen en waarvoor bezwaarlijke ingrepen in de directe leefomgeving van burgers nodig zijn. Ook het feit dat er tevens geïnvesteerd werd in het vergroten van de ruimtelijke kwaliteit én dat er voldoende geld was voor compensatie van burgers en bedrijven die schade ondervonden (zowel in natura als in geld) maakte ongetwijfeld een verschil.

62 Boeve e.a. 2019, p. 59 en p. 63.

4.2 Klimaatmitigatie: Windpark Wieringermeer

Doelstelling en beleidsvorming
Windpark Wieringermeer draagt bij aan de doelstelling om 6.000 megawatt (MW) op land per 2020 op te stellen. Het park bestaat uit 99 windturbines met een totaal opgesteld vermogen van 110 MW. Het park is daarmee een van de grootste windmolenparken op land in Nederland. De 6.000 MW wind op land-doelstelling vloeit voort uit een Rijksdoelstelling zoals in 2007[63] neergelegd en in 2008[64] en 2010[65] bekrachtigd. In het Energieakkoord in 2013 werd deze doelstelling nogmaals bevestigd.[66] Vervolgens is besloten om dit doel te verdelen in elf grootschalige, geconcentreerde parken van 100 MW en meer, die vallen onder de Rijkscoördinatieregeling,[67] en de resterende MW te verdelen per provincie.

Locatiekeuze
De planning van deze grote parken kent een omvangrijke procedure. Allereerst werden zoeklocaties vastgelegd in twee structuurvisies met bijbehorende milieueffectrapportages[68] en vervolgens werden de plannen voor de parken nader vastgelegd in inpassingsplannen.[69]

Participatie tijdens proces en doel
Op meerdere momenten hebben omwonenden van de beoogde windparken gelegenheid tot inspraak gehad:[70]
1. vaststellen zoeklocaties in 2012;
2. bevestiging van de zoeklocaties in 2014; en
3. het ontwerpinpassingsplan 2014/2015.

Uiteindelijk is tegen het definitieve inpassingsplan een beroep bij de ABRvS ingediend. Het doel van de inspraak is consultatie van omwonenden op conceptplannen. Zij hebben niet kunnen inspreken op de beleidskeuzes voor wind op land, noch het

63 *Nieuwe energie voor het klimaat: Werkprogramma Schoon en Zuinig*, Den Haag 2007.
64 *Nationaal Plan van Aanpak Windenergie*, januari 2008.
65 *Ruimtelijk perspectief wind op land,* Ministerie Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM), juni 2010.
66 www.ser.nl/nl/thema/energie-en-duurzaamheid/energieakkoord.
67 Art. 9b lid 1 onder a Elektriciteitswet 1998 jo. art. 3.35 lid 1 aanhef en onder c Wro.
68 *Kamerstukken II* 2011/12, 32660, nr. 50; Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte: Nederland concurrerend, bereikbaar, leefbaar en veilig, 20 maart 2012; *Kamerstukken II* 2013/14, 33612, nr. 23; Structuurvisie Windenergie op land, 31 maart 2014.
69 Inpassingsplan Windpark Wieringmeer, zie https://www.rvo.nl/onderwerpen/bureau-energieprojecten/afgesloten-projecten/windparken/windpark-wieringermeer, 29 april 2015.
70 Zie voor een chronologisch overzicht van de procedure de informatiepagina jaaroverzicht Windpark Wieringermeer: www.rvo.nl/onderwerpen/bureau-energieprojecten/afgesloten-projecten/windparken/windpark-wieringermeer en voor bespreking van de nationale procedure S. Akerboom, *Between public participation and energy transition: the case of wind farms (*diss. Amsterdam UvA), 2018.

opgestelde vermogen of de keuze om dit in geconcentreerde, grootschalige parken te realiseren. Zij hebben wel kunnen reageren op het vaststellen van de zoeklocaties.

Zo werden tijdens de consultatieprocedure bij de structuurvisie Ruimte en Infrastructuur 258 zienswijzen ingediend[71] en bij de structuurvisie Windenergie op Land 151 zienswijzen.[72] De ingediende zienswijzen zien op de locatiekeuzes, zorgen over geluid en overlast en hoogte van de turbines, maar ook op de keuze voor windenergie en het geplande vermogen. Met name deze laatste twee opmerkingen laat de overheid onbeantwoord. Dit is immers in een eerder stadium besloten. Specifieke opmerkingen gericht op afstanden, geluid en hoogte van windturbines worden ook niet gedetailleerd beantwoord, omdat deze details pas besloten worden in een inpassingsplan. Veel zienswijzen worden gericht op de locatiekeuze, die door het ministerie gedefinieerd worden als 'zoeklocaties'. Veel omwonenden zijn van mening dat de zoeklocatie zal leiden tot de inpassing van een windpark en zij willen invloed uitoefenen op deze keuze. In deze fase is het ministerie echter van mening dat het aanwijzen van zoeklocaties in een structuurvisie enkel planologisch van aard is en geen ruimtelijke impact met zich mee brengt. Deze impact vloeit enkel voort uit het inpassingsplan.

Het ontwerpinpassingsplan Windpark Wieringermeer ligt dan ook tussen december 2014 en januari 2015 ter inzage. In deze periode kon eenieder zienswijzen indienen en konden overheden een reactie geven. Bovendien werd op zaterdag 13 december 2014 een open avond georganiseerd, waarbij ook zienswijzen of reacties konden worden ingediend. Totaal zijn er 184 zienswijzen ingediend, waarvan 164 uniek en 5 reacties.[73]

De reacties van andere overheden op het ontwerpinpassingsplan zijn verdeeld. Zo reageert de provincie Noord-Holland op de keuze om de periode tot herstructurering van bestaande windturbines te verlengen tot zeven jaar, terwijl eerst gekozen werd voor een periode van vijf jaar. Volgens de provincie kan een dergelijke periode ervoor zorgen dat het door burgers niet als herstructurering wordt ervaren, maar als nieuw project naast de bestaande turbines, wat het draagvlak kan verminderen. De gemeente Medemblik reageert negatief op de voorgestelde hoogte van de turbines, die volgens de gemeente niet in het huidige landschap passen. De bestaande turbines hebben volgens de gemeente Opmeer een tiphoogte van 111 meter, terwijl de nieuwe turbines een tiphoogte van maximaal 178,5 meter zullen hebben. Maar vanwege het

71 Nota van antwoord Ontwerp Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte (bijlage32660 bij *Kamerstukken II* 2011/12, 32660, nr. 19); Ontwerpwijziging Besluit algemene regels ruimtelijke ordening (bijlage123417 bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31500, nr. 26).

72 Plan-MER Structuurvisie Windenergie op land, november 2013; nota van antwoord: Reactie op de zienswijzen en adviezen over de ontwerp-Structuurvisie Windenergie op land en het bijbehorende plan-Milieueffectrapport, maart 2014.

73 Inspraak- en reactiebundel: Zienswijzen en reacties op Ontwerpbesluiten 'Windpark Wieringermeer', Voorschoten 2015; Windpark Wieringermeer: Antwoordnota Zienswijzen, april 2015.

nationale belang van deze turbines, voortvloeiend uit de nationale structuurvisies, mogen turbines volgens het ministerie zo hoog worden.

Enkele zienswijzen zien op mogelijke alternatieve vormen van duurzame opwekking. Hierop antwoordt het ministerie dat, gelet op de doelstelling om 14% hernieuwbare opwekking in 2020 en 16% in 2023 te realiseren, alle vormen van duurzame energie nodig zijn. Alles wat tot nu toe gepland is, moet dan ook gerealiseerd worden. Andere zienswijzen betreffen de locatiekeuze. Hiertoe wordt terugverwezen naar de structuurvisie Wind op Land, hoe deze – met reactie van provincies – tot stand is gekomen en hoe Wieringermeer in dit beleid past. Bovendien is rekening gehouden met natuur en afstanden tot de gebouwde omgeving en dus blijft deze locatie staan.

Toegang tot de rechter
Tegen het uiteindelijke inpassingsplan is beroep bij de ABRvS ingesteld. Hierbij wordt ingebracht dat

> ‘bepalende keuzes – betreffende de nut en noodzaak-discussie over windenergie, de vergelijking met andere vormen van hernieuwbare energie en de locatiekeuze – in een vroegtijdig stadium zijn gemaakt en ten onrechte buiten het bereik van inspraak zijn gehouden.’[74]

Hierop oordeelt de ABRvS echter dat er, omdat nut en noodzaak bij ‘Infrastructuur en Ruimte’ en de locatiekeuzes bij zowel ‘Infrastructuur en Ruimte als ‘Windenergie op land’ ter inzage hebben gelegen, voldoende inspraakmogelijkheden zijn geweest.[75] Bovendien is op de ingediende zienswijzen met een nota van antwoord gereageerd, en kan inspraak een overheid nooit ertoe verplichten de inbreng over te nemen, tenzij er sprake is van een onrechtmatigheid in het besluit. Hiermee is de ABRvS ook van mening dat de Nederlandse implementatie van artikel 6 en 7 Verdrag van Aarhus in de Awb afdoende is.

5 Lessen uit theorie en de praktijk

5.1 Theorie

Uit de enorme hoeveelheid wetenschappelijke literatuur over participatie kunnen verschillende doelen worden gedestilleerd, die met verschillende vormen van participatie bereikt kunnen worden. In onderstaande tabel worden deze naast elkaar gezet.

74 ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228 (*Wieringermeer*).
75 Zie voor een vergelijkbaar oordeel ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:141.

Tabel 1 Overzicht van doelen en vormen van participatie (tabel 1), aangevuld met overzicht van huidige en toekomstige vormen zoals geïmplementeerd in Nederland

Doelen van participatie	**Arnsteins participatieladder**	**Vormen van participatie aanwezig in Nederland – thans**	**Vormen van participatie aanwezig in Nederland – nabije toekomst**
Informeren van publiek	Informeren	Informatieplicht	
Het incorporeren van lokale normen, waarden en voorkeuren	– Informeren – Consulteren en raadplegen	Inspraak en consultatie: hoorplicht en uniforme openbare voorbereidingsprocedure	Ow: participatieverplichting en participatiebeleid
Verhogen kwaliteit van besluitvorming	– Informeren – Consulteren en raadplegen	Inspraak en consultatie: hoorplicht en uniforme openbare voorbereidingsprocedure	Ow: participatieverplichting en participatiebeleid
Het voorkomen of beslechten van conflicten	– Informeren – Consulteren en raadplegen	Beslechten van conflicten: toegang tot de rechter	Ow: participatieverplichting en participatiebeleid
Vergroten van vertrouwen in de overheid	– Informeren – Consulteren en raadplegen – Adviseren		Ow: participatieverplichting en participatiebeleid
Draagvlak verhogen	– Informeren – Consulteren en raadplegen – Adviseren	Participatie in RES'en	Ow: participatieverplichting en participatiebeleid
Gezamenlijk agenderen en behartigen van publiek belang	– Informeren – Consulteren en raadplegen – Adviseren – Coproduceren		Right to challenge
	Meebeslissen		Right to challenge
	Zelfbeheer		Right to challenge

Uit de literatuur komt naar voren dat in Nederland de wettelijke vormen van participatie maar zeer beperkt zijn uitgewerkt. Er worden enkele minimumeisen gesteld ten aanzien van inspraak en het kunnen indienen van zienswijzen, waarbij er discussie is over de vraag of aan de eisen van het Verdrag van Aarhus wordt voldaan. De doelen die met participatie worden beoogd, worden breed onderkend, maar de wijze waarop een en ander juridisch en praktisch vormgegeven zou kunnen worden, verdient nog verdere doordenking en uitwerking. Het is onder meer de ontwikkeling van de Omgevingswet die de gedachtevorming over het belang van participatie weer vol in de belangstelling heeft gezet. Daarbij worden concrete voorstellen gedaan door bijvoorbeeld Boeve en Groothuijse, zoals het advies dat aanvragers of het bevoegd gezag expliciet aangeven binnen welke juridische, beleidsmatige en financiële randvoorwaarden participatie mogelijk is: 'Met andere woorden: waar participatie wel, maar ook waarover participatie in het desbetreffende geval niet (meer) kan gaan'. Zij wijzen eveneens op de noodzaak participatie bij verschillende soorten besluiten beter af te stemmen. Er zijn kritische kanttekeningen bij de niet uitgewerkte verplichting *dat* participatie dient plaats te vinden, zonder concrete handvatten te geven *hoe* het participatieproces er precies uit moet zien, hetgeen burgers bij gebrekkige participatie met lege handen achterlaat. Er is ook twijfel, zoals bij Gierveld én de wetgever of verdere juridificering van de participatie nodig is of toegevoegde waarde heeft. Daar worden verschillende argumenten voor gegeven.

De wetgever wijst op het feit dat participatie met name vraagt om lokaal maatwerk, maar dat is geen afdoende argument om burgers geen middelen ter beschikking te stellen om te weten wat ze mogen verwachten en eventueel tekortschietende participatie bij de rechter ter discussie te stellen.

Belangrijker is het argument dat wijst op de noodzaak van de wil bij bestuursorganen en initiatiefnemers om de inbreng van burgers serieus te nemen en de bereidheid om plannen eventueel aan te passen naar aanleiding van de participatie. Zonder die wil kan ook een uitgewerkte juridische regeling verzanden in een afvinken van verplichte elementen zonder de intentie te hebben de voordelen van participatie te benutten en de inbreng van participanten serieus te nemen. De vraag rijst dan natuurlijk hoe die wil om participatie serieus te nemen tot stand kan worden gebracht. Alleen het lezen van wetenschappelijke literatuur over de voordelen en het belang van participatie is daarvoor natuurlijk onvoldoende. Ook daar is – met name sociaalwetenschappelijke – literatuur over, die wijst op het belang van een lerend vermogen van organisaties, wat kan worden bewerkstelligd door wat 'de ontwikkeling van adaptief vermogen' wordt genoemd.[76] Simpel gezegd: *learning by doing* en het steeds beter

76 D.L.T. Hegger, P.P.J. Driessen, M. Wiering, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz, P. Matczak, A. Crabbé, Ann. G.T. Raadgever, M.H.M. Bakker, S. Priest, C. Larrue & K. Ek, 'Toward more flood resilience: Is a diversification of flood risk management strategies the way forward?', *Ecology and Science* 2016, afl. 4; A. van Buuren, P. Driessen, G. Teisman & M. van Rijswick, 'Toward legitimate governance strategies for climate adaptation in the Netherlands: Combining insights from a legal, planning, and network perspective', *Regional Environmental Change* 2014, afl. 3, p. 1021-1033; J. Tennekes, P.P.J. Driessen, H.F.M.W. van Rijswick & L. van Bree, 'Out of the Comfort Zone: Institutional Context and the Scope for Legitimate Climate Adaptation Policy',

gaan doen op basis van eerdere ervaringen. Dat vraagt een veilige omgeving, waar ook fouten mogen worden gemaakt en waar lessen en ervaringen worden gedeeld. Zien dat participatie inderdaad de beoogde doelen dichterbij brengt, en leren van anderen welke vormen van participatie in welke omstandigheden goed werken is van belang bij een nieuwe invulling van participatie. Daar kan empirisch en evaluatief onderzoek een belangrijke rol bij spelen. Vandaar dat we aan de hand van *casestudies* hebben geïllustreerd wat nuttige lessen uit de praktijk kunnen zijn.

5.2 Praktijk: klimaatadaptatie

Het RvR-project had als doel de hoogwaterveiligheid te verbeteren en tegelijkertijd de ruimtelijke kwaliteit in het rivierengebied te vergroten. Met name het verbeteren van de bescherming tegen overstromingen is relevant in het kader van klimaatadaptatie, maar door de combinatie met het verbeteren van de ruimtelijke kwaliteit is het draagvlak op regionaal en lokaal niveau vergroot. De belangrijkste lessen ten aanzien van participatie uit het evaluatieonderzoek naar de uitvoering van het Ruimte voor de Rivier-programma zijn dat het aanbeveling verdient om te investeren in een (vroeg) tijdige publieksparticipatie in iedere fase van het project en dat duidelijk moet worden aangegeven waarin kan worden geparticipeerd. Daarbij was duidelijk dat de doelstellingen en het tijdig bereiken ervan niet ter discussie konden worden gesteld tijdens de participatie. Deze duidelijkheid was van meerwaarde in het participatieproces omdat zo niet hoefde te worden geïnvesteerd door burgers en bedrijven in meedenken over zaken die niet veranderd konden worden. Participatie en het daadwerkelijk meenemen van de inbreng van burgers en bedrijven was wel mogelijk bij de uitwerking en uitvoering van de maatregelen die werden genomen om de doelen te bereiken. Deze werden uitgewerkt door decentrale overheden en andere betrokken (private) partijen. Goede participatie zorgt – zo volgt uit het RvR-project – voor inhoudelijk betere zienswijzen, meer draagvlak en minder beroepszaken, en hoeft niet in de weg te staan aan het tijdig bereiken van de doelstellingen.[77] Goede ervaringen met participatie zijn een stimulans om te investeren in participatie en kunnen een deel van de huiver voor een al te actieve betrokkenheid van burgers wegnemen. Uit de evaluatie van het RvR-project volgt ook dat de participatie niet van meet af aan perfect was,

Journal of Environmental Policy and Planning 2014, afl. 2, p. 241-259; C. Dieperink, C. Green, D.L.T. Hegger, P.P.J. Driessen, M.H.M. Bakker, H.F.M.W. van Rijswick, A. Crabbé & K. Ek, 'Flood Risk Management in Europe: governance challenges related to flood risk management', *Utrecht University Repository*, The Netherlands: STARFLOOD Consortium 2013; P.P.J. Driesen & H.F.M.W. van Rijswick, 'Normative aspects of climate adaptation policies', *Climate Law* 2011, afl. 2, p. 559-581; C. Termeer, A. Dewulf, A. van Buuren, D. Huitema, S. Meijerink, T. Rayner, H.F.M.W. van Rijswick & M. Wiering, 'The Regional Governance of Climate Adaptation: A Framework for Developing Legitimate, Effective and Resilient Governance Arrangements', *Climate Law* (1) 2011, p. 1-21; A. van Buuren; J. Edelenbos, A. van Buuren & E.H. Klijn, *Gebiedsontwikkeling in woelig water: over water governance bewegend tussen adaptief waterbeheer en ruimtelijke besluitvorming*, Amsterdam: Boom Lemma uitgevers 2010.

77 Boeve e.a. 2019, p. 64.

maar dat gaandeweg de projecten de participatie werd verbeterd op basis van eerdere ervaringen en ervaringen in andere projecten. Dat er niettemin rechtszaken volgden dient niet als een falen van het participatieproces te worden gezien. Het is een wezenlijk element van onze rechtsstaat dat burgers die mogelijkheid hebben als zij in hun belangen worden geschaad. Participatie en rechtsbescherming hangen weliswaar sterk samen, maar dienen beide gewaarborgd te blijven.

5.3 Praktijk: klimaatmitigatie

Aan de gevoerde procedure rondom wind op land en specifiek het windpark Wieringermeer kunnen een aantal lessen worden ontleend. De ABRvS toetst marginaal. Bij deze marginale toetsing past het niet om te kijken naar de inhoud van ingediende zienswijzen en de reactie vanuit de overheid daarop. Daarom wordt bijvoorbeeld ook niet opgemerkt dat de facto geen inspraak heeft kunnen plaatsvinden op de locatiekeuze. Ten aanzien van de inspraak over de structuurvisies wordt door de ABRvS opgemerkt dat een zoekgebied nog geen ruimtelijke impact kent, maar bedacht moet worden dat deze aanwijzing tegelijkertijd een verplichting inhoudt om op die locatie een windpark te ontwikkelen. Dat een ruimtelijke impact wel degelijk hieruit zal voortvloeien is dan ook evident. In dit geval is er nooit een mogelijkheid geweest om invloed uit te oefenen, of om lokale voorkeuren mee te wegen in het proces.

Het is dan ook zeer de vraag, gelet ook op de fasering van besluiten en besluiten waar de daadwerkelijke impact uit voortvloeit, of zienswijzen bij een inpassingsplan nog enig nut hebben. Het proces voldoet in elk geval aan de wet, maar mogen omwonenden niet iets meer van het proces verwachten? De vraag komt ook op welk doel een dergelijke procedure dient. De kwaliteit van de besluitvorming wordt niet verbeterd noch is een dergelijke procedure gericht op het vergroten van het vertrouwen in de overheid of het voorkomen van conflicten.[78]

Het wordt bovendien ook duidelijk dat participanten andere voorstellingen hebben van het doel van de participatie dan het bevoegd gezag. Deze laatste richt zich bijvoorbeeld vaak op informeren, raadpleging en consultatie, terwijl participanten eerder denken dat zienswijzen zullen leiden tot wijzigingen in het besluit. Dit wordt zowel door Akerboom[79] als Perlaviciute en Squintani[80] onderschreven. Het is dan ook van belang niet alleen het conceptbesluit ter inzage te leggen en om inspraak te

78 Zie ook S. Akerboom, *Between public participation and energy transition: the case of wind farms (*diss. Amsterdam UvA), 2018; S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 3, p. 75-87.

79 S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 3, p. 75-87.

80 G. Perlaviciute & L. Squintani, 'Public Participation in Climate Policy Making: Toward Reconciling Public Preferences and Legal Frameworks', *One Earth* (2) 2020, afl. 4, p. 341-348.

verzoeken, maar ook daarbij te vermelden waartoe de zienswijzen kunnen leiden. Dit laatste wordt ook erkend in de memorie van toelichting bij het 'Right to challenge', waarin te lezen valt: 'het is zowel voor de inwoners en andere belanghebbenden als voor het gemeentebestuur van belang dat vooraf duidelijk is hoe breed de marges van beïnvloeding zijn'.[81] Er wordt derhalve al een begin gemaakt met het managen van procedurele verwachtingen.

6 Concluderende opmerking: de toekomstige transities en participatie

Klimaatverandering zal naar verwachting leiden tot grootschalige of ingrijpende veranderingen in de leefomgeving. Dit kan zowel betrekking hebben op mitigatie- als adaptatiemaatregelen. Daarmee is de noodzaak voor een goede organisatie en inhoud van participatieprocessen een gegeven. Het is vanuit een oogpunt van legitimatie van overheidshandelen belangrijk dat de noodzaak van klimaatadaptatie- en mitigatiemaatregelen duidelijk is en dat burgers en bedrijven mee kunnen denken en beslissen waar en op welke wijze de maatregelen worden uitgevoerd. Uit de bovenstaande vergelijking tussen adaptatiemaatregelen zoals bij de Ruimte voor de Rivier-projecten en mitigatieprojecten zoals het plaatsen van windmolens blijkt dat het minder lastig is de noodzaak voor hoogwaterbescherming uit te leggen. Dat is vanwege de ligging en potentiële kwetsbaarheid van Nederland voor overstromingen ook wel te verklaren. Over de exacte locatie waar maatregelen moeten worden genomen en de wijze waarop de adaptatiemaatregelen worden uitgevoerd kan meer discussie ontstaan en juist daar is het van belang participatie zo te organiseren dat alle betrokkenen de gelegenheid krijgen mee te denken en hun inbreng te leveren. Daarbij gaat het niet alleen over het informeren van burgers en bedrijven en hun de mogelijkheid te geven te adviseren, maar ook om gezamenlijk de besluitvorming voor te bereiden zodat hun inbreng daadwerkelijk wordt meegenomen in de besluitvorming. In deze bijdrage hebben we gekozen voort te bouwen op adaptatiemaatregelen in het kader van de hoogwaterbescherming. Daarbij is relevant dat Nederlanders er over het algemeen van overtuigd zijn dat hoogwaterbescherming in Nederland noodzakelijk is. Andere adaptatiemaatregelen zoals het klimaatbestendig maken van het landelijk gebied door het verhogen van waterpeilen of de aanleg van waterbergingsgebieden kunnen op meer weerstand stuiten terwijl maatregelen die nodig zijn voor het klimaatbestendig maken van het stedelijk gebied om wateroverlast en hittestress te verminderen of te voorkomen minder bekend zijn bij een breed publiek. Het gaat dan bijvoorbeeld om een andere inrichting van het stedelijk gebied met meer ruimte voor groen en waterberging en de aanleg van groene daken. Deze maatregelen zullen dus andere of meer inspanningen vragen om de noodzaak aan te tonen en het publiek te betrekken. Daarbij gaat het ook vaak om het overtuigen dat particulieren zelf maatregelen op privaat terrein moeten nemen.[82] Bij klimaatadaptatie in stedelijk gebied

81 www.internetconsultatie.nl/participatieverordening, zie memorie van toelichting.

82 Zie hiervoor het *special issue* van *Water International* over dit thema: T. Hartmann, W. van Doorn-Hoekveld, M. van Rijswick & T. Spit (red.), 'Flood resilience of private properties', *Water International* 2019, afl. 5 en de bijbehorende *policy brief*:

liggen kansen voor de verdere ontwikkeling van cocreatie en zelfbeheer als vormen van participatie.

De deadline voor het behalen van de 6.000 MW-windenergie op land nadert snel. Hierbij wordt duidelijk dat een groot gedeelte niet is gerealiseerd.[83] Een van de oorzaken die genoemd werd, is de weerstand tegen windparken. Ook de ABRvS signaleert deze weerstand, vanwege het grote aantal zaken dat bij de ABRvS belandt. De voorzitter geeft daarop aan dat dit aantal de energietransitie frustreert maar dat de zaken bovendien voornamelijk gericht zijn op de inspraakprocedure, een aspect waarop de ABRvS alleen marginaal kan toetsen.[84]

Inmiddels is er een nieuw doel voor 2030: 35 TWh hernieuwbaar op land.[85] Dit doel is afgesproken in het Klimaatakkoord en hierbij is aandacht besteed aan weerstand tegen windprojecten en hoe hieraan tegemoet kan worden gekomen. Ten eerste zijn de afspraken over financiële participatie uitgebreid. Er wordt gestreefd naar 50% lokaal eigenaarschap van nieuwe hernieuwbare projecten op land, maar er zijn verschillende varianten mogelijk zoals obligaties en participaties, een omgevingsfonds en eigendom. Er is bovendien afgesproken meer ruimte te bieden aan inspraak voor de lokale omgeving bij de keuzes voor het aanbod voor het aandeel van de 35 TWh, de keuze voor zon en/of wind en mogelijke locaties. Deze keuzes worden vastgelegd in een Regionale Energie Strategie (RES),[86] welke afspraken vervolgens volgens het reguliere omgevingsrechtelijke kader worden vastgelegd, en ook deze instrumenten kennen weer inspraakmomenten.

De wettelijke minimumeisen die in Nederland worden gesteld aan participatie zijn ons inziens onvoldoende om burgers te betrekken bij en te overtuigen van de noodzaak van een transitie naar een duurzamere en klimaatbestendiger samenleving. Dat geldt zelfs als aan alle wettelijke minimumeisen een goede invulling wordt gegeven. Voor een transitie die gezamenlijk door publieke en private partijen moet worden

T. Hartmann, W. van Doorn-Hoekveld, M. van Rijswick & T. Spit., 'Policy Brief No. 15: Flood-resilient cities start at home', IWRA Policy Brief, Blue Series, No. 15; C.B.R. Suykens, S. Priest, D. Tarlock, W. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'Sticks and carrots for reducing property-level risks from floods: an EU–US comparative perspective', *Water International* 2019, afl. 5.

83 Klimaat- en energieverkenning 2019, Den Haag 2019; Monitor Wind op Land 2018, april 2019.

84 Rechtszaken tegen wind- en zonneparken frustreren de klimaattransitie, zie interview met Bart Jan van Ettekoven: W. Boersema, *Trouw* 12 april 2019.

85 *Kamerstukken I* 2018/19, 32813, H; zie ook www.klimaatakkoord.nl.

86 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit instrument: S. Akerboom, 'Nieuw instrumentarium in de energietransitie: Regionale Energie Strategie en Warmtevisie', *TBR* 2019, afl. 31, p. 199-207; S. Akerboom, 'Participatie in de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019, afl. 3, p. 75-87; S. Akerboom met naschrift van A. Huygen, 'Een recht op participatie? Ontwikkelingen in de energietransitie', *Liber Amicorum*, aangeboden aan Henk Addink, oktober 2019, p. 207-224.

vormgegeven dienen partijen overtuigd te zijn of te worden van het belang van noodzakelijke maatregelen én van het belang van actieve betrokkenheid van burgers en bedrijven. De in de theorie beschreven overige vormen van participatie kunnen daarbij goede diensten bewijzen en verdienen het om mee geëxperimenteerd te worden. Daarbij zou de angst voor een grote betrokkenheid van burgers en mogelijke noodzakelijke aanpassingen van plannen en maatregelen niet leidend moeten zijn. Op deze plaats zijn woorden van Nelson Mandela een wijze herinnering: 'Onze grootste angst is niet dat wij niet goed genoeg zijn. Onze grootste angst is dat wij veel meer kunnen dan we ons kunnen voorstellen.'[87] Als we de angst voor een transitie naar een duurzame samenleving in dat licht plaatsen, kunnen publieke en private partijen veel bereiken in de duurzaamheidstraditie.

87 Nelson Mandela, inaugurele rede ('Our deepest fear is not that we are inadequate. Our deepest fear is that we are powerful beyond measure').

19 Ruimte voor klimaatadaptatie. Het spanningsveld tussen gebiedsontwikkeling en toekomstbestendig overstromingsrisicobeheer

Berthy van den Broek en Frank Groothuijse[1]

Samenvatting

In verband met de klimaatverandering zal in de toekomst meer ruimte nodig zijn voor dijkversterkingen of -verleggingen. Het is belangrijk om waterkeringen en (direct) aangrenzende gronden klimaatbestendig in te richten. Tegelijkertijd worden in deze gebieden maatschappelijk relevante initiatieven voorgesteld die niet of niet primair ten dienste staan van de waterkering. In deze bijdrage wordt een beeld geschetst van het juridische instrumentarium dat beschikbaar is om gronden te reserveren en onder welke voorwaarden activiteiten kunnen worden toegestaan binnen reserveringszones. Onze conclusie is dat overleg tussen de betrokken overheden essentieel is voor een effectieve inzet van het juridische instrumentarium. Wanneer gemeenten en waterschappen er onderling niet uitkomen, ligt er een verantwoordelijkheid bij de provincie om knopen door te hakken. Waar die taak op grond van het huidige recht impliciet bij de provincie ligt, wordt deze taak in de Omgevingswet expliciet bij de provincie neergelegd.

1 Inleiding

In verband met de klimaatverandering wordt verwacht dat in de toekomst ruimte nodig zal zijn voor dijkversterkingen of -verleggingen. Het is belangrijk om dijken en (direct) aangrenzende gronden klimaatbestendig in te richten en gronden te reserveren voor toekomstige dijkversterkingen. Het anticiperen op ontwikkelingen die het gevolg zijn van klimaatverandering, om ook in de toekomst in voldoende mate beveiligd te zijn tegen overstromingen, is een onderdeel van de zorg voor waterkeringen. Het kan in het licht van deze taak wenselijk en noodzakelijk zijn om gronden vrij te houden van bebouwing of gebruik dat een toekomstige dijkversterking kan belemmeren.
Tegelijkertijd worden vanuit de maatschappij in deze gebieden initiatieven en ontwikkelingen voorgesteld, die een claim leggen op het gebruik van gronden voor activiteiten die niet of niet primair ten dienste staan van de waterkering. Van oudsher

1 Berthy van den Broek is bestuurslid van het Instituut Mijnbouwschade Groningen en is als docent verbonden aan de vakgroep Staats-, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht. Frank Groothuijse is werkzaam als universitair hoofddocent omgevingsrecht bij de Afdeling Staats-, Bestuursrecht en Rechtstheorie en het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

wordt door waterschappen binnen de grenzen van waterkeringen en aangrenzende beschermingszones een restrictief beleid gevoerd ten aanzien van activiteiten die niet ten dienste staan van de waterkering. Uitsluitend ontwikkelingen van een geringe omvang worden toegestaan, zoals wandelroutes of aanlegsteigers. Dit restrictieve beleid zal in veel gevallen in de weg staan aan maatschappelijk waardevolle initiatieven.
In deze bijdrage zal de vraag worden beantwoord op welke manier ruimtelijke reserveringen kunnen worden gedaan voor toekomstige dijkversterkingen en welke consequenties dat heeft voor nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen. In het bijzonder speelt daarbij de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, activiteiten kunnen worden toegestaan binnen reserveringszones. Er zal een beeld worden geschetst van het juridische instrumentarium dat beschikbaar is om de ambities waar te maken. De focus ligt op de randvoorwaarden voor een effectieve inzet van de juridische publiekrechtelijke instrumenten door de overheid.

2 Noodzaak en ambitie

In de brief bij de aanbieding van het Deltaprogramma 2020 schrijft Deltacommissaris Peter Glas dat het van het grootste belang is dat Nederland zich goed blijft voorbereiden op de gevolgen van de klimaatverandering.[2] In dat kader is het een essentiële doelstelling dat waterkeringen in Nederland uiterlijk in 2050 aan de sinds 1 januari 2017 in de Waterwet opgenomen nieuwe normen voor de waterveiligheid voldoen.[3] De waterkeringbeheerders beoordelen aan de hand van het wettelijke beoordelingsinstrumentarium of de primaire waterkeringen aan de nieuwe wettelijke normen voldoen. De beoordeling van de primaire waterkeringen is gestart en zal in 2023 een eerste beeld opleveren van de toestand van de waterkeringen en de benodigde dijkversterkingen.[4] In het programmaplan van het Hoogwaterbeschermingsprogramma 2019-2023 staat vermeld dat tot 2050 naar verwachting ongeveer de helft van alle primaire waterkeringen verbeterd moet worden.[5]
Tegelijkertijd zijn er in steden en stedelijke regio's nieuwe locaties nodig voor wonen en werken.[6] In de afgelopen jaren is er immers op veel plaatsen een woningtekort

2 Brief van 12 juni 2019 betreffende Aanbieding Deltaprogramma 2020, kenmerk DC-2019/495.

3 W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', *TBR* 2017/142. Zie voor de veiligheidsnormering onder de Omgevingswet: T. Lavrijsen, 'De veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen onder de Omgevingswet', *TO* 2019/4, p. 130-138 en W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, M. Kok & H.F.M.W. van Rijswick, 'Meer zoden aan de dijk met resultaatgerichte normering van waterveiligheid in de Omgevingswet', *TBR* 2019/165.

4 Zie het Deltaprogramma 2020, par. 3.1

5 Programmaplan Hoogwaterbeschermingsprogramma 2019-2023, par. 3.1.

6 Ontwerp-NOVI (Nationale Omgevingsvisie) te downloaden op: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/06/06/ontwerp-nationale-omgevingsvisie.

ontstaan in Nederland. In de Nationale Woonagenda 2018-2021 wordt de verwachting uitgesproken dat er, om het woningtekort op te lossen, tot 2025 zo'n 700.000 woningen moeten worden bijgebouwd.[7] Dat komt neer op een jaarlijkse woningbouwopgave van ongeveer 75.000 woningen. In de Nationale Woonagenda wordt benadrukt dat er, om dit te bereiken, sprake moet zijn van een gezamenlijke ambitie en inspanning van de betrokken partijen. Bovendien zal de behoefte aan woningen vooral lokaal en regionaal via een gebiedsgerichte aanpak moeten worden uitgewerkt. De achterliggende gedachte is dat provincies en gemeenten het best kunnen beoordelen welke maatwerkoplossingen nodig zijn. Daarbij is het van wezenlijk belang dat er bij de ontwikkeling van nieuwe woningbouwlocaties aandacht zal zijn voor klimaatbestendig bouwen. De woningbouwopgave kan niet los worden gezien van de noodzakelijke energie- en klimaattransitie.

In de Deltabeslissing Ruimtelijke Adaptie uit juni 2014 werd reeds aandacht gevraagd voor adaptatie van de ruimtelijke inrichting aan klimaatverandering.[8] Bij de locatiekeuze, de ruimtelijke inrichting en de bouwwijze is daar tot op heden vaak te weinig aandacht aan besteed. In de aanbiedingsbrief van het Deltaprogramma 2020 heeft de Deltacommissaris nogmaals expliciet aandacht gevraagd voor een klimaatbestendige ruimtelijke inrichting: 'De grote uitdaging is om bij alle ruimtelijke plannen volop rekening te houden met de wateropgave en het veranderende klimaat.'[9]

In het Deltaplan Ruimtelijke Adaptatie wordt geconcludeerd dat een klimaatbestendige inrichting van Nederland moet zijn gericht op het beperken van de gevolgen van overstromingen. Dat betekent dat de woningbouwopgave 'klimaatadaptief' moet worden uitgevoerd. Het beperken van de gevolgen van overstromingen moet worden meegewogen bij de ruimtelijke inrichting. De ambitie van het Deltaplan Ruimtelijke Adaptatie is dat Nederland in 2050 zo goed mogelijk klimaatbestendig en waterrobuust ingericht is en dat er bij herontwikkeling geen extra risico op schade of slachtoffers ontstaat door een overstroming voor zover dat redelijkerwijs haalbaar is. Meer concreet zou bij ruimtelijke ontwikkelingen ten behoeve van woningbouw en energietransitie rekening moeten worden gehouden met overstromingsrisico's.

De ambitie om de consequenties van overstromingen te beperken, kan ertoe leiden dat ruimte wordt gereserveerd voor toekomstige dijkverbredingen. Mede in het licht van de doelstelling dat primaire waterkeringen in Nederland uiterlijk in 2050 voldoen aan de sinds 1 januari 2017 in de Waterwet opgenomen nieuwe normen voor de waterveiligheid, is het de verwachting dat in de toekomst meer ruimte nodig zal zijn voor dijkversterkingen of -verleggingen. Op rijksniveau wordt de noodzaak en ambitie van een klimaatbestendige ruimtelijke inrichting erkend. Een klimaatadaptieve ruimtelijke inrichting kan echter alleen worden bereikt door een gezamenlijke inspanning van alle overheden en door een gebiedsgerichte aanpak waardoor maatwerkoplossingen mogelijk worden.

7 *Kamerstukken II* 2017/18, 32847, nr. 365, bijlage 842700.

8 De Deltabeslissing Ruimtelijke Adaptatie is vastgesteld als onderdeel van het Deltaprogramma 2015, zie par. 2.4 van dat programma.

9 Brief van 12 juni 2019 betreffende Aanbieding Deltaprogramma 2020, kenmerk DC-2019/495.

Het realiseren van de ambities blijkt in de praktijk niet altijd eenvoudig. In deze bijdrage wordt uitgelegd wat de oorzaken daarvan zouden kunnen zijn.

3 Juridische instrumenten voor de reservering van ruimte voor dijkversterkingen

De UU heeft in het kader van de Pilot 'Ruimtelijk Instrumentarium Dijken' op verzoek van het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard onderzoek gedaan naar de juridische instrumenten die de overheid heeft om ruimte te reserveren voor dijkversterkingen.[10] Uit het onderzoek blijkt dat er op zichzelf voldoende juridische instrumenten beschikbaar zijn om ruimte te reserveren voor toekomstige dijkversterkingen. Bovendien zijn er geen (grote) belemmeringen voor klimaatadaptief bouwen en inrichten. De fragmentatie van taken en bevoegdheden kan wel een risico vormen. De kern van het probleem is dat de beleids- en besluitvorming op het gebied van ruimtelijke ordening en water via verschillende sporen verloopt. De relevante taken en bevoegdheden zijn niet alleen verdeeld over het waterspoor en het ruimtelijke spoor, maar zijn ook verspreid over verschillende typen bestuurslichamen (gemeenten, waterschappen en provincies). Een effectieve inzet van het juridische instrumentarium wordt daardoor bemoeilijkt.[11] Een tweede risico is de beleidsvrijheid die de verschillende overheden hebben bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden. Hierdoor is een gezamenlijke en gebiedsgerichte visievorming niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk. Deze stelling wordt hieronder toegelicht.

3.1 Bevoegdheden waterkeringbeheerder

De Waterwet voorziet niet expliciet in de bevoegdheid om ten behoeve van toekomstige dijkversterkingen ruimte te reserveren. Groothuijse heeft betoogd dat de juridische grondslag voor deze bevoegdheid kan worden gevonden in de bevoegdheid van het waterschapsbestuur om waterschapsverordeningen en leggers vast te stellen.[12] Het waterschapsbestuur heeft de bevoegdheid regels te stellen voor zover het dat nodig acht ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen taken. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de taak van een waterschap ruimer wordt opgevat dan alleen de zorg voor de bestaande fysieke waterkering met bijbehorende beschermingszone, maar zich ook kan uitstrekken tot gronden waarvan aannemelijk is dat deze nodig zijn om in de (verre) toekomst te voldoen aan de waterveiligheidsnormen.[13]

10 Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot '*Ruimtelijk Instrumentarium Dijken'*, Rotterdam 2015.

11 Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot '*Ruimtelijk Instrumentarium Dijken'*, Rotterdam 2015, p. 7-11.

12 F.A.G. Groothuijse*, Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 262.

13 Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot *Ruimtelijk Instrumentarium Dijken,* Rotterdam 2015, par. 3.1; F.A.G. Groothuijse, *Water*

Vanuit het waterspoor is het aan de beheerder van de waterkering om in beeld te brengen wat voor de langere termijn de te verwachten versterkingsopgave is.[14] Vanuit de waterveiligheid en de daarbij behorende versterkingsopgave kan het wenselijk zijn om gronden in de nabijheid van dijken en rivieren te reserveren voor eventuele toekomstige dijkverbredingen. In de jurisprudentie wordt erkend dat met deze ruimtelijke reservering een waterstaatsbelang is gediend, zodat met het oog daarop zones kunnen worden aangewezen waarbinnen het gebruik van gronden kan worden beperkt.[15] Omdat het reserveren van ruimte voor toekomstige dijkversterkingen primair een waterschapsbelang is, verdient het aanbeveling dat waterschappen reserveringszones (ook wel: 'profiel van vrije ruimte') aanwijzen in de legger waarbinnen op grond van de keur gestelde regels gelden.[16] Om te voorkomen dat ruimtelijke ontwikkelingen de toekomstige dijkversterkingen of -verleggingen bemoeilijken of kostbaar maken, kan het gebruik van de ruimte in reserveringzones in de keur en legger worden gereguleerd.[17] Regulering van het grondgebruik is noodzakelijk om gronden binnen de reserveringszone te vrijwaren van onomkeerbare ingrepen en ontwikkelingen die alleen tegen hoge kosten en met behulp van lange procedures ongedaan kunnen worden gemaakt. Om te voorkomen dat in de toekomst bouwwerken of leidingen moeten worden verwijderd om een dijkversterking te realiseren, is het belangrijk dat aandacht wordt besteed aan de situering van kapitaalintensieve investeringen. Het gaat daarbij voornamelijk om nieuwe bebouwing, uitbreiding van bestaande bebouwing of het leggen van kabels en leidingen.[18]
Groothuijse heeft in zijn dissertatie uiteengezet dat het waterschap een ruime discretionaire bevoegdheid heeft bij het vaststellen van de keur en de legger. Dat betekent

weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 262-265.

14 In deze bijdrage richten wij ons op het beheer van waterkeringen door de waterschappen.

15 Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot *Ruimtelijk Instrumentarium Dijken*, Rotterdam 2015, par. 3.1; F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 262-265.

16 De keur wordt vastgesteld op grond van art. 56 jo. art. 78 lid 1 Waterschapswet. De keur moet in samenhang worden bezien met de legger als bedoeld in art. 5.1 Wtw. Deze legger wijst de ligging, vorm, afmeting en constructie aan waaraan waterstaatswerken moeten voldoen. In de legger wordt ook het profiel van vrije ruimte (reserveringszone) aangewezen.

17 Reserveringszones worden ook wel aangeduid als 'vrijwaringszone', 'ruimtelijke reservering' of 'profiel van vrije ruimte'. In art. 1.1 onder j van de modelkeur van de Unie van Waterschappen wordt het begrip 'profiel van vrije ruimte' gedefinieerd als 'de ruimte als vastgelegd in de legger ter weerszijden van, boven en onder een waterstaatwerk of een toekomstig waterstaatswerk die naar het oordeel van de beheerder nodig is voor toekomstige verbeteringen'.

18 F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 259-260.

niet dat het waterschap de noodzaak en omvang van een reserveringszone niet hoeft te motiveren. Het waterstaatkundige belang dat gediend is met de reservering van ruimte zal zorgvuldig moeten worden afgewogen tegen andere belangen, waaronder de belangen van derden.[19]
Daarbij zal ook moeten worden meegewogen op welke wijze de activiteiten in de keur het beste kunnen worden gereguleerd. Het is mogelijk om in de keur algemene regels op te nemen die voorwaarden stellen aan het verrichten van bepaalde handelingen, het is mogelijk om voor bepaalde handelingen een absoluut verbod op te nemen of een verbod om zonder vergunning activiteiten te verrichten.[20] Wanneer wordt gekozen voor een 'verbod behoudens vergunning', voor bijvoorbeeld het oprichten van (bouw)werken, zal er in ieder afzonderlijk individueel geval een nadere afweging moeten worden gemaakt. Het vaststellen van algemene regels lijkt vanuit het oogpunt van administratieve lasten aantrekkelijker, maar er zal dan meer druk worden gelegd op toezicht en handhaving. De wijze waarop activiteiten worden gereguleerd is mede afhankelijk van het scenario voor de dijkversterkingen. Wanneer de reservering van ruimte geschiedt ten behoeve van dijkversterkingen die in de verre toekomst zullen plaatsvinden, zal er immers eerder een (tijdelijke) watervergunning kunnen worden verleend voor activiteiten of het oprichten van (bouw)werken dan wanneer de dijkversterkingen op de korte of middellange termijn worden verwacht. In dat geval zal een algeheel verbod voor het oprichten van bouwwerken wellicht een betere optie zijn.

3.2 Bevoegdheden gemeente

De gemeente draagt zorg voor een goede ruimtelijke ordening. De gemeenteraad heeft daartoe de bevoegdheid om bestemmingsplannen vast te stellen.[21] Het bestemmingsplan is het juridisch bindende instrument waarmee met het oog op een goede ruimtelijke ordening gebruiksmogelijkheden van gronden en opstallen kunnen worden gereguleerd. Het gaat daarbij om de situering van bestemmingen ten opzichte van elkaar. Niet alle gebruiksvormen kunnen worden gesitueerd in elkaars directe nabijheid. Zo wordt een rustige woonwijk bij voorkeur niet gepland naast een bedrijventerrein waarop hinderlijke bedrijven zijn toegestaan. Het is in dit verband belangrijk om inzicht te hebben in de situeringskenmerken van bestemmingen. Situeringskenmerken zijn die kenmerken van een bestemming, die bepalend zijn voor de mogelijkheden tot inpassing in de omgeving. Voorbeelden zijn de diverse vormen van hinder die veroorzaakt worden door bedrijfsactiviteiten, zoals geluidhinder of geurhinder, die een bepaalde afstand tot woningen noodzakelijk maken. Het kan ook zijn dat een bepaald gebied of een bepaalde gebruiksvorm juist een bijzondere

19 F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 259-260.

20 Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot *'Ruimtelijk Instrumentarium Dijken',* Rotterdam 2015, par. 2.1.3.

21 Art. 3.1 lid 1 Wro.

kwetsbaarheid voor hinder met zich brengt, zoals een natuurgebied of een gebouw met grote groepen kwetsbare bewoners zoals verzorgingshuizen of ziekenhuizen.[22]
De aanwezigheid van een primaire waterkering beïnvloedt de mogelijkheden van het grondgebruik in de direct aangrenzende omgeving. Niet alle gebruiksvormen kunnen in de nabijheid van een primaire waterkering vanuit het oogpunt van de waterveiligheid worden toegestaan. In verband met de waterveiligheid worden bijzondere eisen gesteld aan de situering van bepaalde (kapitaalintensieve) gebruiksvormen. Hoewel een ideale situering in de praktijk vaak niet te realiseren zal zijn, omdat in de meeste gevallen de ruimte in de nabijheid van waterkeringen nooit helemaal vrij is van bebouwing, is het belangrijk om rekening te houden met de gevolgen van de klimaatverandering, en toekomstige belemmeringen voor dijkversterkingen of dijkverleggingen zoveel als redelijkerwijs mogelijk te voorkomen of te beperken. Aangezien deze dijkversterkingsmaatregelen gepaard kunnen gaan met een bepaald ruimtebeslag en consequenties kunnen hebben voor het gebruik van naburige percelen betreft het een ruimtelijk relevant belang, dat een rol kan – en zelfs moet – spelen bij de vaststelling van een bestemmingsplan.

Zoals hiervoor werd aangegeven kan een waterschapsbestuur een profiel van vrije ruimte aanwijzen in de legger en daarvoor gebruiksbeperkende regels stellen in de keur. Het is een kwestie van interpretatie of voor de gemeente een verplichting geldt om een profiel van vrije ruimte als zodanig aan te duiden in een bestemmingsplan. Artikel 2.11.2 lid 2 Barro bepaalt dat een bestemmingsplan dat betrekking heeft op gronden die deel uitmaken van een beschermingszone die gronden aanduidt met de gebiedsaanduiding 'vrijwaringszone'. Binnen deze beschermingszones kunnen gemeentebesturen op grond van artikel 2.12 Barro in bestemmingsplannen uitsluitend nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen toestaan, voor zover deze geen belemmeringen kunnen vormen voor het onderhoud, de instandhouding of de versterking van de primaire waterkering.
Het is echter nog maar de vraag of een profiel van vrije ruimte (reserveringszone) onder het begrip 'beschermingszone' valt. In artikel 2.11.1 lid 1 Barro wordt het begrip 'beschermingszone' gedefinieerd als 'beschermingszone, in de zin van artikel 1.1 Waterwet voor zover grenzend aan een primaire waterkering'.
Artikel 1.1 Waterwet definieert een beschermingszone als 'een aan een waterstaatwerk grenzende zone waarin ter bescherming van dat werk voorschriften en beperkingen kunnen gelden'. Strikt genomen kan een profiel van vrije ruimte (reserveringszone) niet worden beschouwd als een beschermingszone, aangezien de reservering van ruimte niet dient ter bescherming van de bestaande waterkering, maar ter voorkoming van ontwikkelingen die toekomstige dijkversterkingen of -verleggingen kunnen belemmeren of kostbaar kunnen maken. Bij een ruime interpretatie van het begrip 'bescherming' zou daarentegen kunnen worden betoogd dat ook het belang van toekomstige dijkversterkingen daaronder kan worden begrepen, omdat deze nodig zijn om de waterkering permanent haar functie te laten vervullen. Een

22 P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk Bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (10e druk), par. 3.4.2.

aanknopingspunt voor deze ruime interpretatie zou gevonden kunnen worden in artikel 2.12 Barro op grond waarvan niet alleen nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen die het onderhoud en de instandhouding van de waterkering kunnen belemmeren in bestemmingsplannen moeten worden opgenomen, maar ook ruimtelijke ontwikkelingen die de *versterking* van de waterkering kunnen belemmeren. De reikwijdte van de bescherming van deze instructieregel ziet met andere woorden ook op toekomstige versterkingen, hetgeen impliceert dat onder beschermingszones ook reserveringszones kunnen worden begrepen, voor zover deze zones grenzen aan de waterkering. Een argument voor het standpunt dat reserveringszones niet onder het begrip beschermingszone vallen, kan worden gevonden in een uitspraak van de Rechtbank Brabant-Oost d.d. 6 februari 2020, waarin de rechtbank van oordeel is dat een profiel van vrije ruimte grenzend aan een oppervlaktewaterlichaam niet als een beschermingszone kan worden beschouwd:

> 'Een beschermingszone is een zone die grenst aan een waterstaatswerk en waarin ter bescherming van dat werk voorschriften en beperkingen kunnen gelden. Met de aanwijzing van een profiel van vrije ruimte, die niet is gebaseerd op de Waterwet, maar op de Keur waterschap Brabantse Delta/De Dommel/Aa en Maas 2015, is beoogd ontwikkelingen tegen te gaan, die de toekomstige realisering van een aan dat profiel in het kader van de Kaderrichtlijn water toegekende functie zouden bemoeilijken. Het doel van de aanwijzing van een profiel van vrije ruimte is daarmee het bieden van een soort voorbereidingsbescherming. Een profiel van vrije ruimte kan niet op een lijn worden gesteld met een beschermingszone.'[23]

De bovenstaande uitspraak illustreert dat er discussie mogelijk is over de vraag of een profiel van vrije ruimte onder het begrip 'beschermingszone' valt. Gelet op de reikwijdte van artikel 2.12 Barro, dat ook ziet op het weren van ruimtelijke ontwikkelingen ten behoeve van de *versterking* van waterkeringen en het feit dat de geciteerde rechtsbankuitspraak betrekking had op een reserveringszone ten behoeve van een oppervlaktewaterlichaam, zijn wij van mening dat onder beschermingszones ook reserveringszones kunnen worden begrepen, mits deze grenzen aan de waterkering. Reserveringszones met het oog op een toekomstige dijkverlegging die niet grenzen aan de bestaande waterkering, kunnen niet onder de reikwijdte van het begrip 'beschermingszone' in zin van artikel 1.1. Wtw vallen.
Los van bovenstaande discussie is het overigens in de praktijk niet ongebruikelijk om gronden die binnen een profiel van vrije ruimte gelegen zijn, de bestemming 'Waterstaat – Profiel van vrije ruimte' of de bestemming 'Waterstaat-Waterkering' te geven. Daarbij wordt opgemerkt dat uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden afgeleid dat in het bestemmingsplan geen regels kunnen worden opgenomen voor zover deze regels *uitsluitend* strekken ter bescherming van waterstaatkundige belangen die reeds door de keur worden beschermd. Regels in een bestemmingsplan zijn dan immers niet nodig met het oog op de bestemming 'Waterkering', maar los daarvan zijn wij van mening dat de zorg voor waterkering

23 Rb. Oost-Brabant 6 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:657.

exclusief aan het waterschapsbestuur is opgedragen. Dat betekent dat de bescherming van waterstaatkundige belangen in onze ogen primair op grond van de keur en de legger dient te geschieden.[24] Het betekent ook dat een gemeente in het bestemmingsplan niet louter de regeling uit de keur mag overnemen. Indien in een Keur en/of legger een profiel van vrije ruimte is opgenomen, zal bij de voorbereiding van ieder nieuw bestemmingsplan moeten worden onderzocht of, en zo ja onder welke voorwaarden, het beoogde gebruik van gronden en opstallen is toegestaan op grond van de Keur.

Wanneer op grond van de keur een vergunningplicht geldt, zal het beleid dat het waterschap met betrekking tot het verlenen van watervergunningen heeft vastgesteld een belangrijke rol dienen te spelen in het kader van de besluitvorming omtrent de herziening van een bestemmingsplan. Het moet redelijkerwijs te verwachten zijn dat de benodigde vergunning voor het in het bestemmingsplan bestemde grondgebruik kan worden verleend. Wanneer op voorhand duidelijk is dat de keur aan de beoogde planologische ontwikkeling in de weg staat, dan zal het bestemmingsplan niet uitvoerbaar zijn. Het is vaste jurisprudentie dat een bestemmingsplan waarvan op voorhand duidelijk is dat het onuitvoerbaar is, in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en niet op rechtmatige wijze kan worden vastgesteld.[25] In het kader van de uitvoerbaarheid, is vroegtijdig overleg tussen de gemeente en het waterschap over de vraag welke planologische ontwikkelingen in een profiel van vrije ruimte kunnen worden toegestaan, niet alleen wenselijk maar ook noodzakelijk.[26]

Een mogelijkheid om het bestemmingsplan en de keur af te stemmen is om grondgebruik in het bestemmingsplan te bestemmen onder de voorwaarden dat aan de regels van de keur wordt voldaan. De Afdeling heeft een dergelijke constructie geaccepteerd.[27] De vraag is evenwel of dat in juridisch opzicht een wenselijke regeling is, aangezien een overtreding van de keur dan per definitie ook een overtreding van het bestemmingsplan inhoudt. De vraag rijst in dat geval wie er bevoegd is tot handhavend optreden: B&W of het waterschapsbestuur? Dat kan leiden tot verschillende interpretaties van de regels van de keur en lijkt ons niet wenselijk.

24 ABRvS 11 februari 2015, *AB* 2015/179; Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard, Eindrapport Pilot *'Ruimtelijk Instrumentarium Dijken',* Rotterdam 2015, par. 3.2.2.

25 Zie o.m. ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904, *AB* 2018/31, m.nt. H.F.M.W. van Rijswick en ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6215, *M en R* 2005, 63, m.nt. F.A.G. Groothuijse. Zie ook: P.J.J. van Buuren & J. Hoekstra, 'De uitvoerbaarheidstoets van bestemmingsplannen; een onopgemerkte revolutie?', in: *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: IBR 2015, p. 254-256.

26 F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen (*diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 445-446.

27 ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5255, *M en R* 2012/125, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

4 Welk gebruik kan worden toegestaan in reserveringszones?

Het is relevant dat gemeenten en waterschappen overleggen over de consequenties die een ruimtelijke reservering voor toekomstige dijkversterkingen heeft voor de ontwikkeling van een gebied. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat een tamelijk restrictief vergunningenbeleid van het waterschapsbestuur in een profiel van vrije ruimte niet zonder meer onredelijk wordt geacht. Vanuit de maatschappij en/of gemeenten wordt echter steeds vaker een beroep gedaan op de beschikbare ruimte voor activiteiten waaraan het restrictieve beleid van het waterschap in de weg staat. Het is dan de vraag onder welke voorwaarden een waterschap medewerking kan verlenen. Het is immers niet altijd noodzakelijk om binnen een reserveringszone alle activiteiten te verbieden. Activiteiten die toekomstige dijkversterkingen niet belemmeren, zoals begrazing, beweiding van graslanden of recreatief gebruik van wandelroutes en bijbehorende ontwikkelingen van een geringe omvang zoals aanlegsteigers, straatmeubilair en kiosken, kunnen zonder meer worden toegestaan. Voor andere activiteiten zal een verbod behoudens vergunning een geschikt(er) instrument zijn, omdat per activiteit een nadere beoordeling moet plaatsvinden. In de modelkeur van de Unie van Waterschappen is de volgende verbodsbepaling opgenomen: 'Het is verboden zonder watervergunning van het bestuur in het profiel van vrije ruimte werken te plaatsen, te wijzigen of te behouden.'

Een vergunningplicht biedt de mogelijkheid om per individueel geval een afweging te maken of de activiteit kan worden toegestaan en zo ja, onder welke voorwaarden. Het verdient aanbeveling om voor het verlenen van een watervergunning in het profiel van ruimte beleidsregels vast te stellen, die inzichtelijk maken onder welke voorwaarden een vergunning kan worden verleend. Naarmate de reservering van gronden voor een langere periode geschiedt en er meer onduidelijkheid bestaat over de vraag of en zo ja in hoeverre de gronden voor dijkversterking zullen worden ingezet, kan het vergunningenbeleid meer of minder restrictief worden geformuleerd en zullen er zwaardere eisen worden gesteld aan de onderbouwing van de noodzaak van de reservering en de daarbinnen geldende beperkingen. Bovendien kunnen aan de watervergunningen voorschriften worden verbonden, voor zover dat noodzakelijk is met het oog op de waterstaatkundige belangen. De voorschriften kunnen zien op de wijze, de plaats of de tijd waarop het vergunde gebruik wordt uitgevoerd of gesitueerd.[28]

Een belangrijk voorschrift dat aan de watervergunning kan worden verbonden, is de verplichting voor de vergunninghouder om het vergunde gebruik op eigen kosten te verwijderen of aan te passen, indien dat in verband met een (toekomstige) dijkversterking noodzakelijk is. Dat een dergelijke verwijderingsverplichting is toegestaan, blijkt uit de zaak *Groningen Seaports*. In deze zaak had het waterschap aan Groningen Seaports een ontheffing verleend voor een losstoep op een primaire waterkering. Aan het besluit was een voorschrift verbonden op grond waarvan de losstoep op kosten van Groningen Seaports of diens rechtsopvolger dient te worden verwijderd dan wel aangepast, indien in de toekomst een verhoging van de primaire

28 *Kamerstukken II* 2006/07, 30818, nr. 3, p. 123.

waterkering noodzakelijk mocht zijn. In haar uitspraak van 8 oktober 2008 overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak:

> 'Krachtens artikel 21 lid 2 van de Keur kunnen ter bescherming van de bij de waterstaatstaken betrokken belangen aan een ontheffing voorschriften worden verbonden. Het standpunt van het dagelijks bestuur dat onder deze belangen mede mag worden gerekend zijn financiële belang, in die zin dat de aanwezigheid van de losstoep bij het uitvoeren van de toekomstige dijkverzwaring geen extra kosten met zich mee mag brengen, is niet onredelijk. In dit verband is van belang dat ten tijde van de verlening van de ontheffing bekend was dat dijkverzwaring van de Wilhelminahaven op middellange termijn aan de orde is en met het voorschrift wordt beoogd zoveel mogelijke opties voor de in de toekomst noodzakelijke dijkverzwaring open te houden.'[29]

Het waterschap doet er verstandig aan om in het besluit waarbij de vergunning wordt verleend te motiveren dat de toekomstige versterkingswerkzaamheden op (middel) lange termijn zullen moeten worden uitgevoerd, zodat het vergunningvoorschrift op grond waarvan de vergunninghouder het (bouw)werk dient te verwijderen noodzakelijk is in verband met de behartiging van waterstaatkundige belangen.[30] De noodzaak voor reservering van gronden in verband met toekomstige dijkversterkingen moet bij de vaststelling van een profiel van vrije ruimte reeds aannemelijk worden gemaakt door het waterschapsbestuur, zodat deze voorwaarde geen grote belemmering hoeft op te leveren. Met de noodzaak voor het vaststellen van het profiel van vrije ruimte is immers gegeven dat de financiële belangen van het waterschap om extra kosten voor de uitvoering van toekomstige dijkversterkingen die voortvloeien uit het vergunnen van een activiteit in het profiel van vrije ruimte te voorkomen, kunnen worden beschouwd als waterstaatkundige belangen. Wanneer de vergunde activiteit moet worden aangepast of gestaakt en het vergunde (bouw)werk moet worden verwijderd, zal het bevoegd gezag de watervergunning moeten intrekken of wijzigen.[31] Indien de dijkversterkingen op de (middel)lange termijn worden voorzien, is het bovendien mogelijk om bepaalde activiteiten tijdelijk toe te staan. Er kan op grond van de Waterwet een watervergunning voor bepaalde tijd worden verleend. Dit komt erop neer dat een (bouw)werk wel binnen een profiel van vrije ruimte gebouwd mag worden, wanneer het te verplaatsen of makkelijk te verwijderen is. Voor zover dergelijke tijdelijke activiteiten een toekomstige dijkversterking -of verplaatsing niet belemmeren of (onevenredig) kostbaarder maken,[32] is het met het oog op de doel-

29 ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7246, *AB* 2008/333, m.nt. A. van Hall.

30 Het is bovendien verstandig om een financiëlezekerheidsstelling te vereisen (art. 6.20 Waterwet).

31 Het bevoegd gezag kan ingevolge art. 6.22 lid 4 Wtw slechts tot intrekking van watervergunning overgaan, voor zover niet kan worden volstaan met wijziging of aanvulling van de aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen.

32 Zoals reeds is opgemerkt kan onder deze doelstelling ook het financiële belang van de beheerder worden begrepen om toekomstige kosten van dijkversterkingsmaatregelen zo veel mogelijk te beperken. Zie ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7246,

stellingen van de Waterwet niet nodig – en dus ook niet mogelijk – om deze activiteiten in absolute zin te verbieden. Activiteiten kunnen door het waterschapsbestuur op grond van artikel 56 lid 1 en artikel 78 lid 1 Wsw immers slechts worden gereguleerd voor zover dat ter behartiging van die doelstellingen, waaronder de bescherming tegen wateroverlast en overstromingen, noodzakelijk is. Een absoluut verbod voor tijdelijke bouwwerken zou in dat geval verder gaan dan voor het bereiken van deze doelstellingen nodig is. Een dergelijk verbod is niet alleen in strijd met artikel 56 lid 1 en artikel 78 lid Wsw, maar ook met artikel 3:4 lid 2 Awb. Het lijkt mogelijk om een watervergunning slechts voor een bepaalde periode te verlenen. Wel zal in verband met de rechtszekerheid moeten worden bepaald voor welke termijn de vergunning wordt verleend.[33] Het verdient aanbeveling om die termijn af te stemmen op de termijn waarbinnen een dijkversterking wordt voorzien. Aan de tijdelijke watervergunning kan voorts de verplichting voor de vergunninghouder worden verbonden om de vergunde (bouw)werken te verwijderen en de vergunde activiteit te staken.

5 Afstemming en coördinatie

5.1 Gezamenlijke, gebiedsgerichte visie

Vanwege de fragmentatie van bevoegdheden, gecombineerd met de beleidsvrijheid die waterschappen en gemeenten hebben bij de uitoefening van hun bevoegdheden, is een goede afstemming en coördinatie essentieel voor een effectieve inzet van de beschikbare instrumenten voor de reservering van ruimte. Gemeenten en waterschappen zullen een gebiedsgerichte gezamenlijke visie moeten ontwikkelen. Wanneer alle betrokken overheidsinstanties overtuigd zijn van de noodzaak van een toekomstige dijkverbreding of -versterking, zal de wil tot samenwerking op zichzelf wel aanwezig zijn. Het proces van gezamenlijke visievorming zal veelal echter niet vanzelf soepel verlopen, omdat de belangen van verschillende overheden tegengesteld kunnen zijn of omdat verschillende overheden en marktpartijen andere prioriteiten stellen. Het risico is dat waterveiligheidsaspecten in een te laat stadium bij de voorbereiding van ruimtelijke ontwikkelingen worden betrokken. Een procesinstrument dat beoogt te bewerkstelligen dat waterbelangen in een vroeg stadium worden meegewogen bij de vaststelling van het bestemmingsplan, is de watertoets.

AB 2008/333, m.nt. A. van Hall. Zie ook Rb. Middelburg 29 januari 2008, nr. AWB07/389, *M en R* 2008, 29K en *Milieurecht Totaal* 2008/1854, ABRvS 8 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ7482, *M en R* 2011/188, m.nt. Groothuijse, ABRvS 9 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7106, *AB* 2010/211 en ABRvS 28 januari 2004, ECLI:NL: RVS:2004:AO2427, *AB* 2004/116, beide m.nt. A. van Hall en uitgebreider: F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming van wateroverlast en overstromingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 262-265.

33 Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Departement Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht J*uridische facilitering multifunctioneel gebruik primaire waterkeringen*, 2018.

De watertoets is een vorm van een verplicht vooroverleg in het kader van de voorbereiding van een bestemmingsplan. Op grond van artikel 3.1.1 lid 1 Bro dient het college in het kader van de voorbereiding van een bestemmingsplan overleg te plegen met besturen van betrokken gemeenten, waterschappen en met die diensten van provincie en Rijk die betrokken zijn bij de zorg voor de ruimtelijke ordening of die belast zijn met de behartiging van (andere) belangen die in het geding zijn. De uitkomsten van de watertoets worden in de toelichting op het bestemmingsplan weergegeven in de waterparagraaf (art. 3.1.6 lid 1 onder b Bro). De kracht van de watertoets is een vroegtijdige betrokkenheid van de waterbeheerder bij ruimtelijke planprocessen, zodat de adviezen van de waterbeheerder betrokken kunnen worden bij de keuze van locaties en situering van bebouwing.[34]
De watertoets is belangrijk, maar het is zeker niet het enige procesinstrument voor een waterbeheerder om invloed uit te oefenen op de ruimtelijke inrichting. De kans bestaat dat de watertoets te laat in het besluitvormingsproces wordt ingezet, waardoor de waterbelangen geen volwaardige rol meer kunnen spelen in het besluitvormingsproces.[35] In het kader van de voorbereidingen van een bestemmingsplanherziening ligt het initiatief tot overleg immers bij de gemeente. De waterveiligheidsopgave enerzijds en woningbouwopgave anderzijds maken het, mede in het licht van de klimaatverandering, niet alleen wenselijk maar zeker ook noodzakelijk dat overheden en marktpartijen al in een eerder stadium met elkaar in gesprek gaan om vanuit de verschillende maatschappelijke behoeften en ambities, een gezamenlijke gebiedsgerichte visie te ontwikkelen. Bestuurlijk en strategisch overleg op lokaal en regionaal niveau, tussen bestuurders en/of medewerkers van de verschillende overheden, belangenorganisaties en marktpartijen is essentieel voor het ontwikkelen van een gebiedsgerichte klimaatadaptatie- en ontwikkelstrategie.

5.2 Bestuursakkoord

Nadat de hoofdlijnen van het beleid in een gezamenlijk visiedocument zijn vastgelegd, zal het in het kader van de voorbereiding van afzonderlijke projecten en activiteiten in het betreffende gebied steeds opnieuw noodzakelijk zijn om te overleggen over de concrete randvoorwaarden waaronder deze projecten en activiteiten kunnen worden toegestaan.

Omdat de betrokken bestuursorganen een ruime beleidsvrijheid hebben bij de inzet van hun bevoegdheden, kan een (regionaal of lokaal) bestuursakkoord daarbij een nuttig instrument zijn. Dit instrument is al vaker ingezet voor de afstemming en

34 Unie van Waterschappen, *Handreiking Watertoets effectief en efficiënt,* 2008.

35 Uit verschillende al wat oudere evaluaties (uit 2003, 2006 en 2011) is gebleken dat de watertoets niet heeft gewerkt zoals zou moeten en zou kunnen. Zie het advies van de Commissie van Advies inzake Waterstaatswetgeving 'Juridische versterking van de watertoets', april 2008, p. 7 en de Projectgroep evaluatie watertoets, Evaluatie van het procesinstrument watertoets 2011, Koepelnotitie met conclusies en aanbevelingen, Den Haag 2012. Na 2011 zijn er geen evaluaties meer uitgevoerd op nationaal niveau. Zie www.helpdeskwater.nl/onderwerpen/water-ruimte/watertoetsproces/evaluaties/.

coördinatie van beleid op het gebied van de waterveiligheid en ruimtelijke inrichting. In een bestuursakkoord kunnen afspraken worden gemaakt die vervolgens een kader vormen voor de wijze waarop de verschillende instrumenten door de betrokken bestuursorganen worden ingezet. Op die manier kunnen afstemmingsproblemen in de uitvoeringsfase worden voorkomen. In het bestuursakkoord kunnen afspraken worden gemaakt over de doelstellingen ten aanzien van de waterveiligheid en ruimtelijke inrichting van een gebied, er kan worden afgesproken binnen welke randvoorwaarden ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk zijn binnen de reserveringszones, er kan worden afgesproken binnen welke randvoorwaarden samenwerking mogelijk is tussen bestuursorganen, welk bestuursorgaan of welke partij zijn bevoegdheden inzet en op welk moment, wie het beste de regierol kan vervullen, en hoe de kosten worden verdeeld.

Hoewel het opstellen van een bestuursakkoord aan de voorkant van het besluitvormingsvormingsproces een extra inspanning vergt, zal dit zijn vruchten kunnen afwerpen in de uitvoeringsfase. Door de gemeente, waterschaps- en provinciebesturen binnen een gebied te betrekken bij de visievorming en vervolgens in een bestuursakkoord afspraken te maken over de effectuering van de gezamenlijke visie, wordt niet alleen draagvlak, maar ook engagement gecreëerd. Op die manier wordt een gezamenlijke gebiedsvisie kaderstellend voor de uitoefening van taken en bevoegdheden door verschillende bestuursorganen, in het kader van de voorbereiding van concrete, individuele projecten. Door het trechteren van de besluitvorming wordt voorkomen dat in de uitvoeringsfase de kernpunten van beleidsvisie steeds opnieuw ter discussie worden gesteld. Hoewel een visiedocument niet juridisch bindend is voor het vaststellen van de benodigde uitvoeringsbesluiten, draagt een bestuursakkoord eraan bij dat deze evenmin (te) vrijblijvend is. Bovendien kan bij het vaststellen van uitvoeringsbesluiten worden verwezen naar het gezamenlijke visiedocument en het bestuursakkoord. Op die manier is er sprake van een bundeling van de motivering en onderbouwing in de voorfase van het gebiedsontwikkelingstraject, die nuttig is in het kader van de voortgang van projecten in de uitvoeringfase.[36]
In de uitvoeringsfase is het overigens tevens van belang dat gemeente- en waterschapsbesturen hun vergewisplicht van artikel 3:20 Awb goed naleven, zodat de initiatiefnemer van een bouwplan in een beschermingszone er door het gemeentebestuur op wordt gewezen dat er voor het bouwplan ook nog een watervergunning van het waterschapbestuur benodigd kan zijn. Daarmee kan worden voorkomen dat een initiatiefnemer na verlening van de omgevingsvergunning voor bouwen het bouwwerk opricht zonder dat hij zich ervan bewust is dat daarvoor ook een watervergunning van het waterschapsbestuur is vereist. Dat kan vervelende handhavingskwesties tot gevolg hebben.[37] Om aan deze vergewisplicht te voldoen zal het gemeentebestuur

36 Zie F.A.G. Groothuijse e.a., *Juridisch-bestuurlijke evaluatie Ruimte voor de Rivier,* Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Utrecht University, 2018.

37 Zie bijv. ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5901, *M en R* 2013/24, m.nt. F.A.G. Groothuijse. Indien een aanvraag digitaal via het Omgevingsloket Leefomgeving wordt aangevraagd, dan zal dit digitale formulier de initiatiefnemer bij een juiste gegevensinvoer van de watervergunningplicht vergewissen.

ten minste op de hoogte moeten zijn van een mogelijke watervergunningplicht. De kans daarop lijkt groter als het gemeentebestuur al actief betrokken was bij de gezamenlijke visievorming over ruimtelijke ontwikkelingen in gebieden waarbinnen ter bescherming van de waterkeringen regels in de keur zijn gesteld.
Een verdergaande vorm van afstemming in de uitvoeringsfase is het van toepassing verklaren van afdeling 3.5 Awb door het gemeente- en waterschapsbestuur,[38] waardoor voor een project benodigde omgevingsvergunning en watervergunning gecoordineerd kunnen worden voorbereid. De meest vergaande vorm van procedurele coördinatie is het aanhaken van de watervergunning bij de omgevingsvergunning.[39] Waterschapsbesturen zullen daartoe echter niet snel overgaan, zo is onze verwachting. Zij zullen de bevoegdheid om op de aanvraag om de watervergunning te beslissen verliezen, aangezien deze overgaat op het bestuursorgaan dat bevoegd is om te beslissen op de omgevingsvergunningaanvraag (doorgaans het gemeentebestuur).

5.3 Juridische bindende (uitvoerings)besluiten

Uiteindelijk zal de gezamenlijke visievorming ook juridisch moeten doorwerken in burgerbindende regels. Dat kan op verschillende manieren. Zoals reeds is betoogd moeten de regels ter bescherming van de primaire waterkeringen primair in de keur en de legger van het waterschap worden verankerd. Door middel van een vergunningstelsel in de keur kan per geval worden bepaald in hoeverre de bescherming van de waterkering ruimtelijke ontwikkelingen binnen een vrijwaringszone in het bestemmingsplan kunnen worden toegestaan.
Het provinciebestuur als regionale gebiedsregisseur en toezichthouder op zowel waterschaps- als gemeentebesturen, zou de beleidsregels van het waterschapsbestuur ten aanzien van toestaan van bebouwing kunnen vertalen naar instructieregels voor de vaststelling van bestemmingsplannen in beschermings- en vrijwaringszones. Op die manier is het gemeentebestuur ook verplicht om dat beleid in acht te nemen bij de vaststelling van bestemmingsplannen.
Op rijksniveau is voor een vergelijkbare constructie gekozen bij afstemming van het beleid voor het behoud van ruimte voor de grote rivieren. De minister van I en W heeft als beheerder van de rijkswateren beleidsregels vastgesteld voor de verlening van watervergunningen voor activiteiten in het rivierbed van de grote rivieren in de Beleidsregels Grote Rivieren. Deze beleidsregels zijn door de regering in het Barro vertaald in instructieregels voor de vaststelling van bestemmingsplannen in het riviergebied.
Naast de instructieregel- en instructiebevoegdheid kan het provinciebestuur ook een reactieve aanwijzing geven aan het gemeentebestuur, indien in een bestemmingsplan (of een afwijkingsvergunning), in afwijking van de instructieregels of het in een structuurvisie neergelegde provinciale beleid, ruimtelijke ontwikkelingen worden toegestaan in beschermings- of vrijwaringszones.

38 Zie art. 3:21 lid 1 onder b Awb.
39 Art. 2.2 lid 2 Wabo.

Indien het provinciebestuur van oordeel is dat het waterschapsbestuur te ruime beschermings- of vrijwaringszones heeft vastgesteld of van oordeel is dat de door het waterschapsbestuur vastgestelde beleidsregels ten aanzien van de mogelijke ruimtelijke ontwikkelingen te beperkend zijn, kan het provincie het interbestuurlijk instrumentarium ook richting de waterschapsbesturen inzetten door over de uitoefening van de vergunningverlenende bevoegdheid instructieregels vast te stellen of in individuele gevallen een instructie te geven.
Zoals reeds in paragraaf 3.2 uiteen is gezet, heeft het Rijk in het Barro instructieregels vastgesteld ten aanzien van beschermingszones, die in het bestemmingsplan moeten worden bestemd als vrijwaringszones en waarbinnen een nieuw bestemmingsplan geen nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen mag toestaan die een belemmering kunnen vormen voor het onderhoud, de instandhouding en versterking van primaire waterkeringen.

6 Omgevingswet

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet zal er in juridisch opzicht op hoofdlijnen niet veel wijzigen ten aanzien van de regulering van activiteiten binnen reserveringszones. De toedeling van taken en bevoegdheden aan het waterschaps-, gemeente-, provincie- en rijksbestuur en de onderlinge verhoudingen daartussen zullen ten aanzien van de regulering van activiteiten in reserveringszones ten gevolge daarvan niet wijzigen. Wel geldt er een zeer algemene verplichting voor bestuursorganen om bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet rekening te houden met de taken en bevoegdheden van andere bestuursorganen en deze zo nodig op elkaar af te stemmen,[40] maar van een concrete en harde verplichting is geen sprake. Wel wordt daarmee het belang van afstemming van taken en bevoegdheden in de wet tot uitdrukking gebracht.
Meer concreet wijzigt de regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur en de reikwijdte daarvan niet. Wel zal de aanwijzing van beschermingszones en reserveringszones, waarbinnen met het oog op de belangen van de waterkering regels kunnen worden gesteld niet langer in de legger plaatsvinden, maar in de waterschapsverordening zelf als een zogenoemd ‘beperkingengebied’. Daardoor zal er naar onze mening niet langer beroep openstaan tegen de aanwijzing van beschermings- en reserveringszones. Op grond van jurisprudentie van de Afdeling staat immers geen beroep bij de bestuursrechter open tegen een concretisering van een algemeen verbindend voorschrift (in de vorm van de gebiedsaanwijzing), indien die concretisering onderdeel uitmaakt van het algemeen verbindend voorschrift zelf.[41]
De relatie tussen de waterschapsverordening en het omgevingsplan zou gelet op de tekst van artikel 4.1 en 4.2 Ow kunnen wijzigen, aangezien de bevoegdheid om regels in het omgevingsplan op te nemen niet beperkt is tot regels die nodig zijn

40 Art. 2.2 lid 1 Ow.
41 Zie ABRvS van 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3510, *AB* 2016/408, m.nt. L.J.A. Damen.

in verband met een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Dat sluit dan ook niet uit dat er andere regels in het omgevingsplan kunnen worden opgenomen. Vanwege het noodzakelijkheidscriterium in artikel 3.1 lid 1 Wro kunnen thans juist ter bescherming van waterstaatswerken geen regels in het bestemmingsplan worden opgenomen, omdat waterstaatswerken reeds op grond van de keur zijn (of kunnen worden) beschermd en bescherming in bestemmingsplanregels dus niet nodig is. Desondanks zijn wij van mening dat de verhouding tussen de waterschapsverordening en het omgevingsplan na de inwerkingtreding van de Omgevingswet niet zal wijzigen. Artikel 2.2 lid 3 Ow bevat immers ook een noodzakelijkheidscriterium op grond waarvan bestuursorganen bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden op grond van de wet slechts in bevoegdheden van een ander bestuursorgaan mogen treden, voor zover dat nodig is voor de uitoefening van hun eigen taken en bevoegdheden. Op grond daarvan is het dus niet nodig voor een gemeentebestuur om in het omgevingsplan regels op te nemen ter bescherming van waterkeringen, voor zover die waterkeringen reeds door de waterschapsverordening (kunnen) worden beschermd.

Ten aanzien van de vergunningplicht voor activiteiten kan worden opgemerkt dat de watervergunning alleen wat betreft de benaming in de Omgevingswet is geïntegreerd, aangezien het waterschapsbestuur exclusief bevoegd blijft voor de verlening van omgevingsvergunningen die hun grondslag vinden in de waterschapsverordening.[42] Om die reden moet een omgevingsvergunning voor een wateractiviteit los worden aangevraagd van de omgevingsvergunning voor andere activiteiten, zonder dat het waterschapsbestuur de bevoegdheid heeft zijn vergunning aan te haken bij de omgevingsvergunning, zoals dat thans op grond van artikel 2.2 lid 2 Wabo in theorie wel mogelijk is.[43] Voor ruimtelijke ontwikkelingen in beschermings- en reserveringszones is dan ook onder de Omgevingswet een vergunning van zowel het waterschapsbestuur als het gemeentebestuur vereist. Het gemeentebestuur en het waterschapsbestuur blijven de mogelijkheid behouden om gezamenlijk te beslissen om hernieuwde coördinatieregeling van afdeling 3.5 Awb op de besluitvorming van toepassing te verklaren.

Ook de coördinerende rol van het provinciebestuur als gebiedsregisseur ten aanzien van de uitoefening van taken en bevoegdheden door waterschaps- en gemeentebesturen zal met de komst van de Omgevingswet niet wezenlijk wijzigen. Sterker nog, deze rol wordt in artikel 2.18 lid 1 onder a Ow uitdrukkelijk als wettelijke taak aan het provinciebestuur toebedeeld. Om die wettelijke taak ook daadwerkelijk waar te kunnen maken heeft het provinciebestuur de bevoegdheid om met het oog daarop instructieregels vast te stellen voor waterschaps- en gemeentebesturen.[44] De bevoegdheid om met het oog op de coördinerende taak in een concreet geval een instructie te geven, bijvoorbeeld als waterschaps- en gemeentebesturen het niet eens kunnen worden over de ruimtelijke ontwikkelingen die in beschermings- en reserveringszones kunnen worden toegestaan, ontbreekt echter. Het provinciebestuur zal de instructie aan

42 Art. 5.4 Ow.
43 Zie art. 5.7 lid 2 Ow jo. art. 10.21 Omgevingsbesluit.
44 Art. 2.23 onder b jo. art. 2.18 lid 1 onder a Ow.

het waterschapsbestuur in dat geval moeten baseren op een doelmatig en doeltreffend waterbeheer.[45] De instructie aan het gemeentebestuur over de vaststelling van een omgevingsplan zullen Gedeputeerde Staten moeten baseren op de noodzakelijkheid met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.[46]

7 Conclusies en aanbevelingen

In verband met de klimaatverandering wordt verwacht dat in de toekomst ruimte nodig zal zijn voor dijkversterkingen of -verleggingen. In dat kader is het belangrijk om ruimte te reserveren voor toekomstige dijkversterkingen. Tegelijkertijd wordt in de Nationale Woonagenda en het ontwerp-NOVI beschreven dat er met name in steden en stedelijke regio's nieuwe locaties nodig zijn voor wonen en werken.[47] De betrokken overheden erkennen dat een gezamenlijke inspanning van alle partijen nodig is en hebben de ambitie uitgesproken om de ruimte in Nederlands klimaatadaptief in te richten.

Om deze ambitie te vertalen in resultaten zijn erop zichzelf voldoende juridische instrumenten beschikbaar. De fragmentatie van taken en bevoegdheden kan wel een belemmering vormen voor een effectieve inzet van instrumentarium. De kern van het probleem is dat de relevante taken en bevoegdheden verdeeld zijn over verschillende bestuursorganen, via het waterspoor en het ruimtelijk spoor. Daarbij komt dat de verschillende bestuursorganen beschikken over een ruime mate van beleidsvrijheid bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden.

Ten slotte vraagt het toestaan van activiteiten in reserveringszones om (juridische) maatwerkoplossingen. Dit alles maakt dat vroegtijdig overleg tussen de gemeente en het waterschap over de vraag welke ruimtelijke ontwikkelingen onder welke voorwaarden binnen een reserveringszone kunnen worden toegestaan, essentieel is voor een effectieve inzet van juridische instrumenten.

In deze bijdrage werd duidelijk dat er op verschillende niveaus en in verschillende fasen van de beleids- en besluitvorming overleg nodig is tussen de betrokken overheden. Het ontwikkelen van een gezamenlijke, gebiedsgerichte visie is een belangrijk procesinstrument, waarbij kan worden geïnventariseerd welke maatschappelijke opgaven en doelstellingen binnen een bepaald gebied relevant zijn. In het visiedocument kan onder meer zichtbaar worden gemaakt welke consequenties een reservering voor toekomstige dijkversterkingen heeft voor het gebruik van gronden en de zich daarop bevindende opstallen. Daarvoor is strategisch overleg nodig tussen bestuurders van overheden en betrokken marktpartijen, omdat belangen van verschillende overheden tegengesteld kunnen zijn of omdat er verschillende prioriteiten worden

45 Art. 2.33 lid 1 en 2 onder c Ow

46 Art. 2.33 lid 1 en 2 onder a Ow.

47 Ontwerp-NOVI (Nationale Omgevingsvisie), p. 81 e.v. te downloaden op: https://www.novistukken.nl/default.aspx. Zie ook de bijlage bij de brief van de minister van BZK 'Integrale visie op de woningmarkt' *Kamerstukken II* 2017/18, 32847, nr. 365 (bijlage 842700). Zie voor de meest recente stand van zaken de brief van de minister van BZK, *Kamerstukken II* 2019/20, 32847, nr. 653.

gesteld. Nadat een gezamenlijk visiedocument is vastgesteld, verdient het aanbeveling om afspraken neer te leggen in een lokaal of regionaal bestuursakkoord. In een bestuursakkoord kunnen afspraken op hoofdlijnen worden gemaakt die vervolgens een kader vormen voor de inzet van de verschillende juridische instrumenten door betrokken bestuursorganen. Ten slotte is het bij de voorbereiding van afzonderlijke projecten binnen een reserveringszone noodzakelijk dat betrokken partijen in een vroeg stadium overleggen over de omvang, locatie en wijze van uitvoering van de activiteit.

Het overzicht van juridische instrumenten die beschikbaar zijn voor de reservering van ruimte voor toekomstige dijkversterkingen maakt duidelijk waarom het, vanuit een gedeelde gezamenlijke ambitie, vervolgens een uitdaging is om concrete resultaten te bereiken. Samenwerking en afstemming van juridische instrumenten is daarbij essentieel. Wanneer gemeenten en waterschappen daar zelf niet uitkomen ligt er een verantwoordelijkheid bij de provincie om knopen door te hakken. Waar die taak op grond van het huidige recht impliciet bij de provincie ligt, wordt deze taak in de Omgevingswet expliciet bij de provincie neergelegd. De Omgevingswet voorziet ook in interbestuurlijke bevoegdheden richting gemeenten en waterschappen om de rol van gebiedsregisseur daadwerkelijk uit te oefenen. In gebieden waarin waterstaatswerken zijn gelegen zal die rol, mede vanwege de spanning tussen gebiedsontwikkeling en een toekomstbestendig overstromingsrisicobeheer, de komende decennia wel eens belangrijker kunnen worden dan deze eigenlijk al is.

20 Het Nederlandse overstromingsrisicobeheer van de toekomst: méér (dan) dijken bouwen?

Herman Kasper Gilissen, Willemijn van Doorn-Hoekveld en Ton Lavrijsen[1]

Samenvatting

In deze bijdrage bespreken wij het Nederlandse overstromingsrisicobeheer en de meest recente juridische en beleidsontwikkelingen op dat terrein. In het bijzonder gaan wij in op de ontwikkelingen rondom het concept 'meerlaagsveiligheid'. Naast een sterke traditionele focus op de beperking van de kans op een overstroming vinden er namelijk steeds meer complementaire ontwikkelingen plaats die het beperken van de gevolgen van een eventuele overstroming centraal stellen. Gevolgbeperking kan plaatsvinden in het ruimtelijke spoor (ruimtelijke adaptatie; 'laag 2') of in het spoor van de rampenbeheersing ('laag 3'). Wij achten dit positieve ontwikkelingen, maar menen dat deze in de huidige beleidsconstructie niet voldoende tot hun recht komen. Daarom doen wij enkele aanbevelingen voor de juridische verankering van deze twee gevolgbeperkende strategieën. Hiermee kunnen de effectiviteit en de veerkracht van het Nederlandse overstromingsrisicobeheer worden bevorderd en wordt bijgedragen aan het bereiken van de waterveiligheidsdoelen op de middellange (2030) en de langere termijn (2050).

1 Inleiding

Het Nederlandse overstromingsrisicobeheer wordt traditioneel gekenmerkt door het aanleggen van waterkeringen die de kans op een overstroming beperken.[2] Dat is ook niet vreemd, want de gevolgen van een overstroming zullen voor een groot deel van het land gezien de ligging daarvan desastreus zijn. Klimaatverandering, (versnelde) zeespiegelstijging, bodemdaling en steeds grotere rivierafvoeren legitimeren de vraag hoe lang Nederland deze benadering van overstromingsrisico's nog vol kan

1 Herman Kasper Gilissen en Willemijn van Doorn-Hoekveld zijn universitair hoofddocent respectievelijk universitair docent bij de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht & Rechtstheorie en onderzoeker aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Ton Lavrijsen is juridisch adviseur bij het ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Zijn bijdrage is op persoonlijke titel. Deze bijdrage is geschreven in het kader van het NWO-TTW project 'ALLRISK', P15-21, Project 5 (https://kbase.ncr-web.org/all-risk/). Het onderzoek bouwt voort op resultaten van het EU-FP7 Project 'STARFLOOD' (www.starflood.eu).

2 Zie M. Kaufmann, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen & H.F.M.W. van Rijswick, *Drowning in safety. Analysing and evaluating flood risk governance in the Netherlands* (report no. D3.3), Utrecht: STARFLOOD Consortium 2016.

houden.[3] In het strategische waterbeleid, met name in het deltaprogramma, worden reeds beleidslijnen ontwikkeld over hoe op de langere termijn kan worden omgegaan met dergelijke, vaak nu nog lastig te voorspellen ontwikkelingen.[4] De ontwikkeling van het beleidsconcept 'meerlaagsveiligheid' vormt een belangrijke pijler onder deze beleidslijnen. Waar het huidige beleid en dat van de nabije toekomst vooralsnog hoofdzakelijk zal zijn gericht op het beperken van de kans van een overstroming door het aanleggen en versterken van waterkeringen, lijkt er ook steeds meer aandacht te komen voor andere strategieën voor overstromingsrisicobeheer.
In dit deze bijdrage bespreken wij de meest recente (beleids)ontwikkelingen en leggen wij de nadruk op deze complementaire[5] strategieën. Wij schetsen daartoe eerst de theoretische kaders door in te gaan op de risicobenadering die ten grondslag ligt aan het huidige overstromingsrisicobeheer (par. 2) en de strategieën die op basis van die benadering op verschillende niveaus worden onderscheiden (par. 3). Daarna bespreken wij de huidige beleidsontwikkelingen en staan wij uitvoeriger stil bij het beleidsconcept 'meerlaagsveiligheid' (par. 4). In paragraaf 5 gaan wij in op de juridische borging van de afzonderlijke 'lagen' binnen de meerlaagsveiligheid, waarbij het bereiken van een optimale wisselwerking tussen de verschillende lagen als uitgangspunt dient. Wij sluiten af met de nodige conclusies in paragraaf 6.

3 H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer. Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013; S. Goytia, M. Pettersson, T. Schellenberger, W. J. van Doorn-Hoekveld & S. Priest, 'Dealing with change and uncertainty within the regulatory frameworks for flood defense infrastructure in selected European countries', *Ecology and Society* 2016, 21(4), p. 23, https://doi.org/10.5751/ES-08908-210423.

4 Zie www.deltacommissaris.nl/deltaprogramma.

5 Wij spreken bewust van 'complementaire' strategieën en niet van 'alternatieve' strategieën. Daarmee willen wij benadrukken dat de veerkracht (*resilience*) van een systeem van overstromingsrisicobeheer toeneemt, naarmate daar meer verschillende strategieën aan ten grondslag liggen. Gebruik van de term 'alternatieve strategieën' zou ten onrechte de indruk wekken dat de traditionele kansbeperkende strategie kan of moet worden vervangen door (een) andere. Dat is niet het geval; onze aanbevelingen strekken dan ook niet tot fundamentele herziening van het Nederlandse overstromingsrisicobeheer, maar tot een verrijking daarvan. Zie D.L.T. Hegger, C. Green, P.J.J. Driessen, M. Bakker, C. Dieperink, A. Crabbé, K. Deketelaere, B. Delvaux, C. Suykens, J.C. Beyers, M. Fournier, C. Larrue, C. Manson, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz & S.B. Goytia, *Flood Risk Management in Europe: Similarities and Differences between the STAR-FLOOD consortium countries*, Utrecht: STAR-FLOOD Consortium 2013; D.L.T. Hegger, P.P.J. Driessen & M. Bakker (red.), *A view on more resilient flood risk governance: key conclusions of the STAR-FLOOD project*, Utrecht: STAR-FLOOD consortium 2016; C.B.R. Suykens, S.J. Priest, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'Sticks and carrots for reducing property-level risks from floods: an EU–US comparative perspective', *Water International* 2019, nr. 5, p. 622-639, DOI: 10.1080/02508060.2019.1640957. www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02508060.2019.1640957

2 Een risicobenadering in het waterveiligheidsbeleid

Absolute bescherming tegen overstromingen kan niet worden gegarandeerd. Maar de kans op overstromingen en de negatieve gevolgen daarvan kunnen wel worden verminderd, waardoor het algehele overstromingsrisico afneemt. Met dit uitgangspunt is de Richtlijn overstromingsrisico's[6] (Ror) in het leven geroepen. De Ror definieert de term 'overstromingsrisico' als '*de kans dat* zich een overstroming voordoet in combinatie met de mogelijke *negatieve gevolgen van* een overstroming voor de gezondheid van de mens, het milieu, het cultureel erfgoed en de economische bedrijvigheid [cursivering auteurs].'[7] Een overstromingsrisico (R) kan in een eenvoudige formule dus worden uitgedrukt als de kans (K) in relatie tot de gevolgen (G): R = K x G. In het overstromingsrisicobeheer wordt op basis van deze benadering steeds gezocht naar een optimale combinatie van kans- en gevolgbeperkende strategieën (zie hierna) om de regionale risico's van een overstroming op een passende wijze te beheersen.[8] Inmiddels ligt deze risicobenadering ook ten grondslag aan de Nederlandse waterveiligheidssystematiek.[9] Onder de Omgevingswet zal dit ook het geval blijven.[10]

Dat de Ror het overstromings*risico* als uitgangspunt nam, was een tamelijk grote verandering voor het toenmalige Nederlandse waterveiligheidsbeheer. Aan deze systematiek lagen namelijk lange tijd zogenoemde *overschrijdingskansen* ten grondslag. De in dat verband geldende *overschrijdingskansnormen* gaven de hoogste hoogwaterstand weer waarop de tot directe kering van het buitenwater bestemde primaire waterkeringen[11] moesten zijn berekend, mede gelet op overige het water-

6 Richtlijn 2007/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 over de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's, *PbEU* 2007, L 288/27 (Ror).

7 Art. 2 lid 2 Ror.

8 S.J. Priest, C. Suykens, H.F.M.W. van Rijswick, T. Schellenberger, S.B. Goytia, Z.W. Kundzewicz, W.J. van Doorn-Hoekveld, J.C. Beyers & S. Homewood, 'The European Union approach to flood risk management and improving societal resilience: lessons from the implementation of the Floods Directive in six European countries', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 50, https://doi.org/10.5751/ES-08913-210450.

9 Zie D. van Twist, 'Een goed begin is het halve werk: omzetting van het wetsvoorstel primaire waterkeringen naar het stelsel van de Omgevingswet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2016/5, p. 150; H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'De nieuwe veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', *TBR* 2017/142.

10 Zie W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse & H.M.F.W. van Rijswick, 'Meer zoden aan de dijk met de resultaatsgerichte normering van waterveiligheid in de Omgevingswet', *TBR* 2019/165 en T. Lavrijsen, 'De veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen onder de Omgevingswet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2019/4.

11 Primaire waterkeringen zijn de waterkeringen die beveiliging bieden tegen overstromingen vanuit de zee, de grote meren en de grote rivieren. Doorgaans zijn de waterschappen de beheerder van deze waterkeringen.

kerend vermogen bepalende factoren.[12] Bij deze benadering bestond het beheer dus vooral uit het voorkomen van overstromingen (kansbeperking) en richtten de waterveiligheidsnormen zich bovendien enkel op de hoogte en sterkte van de keringen in relatie tot waterstanden en golfbelasting.[13] Bij de introductie van de nieuwe waterveiligheidssystematiek ligt de nadruk in het beheer vooralsnog sterk op de kansbeperking, maar aan de nieuwe normeringssystematiek en het onderliggende beleid ligt wel degelijk de risicobenadering ten grondslag.[14]

Het streven van dit nieuwe beleid is dat uiterlijk in 2050 voor ieder individu achter een primaire waterkering de kans op overlijden als gevolg van een overstroming niet groter is dan 1:100.000 per jaar. Voor sommige gebieden wordt een hoger beschermingsniveau nagestreefd. Dat is het geval als sprake kan zijn van grote groepen dodelijke slachtoffers, grote economische schade en/of ernstige schade door uitval van vitale en kwetsbare infrastructuur.[15] Om deze doelen te behalen is op basis van specifieke gebiedskenmerken het te bereiken beschermingsniveau vastgesteld. Dit beschermingsniveau geeft uitdrukking aan het (politiek aanvaardbare geachte) overstromingsrisico (R). Op grond van berekeningen van de te verwachten gevolgen (schade en slachtoffers) van een overstroming (G) op een bepaalde locatie zijn vervolgens zogenoemde *overstromingskansnormen* (K) voor dijktrajecten vastgesteld. Deze normen bepalen dus (nog steeds) hoe hoog en sterk een waterkering minimaal moet zijn, maar daarbij is óók gekeken naar de (inrichtings)kenmerken van het gebied dat deze kering moet beschermen.[16] Naarmate de gevolgen van een overstroming in een bepaald gebied minder ernstig zullen zijn, bijvoorbeeld doordat het gebied gemakkelijk te ontvluchten/evacueren is, hoeft voor de kering die dat gebied beschermt een minder strenge norm te gelden, ten opzichte van een (qua bevolkingsdichtheid en economische bedrijvigheid) vergelijkbaar gebied waarvoor deze ontvlucht-/evacuatiemogelijkheden niet bestaan.

Hoewel de risicobenadering in Nederland dus nog steeds vooral van belang is voor het bepalen van de minimale overstromingskans die aan een dijktraject moet worden toegekend om het gewenste beschermingsniveau te bereiken, biedt deze verbreding van de uitgangspunten van het overstromingsrisicobeheer ook ruimte voor risicobeheersing aan de hand van andere dan kansbeperkende (lees: gevolgbeperkende)

12 Zie art. 3 lid 1 Wet op de waterkering en later art. 2.2 lid 1 Waterwet (tot 1 januari 2017).

13 Zie H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick, *Nederlands waterrecht in Europese context*, Deventer: Kluwer 2012; Gilissen e.a. 2017.

14 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 31710, nr. 26. Ook aan de (oude) overschrijdingskansnormen lag overigens wel een soort van risicobenadering ten grondslag, maar veel minder expliciet en 'berekend' dan bij de huidige overstromingskansen. Ook bij de overschrijdingskansen gold voor dichtbevolkte gebieden of gebieden met veel economische bedrijvigheid een strengere norm dan voor dunbevolkte gebieden (zie onder andere *Kamerstukken II* 1988/89, 21195, nr. 3, p. 5.

15 Zie Nationaal Waterplan 2016-2021; *Kamerstukken II* 2015/16, 31710, nr. B, p. 15.

16 Zie D. van Twist, 'Een goed begin is het halve werk: omzetting van het wetsvoorstel primaire waterkeringen naar het stelsel van de Omgevingswet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2016/5, p. 150; H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'De nieuwe veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', *TBR* 2017/142.

maatregelen. In Nederland wordt daar momenteel (anno 2020) nog weinig toepassing aan gegeven, maar hier valt wel reeds te wijzen op de fundamentele beleidsontwikkelingen in het deltaprogramma, en dan met name de ontwikkelingen rondom het beleidsconcept 'meerlaagsveiligheid' (zie hieronder). Nu wij reeds in verschillende bijdragen zijn ingegaan op de kansbeperkende kant van het Nederlandse waterveiligheidsbeheer, willen wij in deze bijdrage de aandacht vestigen op de mogelijkheden voor gevolgbeperking. Maatregelen voor de beheersing van overstromingsrisico's kunnen worden ingedeeld in verschillende categorieën, die in de communicatie van de Europese Commissie en de literatuur worden aangeduid als strategieën. Daarom bespreken wij hieronder eerst de geïdentificeerde strategieën.

3 Strategieën voor de beheersing van overstromingsrisico's

Bij de bespreking van het overstromingsrisicobeheer is het van belang dat duidelijkheid bestaat over de gekozen formulering van begrippen. Met name op het gebied van strategieën is dat relevant, aangezien Nederland heeft gekozen voor een in terminologie enigszins afwijkende benadering dan op Europees niveau. Ook de wetenschap blijkt een eigen terminologie en categorisering te hebben ontwikkeld. In deze paragraaf bespreken en vergelijken wij de categorisering en formulering van strategieën voor overstromingsrisicobeheer uit de Ror, het Europese onderzoeksproject 'STARFLOOD', en ten slotte de Nederlandse systematiek.

3.1 Strategieën in de Richtlijn overstromingsrisico's

Binnen het overstromingsrisicobeheer kunnen, zoals gezegd, verschillende categorieën van strategieën worden onderscheiden, waarbinnen uiteenlopende typen maatregelen kunnen worden geschaard. De Ror noemt een drietal strategieën, die aan de basis dienen te liggen van het waterveiligheidsbeleid in de verplicht op te stellen overstromingsrisicobeheerplannen. Onderscheid wordt gemaakt tussen preventie, bescherming en paraatheid.[17] In de Mededeling van de Commissie aan de Raad licht de Commissie deze strategieën toe en voegt daar nog twee (deels buiten de risicobenadering vallende) strategieën aan toe: 'noodmaatregelen' en 'herstelmaatregelen en benutting van ervaringen'. De Commissie definieert deze strategieën en maatregelen als volgt:[18]

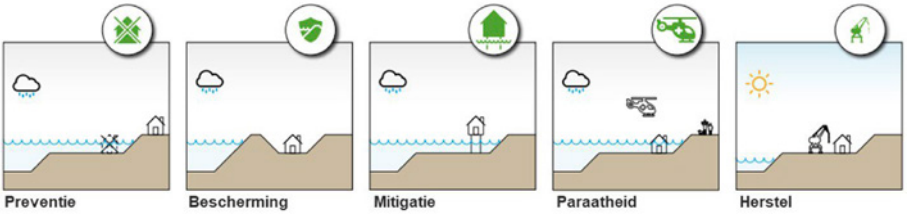
- Preventie: schade door overstromingen voorkomen door te vermijden dat woonhuizen en industriële installaties worden gebouwd in gebieden die kwetsbaar zijn voor overstromingen of dat in de toekomst kunnen worden; daarvoor kan worden gezorgd door toekomstige ontwikkelingen af te stemmen op het overstromingsrisico en door aangepaste vormen van bodemgebruik en landbouw- en bosbouwpraktijken te bevorderen;

17 Zie art. 7 lid 3 Ror.
18 COM/2004/0472 def (NL).

- Bescherming: door het nemen van structurele en andere maatregelen de kans op overstromingen en/of de ernst van de gevolgen van overstromingen op specifieke plaatsen doen afnemen;
- Paraatheid: de bevolking informeren over het overstromingsrisico en over de gedragsregels die bij overstromingen moeten worden gevolgd;
- Noodmaatregelen: opstellen van calamiteitenplannen voor als zich een overstroming voordoet;
- Herstelmaatregelen en benutting van ervaringen: zo snel mogelijk de normale situatie herstellen en zowel de maatschappelijke als de economische gevolgen voor de getroffen bevolking verzachten.

3.2 Strategieën binnen het STARFLOOD-project

Ook in het toonaangevende Europese onderzoekconsortium 'STARFLOOD' zijn diverse strategieën geïdentificeerd en gedefinieerd.[19] Deze vertonen grote gelijkenis met de strategieën zoals geformuleerd door de Europese Commissie, maar er zijn ook subtiele verschillen. In het STARFLOOD-project zijn de volgende strategieën onderscheiden (zie ook figuur 1):[20]
- overstromingspreventie (preventie ofwel *prevention*);
- overstromingsbescherming (bescherming ofwel *defense*);
- mitigatie van overstromingsrisico's (mitigatie ofwel *mitigation*);
- paraatheid (ofwel *preparedness & response*); en
- herstel na overstromingen (herstel ofwel *recovery*).



Figuur 1 Illustratie van strategieën[21]

19 Zie www.starflood.eu.

20 D.L.T. Hegger, C. Green, P.J.J. Driessen, M.H.N. Bakker, C. Dieperink, A. Crabbé, K. Deketelaere, B. Delvaux, C. Suykens, J.C. Beyers, M. Fournier, C. Larrue, C. Manson, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz & S. Goytia, *Flood Risk Management in Europe: Similarities and Differences between the STAR-FLOOD consortium countries*, Utrecht: STAR-FLOOD Consortium 2013.

21 Bron: T. Raadgever, N. Booister, M. Steenstra, N. van der Schuit, J. van den Bossche, J. Jadot, F. Ohls, W. Kiewisz & D. Lewis, *Praktijkhandboek – Inspiratie voor strategieën voor overstromingsrisicobeheer en -governance*, Utrecht: STARFLOOD consortium 2016, p. 25; de auteurs hebben de illustratie voor de leesbaarheid aangepast.

Met 'preventie' wordt, net als in de benadering van de Commissie, gedoeld op proactieve ruimtelijke ordening. Volgens deze strategie wordt er door middel van regulering van grondgebruik voor gezorgd dat zich geen of zo min mogelijk overstromingsgevoelige vormen van grondgebruik vestigen in overstromingsgevoelige gebieden, zodat schade door eventuele overstromingen wordt voorkomen. Dit wordt in populair taalgebruik ook wel aangeduid als 'het weghouden van de mensen bij het water'.[22]
Met 'bescherming' wordt gedoeld op structurele maatregelen, zoals dijken en bergingsgebieden die de kans op overstromingen verkleinen.[23] In populair taalgebruik staat deze strategie bekend als 'het weghouden van het water bij de mensen'.[24] De Commissie identificeert bescherming ook als strategie, maar geeft hier een bredere uitleg aan dan in het STARFLOOD-project wordt gedaan. Dat project maakt – in onze ogen terecht – een strategisch onderscheid tussen kans- en gevolgbeperking.
De gevolgbeperking valt in STARFLOOD onder 'mitigatie'.[25] Mitigerende maatregelen verzachten de gevolgen van een overstroming, mocht die zich onverhoopt voordoen. Hierbij kan gedacht worden aan het adaptief bouwen, zoals verhoogde vloerpeilen of drijvende woningen, groene infrastructuur en andere adaptieve ruimtelijke maatregelen. Van belang is dat deze strategie ervan uitgaat dat een bepaald gebied van tijd tot tijd kan overstromen, maar dat dat door een adaptieve inrichting tot zo min mogelijk nadelige gevolgen leidt. In de bandering van de Commissie vallen bescherming en mitigatie binnen dezelfde strategie (die verwarrend genoeg wordt aangeduid onder de noemer 'bescherming').

Paraatheid wordt zowel in de Mededeling van de Commissie als in het STARFLOOD-project beschouwd als een aparte strategie. Deze strategie is net als mitigatie gericht op gevolgbeperking, maar wel aan de hand van een ander type (niet-ruimtelijke) maatregelen. Hieronder vallen namelijk het opstellen van calamiteitenplannen, evacuatieplannen, het voorlichten van het publiek over wat te doen in geval van

22 W.J. van Doorn-Hoekveld, S. Goytia, C. Suykens, S. Homewood, T. Thuillier, C. Manson, P.J. Chmielewski, P. Matczak & H.F.M.W. van Rijswick,'Distributional effects of flood risk management – a cross-country comparison of preflood compensation', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 26, www.ecologyandsociety.org/vol21/iss4/art26/); W.J. van Doorn-Hoekveld, 'Transboundary Flood Risk Management: Compatibilities of the Legal Systems of Flood Risk Management in the Netherlands, Flanders and France – A Comparison', *European Energy and Environmental Law Review,* 2017, nr. 3, p. 81-96.

23 Indien een bergingsgebied wordt ingezet, zal het gebied gecontroleerd overstromen, om een ongecontroleerde overstroming elders te voorkomen.

24 Goytia e.a. 2016; M. Gralepois, C. Larrue, M. Wiering, A. Crabbé, S. Tapsell, H. Mees, K. Ek & M. Szwed, 'Is flood defense changing in nature? Shifts in the flood defense strategy in six European countries', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 37, www.ecologyandsociety.org/vol21/iss4/art37/.

25 M. Fournier, C. Larrue, M. Alexander, D. Hegger, M. Bakker, M. Pettersson, A. Crabbé, H. Mees & A. Chorynski, 'Flood risk mitigation in Europe: how far away are we from the aspired forms of adaptive governance?', *Ecology & Society* 2016, nr. 4, p. 49, www.ecologyandsociety.org/vol21/iss4/art49/.

een overstroming, (voorbereiding op) en de daadwerkelijke evacuatie tijdens een overstroming.[26]
Ten slotte ziet de herstelstrategie op maatregelen en de capaciteit van samenlevingen om weer terug te keren naar de situatie zoals deze was voor een overstroming, dan wel om een nieuwe stabiele situatie te bereiken.[27] De term 'herstel' wordt dus breed uitgelegd. Deze strategie maakt feitelijk geen onderdeel uit van de risicobenadering, maar is wel expliciet opgenomen in zowel de Mededeling van de Commissie als in het STARFLOOD-project. Dit is in onze ogen terecht, aangezien een goede voorbereiding op (overstromings)risico's ook vergt dat men nadenkt over wederopbouw na een calamiteit. Uit onderzoek is overigens wel gebleken dat veel lidstaten (waaronder Nederland) deze strategie slechts marginaal hebben geïmplementeerd.[28]
Uit het STARFLOOD-project volgde onder andere dat een samenleving veerkrachtiger is, indien het overstromingsrisicobeheer niet wordt gedomineerd door één strategie, maar naarmate daarin meerdere strategieën in samenhang met elkaar zijn geïmplementeerd.[29] Bij de implementatie van meerdere strategieën bestaat echter wel het risico dat er inhoudelijke of institutionele fragmentatie ontstaat, hetgeen de effectiviteit van overstromingsrisicobeheer kan beperken. Om dit risico in te perken dienen er adequate instrumenten voor samenwerking, coördinatie en communicatie in het leven te worden geroepen langs de lijnen waarvan alle verantwoordelijke en

26 H.K. Gilissen, M. Alexander, P. Matczak, M. Pettersson & S. Bruzzone, 'A framework for evaluating the effectiveness of flood emergency management systems in Europe', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 27

27 C. Suykens, S.J. Priest, W.J. van Doorn-Hoekveld, T. Thuillier & H.F.M.W. van Rijswick, 'Dealing with flood damages: Will prevention, mitigation and ex post compensation provide for a resilient triangle?', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 1; C.B.R. Suykens, D. Tarlock, S.J. Priest, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'Sticks and carrots for reducing property-level risks from floods: an EU–US comparative perspective', *Water International* 2019, nr. 5, p. 622-639, DOI: 10.1080/02508060.2019.1640957, www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02508060.2019.1640957.

28 H.K. Gilissen, M. Alexander, P. Matczak, M. Pettersson & S. Bruzzone, 'A framework for evaluating the effectiveness of flood emergency management systems in Europe', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 27

29 P.J.J. Driessen, D.L.T. Hegger, M.H.N. Bakker, H.F.M.W. van Rijswick & Z.W. Kundzewicz, 'Toward more resilient flood risk governance', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 53; D.L.T. Hegger, P.J.J. Driessen, M. Wiering, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz, P. Matczak, A. Crabbé, G.T. Raadgever, M.H.N. Bakker, S.J. Priest, C. Larrue & K. Ek, 'Toward more flood resilience: Is a diversification of flood risk management strategies the way forward?', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 52; S.J. Priest, C. Suykens, H.F.M.W. van Rijswick, T. Schellenberger, S.B. Goytia, Z.W. Kundzewicz, W.J. van Doorn-Hoekveld, J.C. Beyers & S. Homewood, 'The European Union approach to flood risk management and improving societal resilience: lessons from the implementation of the Floods Directive in six European countries', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 50, https://doi.org/10.5751/ES-08913-210450; H.K. Gilissen, M. Alexander, J.C. Beyers, P. Chmielewski, P. Matczak, T. Schellenberger & C. Suykens, 'Bridges over troubled waters: An interdisciplinary framework for evaluating the interconnectedness within fragmented domestic flood risk management systems', *Journal of Water Law* 2016, nr. 1, p. 12-26.

bevoegde actoren hun specifieke taken in onderlinge afstemming kunnen uitoefenen.[30] In Nederland kennen we bijvoorbeeld de watertoets en de verplichte afstemming van waterplannen en calamiteitenplannen als instrumenten om samenhang (*interconnectedness*) in het overstromingsrisicobeheer te bevorderen.

3.3 Strategieën in nationaal beleid ('meerlaagsveiligheid')

Ook in het Nederlandse waterveiligheidsbeleid zijn strategieën voor overstromingsrisicobeheer te onderscheiden. Zo zijn in het eerste Nationaal Waterplan – onder de noemer 'meerlaagsveiligheid' (MLV) – drie strategieën geïntroduceerd, onderverdeeld in een drietal 'lagen':
Laag 1 – Preventie: het beperken van de kans op overstromingen door versterking van primaire waterkeringen en rivierverruiming;
Laag 2 – Duurzame ruimtelijke planning: de inrichting van een binnendijks gebied om de gevolgen van een overstroming te beperken;
Laag 3 – Rampenbeheersing: de gevolgen van een overstroming beperken doordat de organisatie voor de rampenbeheersing, waaronder evacuatie, op orde is.
Hierin vallen duidelijk één kansbeperkende (laag 1) en twee gevolgbeperkende strategieën (laag 2 en 3) te herkennen. Deze overlappen goeddeels met de eerder besproken strategieën zoals geïdentificeerd door de Commissie en de STARFLOOD-onderzoekers. Een oplettende lezer ziet hier echter ook dat de Nederlandse terminologie niet geheel strookt met de gebruikelijke aanduiding van strategieën op Europees niveau. De term 'preventie' in de Nederlandse systematiek wordt gebruikt om het voorkomen van een overstroming aan te duiden, terwijl deze term in de andere verzamelingen wordt gebruikt voor proactieve ruimtelijke maatregelen. De Nederlandse preventiestrategie wordt in de andere verzamelingen aangeduid met de term 'bescherming'. Voorts valt de derde laag (rampenbeheersing) samen met de derde en vierde strategie van de Commissie (paraatheid en noodmaatregelen) en de vierde STARFLOOD-strategie (paraatheid). De vijfde strategie (herstelbevordering) komt in het Nederlandse waterveiligheidsbeleid überhaupt niet expliciet voor. Dit is ook in de literatuur reeds opgemerkt en wordt hoofdzakelijk geweten aan het kennelijke gebrek aan bewustzijn dat de samenleving geconfronteerd kan worden met een overstroming waarvan zij moet herstellen.[31]

30 H.K. Gilissen, M. Alexander, J.C. Beyers, P. Chmielewski, P. Matczak, T. Schellenberger & C. Suykens, 'Bridges over troubled waters: An interdisciplinary framework for evaluating the interconnectedness within fragmented domestic flood risk management systems', *Journal of Water Law* 2016, nr. 1, p. 12-26.

31 Zie over gebrek aan bewustzijn: M. Kaufmann, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen & H.F.M.W. van Rijswick, *Drowning in safety. Analysing and evaluating flood risk governance in the Netherlands* (report no. D3.3), Utrecht: STARFLOOD Consortium 2016; D.L.T. Hegger, P.J.J. Driessen & M.H.N. Bakker (red.), *A view on more resilient flood risk governance: key conclusions of the STAR-FLOOD project*, Utrecht: STAR-FLOOD consortium 2016; W.J. van Doorn-Hoekveld, S.B. Goytia, C. Suykens, S. Homewood, T. Thuillier, C. Manson, P.J. Chmielewski, P. Matczak & H.F.M.W. van Rijswick, 'Distributional effects of flood risk management – a cross-country

3.4 Overzicht van strategieën

Bij de bestudering van strategieën voor overstromingsrisicobeheer kan gemakkelijk verwarring ontstaan wegens verschillen in terminologie en categorisering; men dient daarop bedacht te zijn. In Tabel 1 geven wij een overzicht van de in de vorige paragrafen besproken strategieën en hun onderlinge verband. In de volgende paragraaf gaan wij nader in op het Nederlandse waterveiligheidsbeleid.

Tabel 1 Overzicht van verschillende (categoriseringen van) strategieën binnen het overstromingsrisicobeheer

Type maatregelen	Europese Commissie	STARFLOOD	Nederland (MLV)
Proactieve ruimtelijke ordening	Preventie	Preventie	Laag 2: Duurzame ruimtelijke planning
Harde infrastructurele maatregelen	Bescherming	Bescherming	Laag 1: Preventie
Mitigerende maatregelen	Preventie	Mitigatie	Laag 2: Duurzame ruimtelijke planning
Voorbereiding op een overstroming	Paraatheid	Paraatheid	Laag 3: Rampenbeheersing
Maatregelen tijdens een overstroming	Noodmaatregelen	Paraatheid	Laag 3: Rampenbeheersing
Herstel	Herstelmaatregelen en benutting van ervaringen	Herstel	X

4 Overstromingsrisicobeheer in Nederland

4.1 Beleidsontwikkelingen: het deltaprogramma

In september 2010 is het eerste deltaprogramma verschenen. In het deltaprogramma werken overheden van alle bestuurslagen samen aan waterveiligheid, de beschikbaarheid van zoetwater en een klimaatbestendige en waterrobuuste ruimtelijke inrichting (ruimtelijke adaptatie). Dat doen ze onder de regie van een deltacommissaris, de regeringscommissaris voor het deltaprogramma. Ter financiering en bekostiging van de uit het deltaprogramma voortvloeiende maatregelen is het deltafonds in het leven

comparison of preflood compensation', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 26, www.ecologyandsociety.org/vol21/iss4/art26/.

geroepen. De juridische basis voor het deltaprogramma, de deltacommissaris en het deltafonds is te vinden in de Waterwet.[32]

Nederland voorbereiden op de toekomst. Dat staat centraal in het deltaprogramma. Het in beeld brengen van veranderingen of mogelijke veranderingen die Nederland te wachten staan en het op basis van dat beeld voorbereiden van beleidsvoorstellen, vormt de kern. In dat kader worden de gevolgen van klimaatverandering, zoals de zeespiegelstijging en toename van perioden met extreme neerslag, maar ook de op de lange termijn te verwachten economische en ruimtelijke ontwikkelingen in kaart gebracht. Ook wordt beoordeeld of bestaand beleid en bestaande wet- en regelgeving voor waterveiligheid, waterbeschikbaarheid en ruimtelijke adaptatie toekomstbestendig is.[33]

De effecten van klimaatverandering voor Nederland op de lange termijn zijn vooralsnog niet duidelijk. Het doen van voorspellingen daarover brengt onzekerheden met zich mee. Daarom worden binnen het deltaprogramma strategieën gehanteerd die ruimte laten om op een later moment over te stappen op een andere strategie en worden maatregelen ontwikkeld die op een later moment nog aangepast of uitgebreid kunnen worden als de omstandigheden daarom vragen. Dit wordt *adaptief deltamanagement* genoemd.[34]

In de periode van september 2010 tot september 2014 zijn onder de vlag van het deltaprogramma voorstellen ontwikkeld voor beleidsstrategieën om de langetermijnopgaven voor waterveiligheid, de zoetwatervoorziening en ruimtelijke adaptatie aan te pakken. Het Rijk en de (koepels van de) decentrale overheden hebben deze beleidsvoorstellen omarmd.[35] Op basis van deze voorstellen hebben deze overheden nieuw beleid vastgesteld. Het Rijk heeft dat gedaan door op 1 december 2014 de 'Tussentijdse wijziging van het Nationaal Waterplan' vast te stellen.[36]

In het deltaprogramma wordt jaarlijks gerapporteerd over de voortgang van de uitvoering van de vastgestelde langetermijnbeleidsstrategieën. In dit kader wordt vastgesteld of de uitvoering van de strategieën op koers ligt en wordt tevens beoordeeld of ontwikkelingen aanleiding geven deze strategieën te actualiseren.

Eenmaal in de zes jaar vindt er een herijking van de langetermijnstrategieën voor waterveiligheid, de zoetwatervoorziening en ruimtelijke adaptatie plaats. In het kader van deze herijking wordt systematisch bezien of deze beleidsstrategieën wijzigingen behoeven wegens nieuwe inzichten, ontwikkelingen of maatschappelijke opvattingen. De resultaten van het eerste herijkingsproces worden in het Deltaprogramma 2021 gepresenteerd. Indien de herijking aanleiding geeft om beleid te wijzigen, dan zal de deltacommissaris daarvoor voorstellen doen. Die voorstellen, en de reactie daarop van het kabinet, worden in of bij het Deltaprogramma 2021 gepresenteerd.[37]

32 Zie art. 3.6a-3.6e, art. 4.9-4.10 en art. 7.22a-7.22d Waterwet.

33 Zie ook Deltaprogramma 2011; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31710, nr. 17, p. 3.

34 Deltaprogramma 2012 ; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 31710, nr. 23, p. 8.

35 Bestuursovereenkomst Deltaprogramma borging deltabeslissingen en voorkeursstrategieën, *Stcrt*. 2014, 26797.

36 Tussentijdse Wijziging van het Nationaal Waterplan; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31710, nr. 34.

37 Deltaprogramma 2020; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300-J, nr. 4, p. 19.

Het Deltaprogramma 2021 verschijnt op Prinsjesdag 2020 als het door de minister van Infrastructuur en Waterstaat aan de Staten-Generaal wordt aangeboden.[38]

4.2 Meerlaagsveiligheid nader beschouwd

In het beleidsconcept 'meerlaagsveiligheid', dat het kabinet met de vaststelling van het eerste Nationaal Waterplan (hierna: NWP 2009) heeft geïntroduceerd, worden drie lagen onderscheiden voor het treffen van kans- en gevolgbeperkende maatregelen (zie ook hierboven).
Preventie vormt de kern van het waterveiligheidsbeleid en is de belangrijkste pijler in de waterveiligheidsaanpak. Sinds jaar en dag wordt primair ingezet op het voorkomen van overstromingen.[39] Het stelsel van primaire waterkeringen, waarvoor in de Waterwet een waterveiligheidsnormering is opgenomen en het daarmee verband houdende toets- en ontwerpinstrumentarium vormen de voornaamste voorzieningen om de kans op een overstroming te beperken.[40]
Ook de tweede en de derde laag krijgen in het NWP 2009 aandacht. Omdat een overstroming nooit volledig uit te sluiten is, heeft het kabinet in het NWP 2009 aangekondigd dat het aanvullend op het preventieve spoor ook in wil zetten op het beperken van de gevolgen van een mogelijke overstroming door overstromingsrisico's expliciet mee te wegen bij grootschalige ruimtelijke ontwikkelingen. Waterveiligheid zou een van de aspecten moeten zijn bij de locatiekeuzes en afwegingen rond de inrichting van een gebied. Ook is in het NWP 2009 aangekondigd dat de derde laag, de rampenbestrijding en crisisbeheersing, op orde dient te zijn.[41]

5 Mogelijkheden en belemmeringen voor de juridische borging van meerlaagsveiligheid

Zoals hierboven reeds werd gesteld, is de meerlaagsveiligheid tot op heden vooralsnog een beleidsconcept en ligt de nadruk bij de implementatie daarvan op de eerste laag: het beperken van de kans op overstromingen. Bij het bepalen van de hoogte van de waterveiligheidsnormen waarin de overstromingskans per dijktraject is uitgedrukt is wel rekening gehouden met de gevolgen van een eventuele overstroming.[42]
De situatie en ontwikkelingen in de lagen 2 en 3 zijn wegingsfactoren voor de in laag 1 te nemen beslissingen. Concrete ruimtelijke ontwikkelingen kunnen er in dat

38 Art. 4.10 Waterwet.
39 W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Je maintiendrai! Met de wettelijke normering van waterveiligheid in Nederland', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid* 2019, nr. 2, p. 155-164.
40 Zie hoofdstuk 2, par. 2 en 4 van de Waterwet, evenals de bijlagen II en III. In het stelsel van de Omgevingswet komen deze normen terug als omgevingswaarden (par. 2.1.1 Besluit kwaliteit leefomgeving) en geldt een vergelijkbaar monitoringsregime (par.10.1.2.1 Besluit kwaliteit leefomgeving).
41 NWP 2009; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31710, nr. 12, p. 75.
42 *Kamerstukken II* 2015/16, 34436, nr. 3, p. 3.

opzicht toe leiden dat de overstromingskansnorm voor een kering dient te worden aangescherpt om de doelen van het waterveiligheidsbeleid te kunnen behalen, omdat de gevolgen van een overstroming zijn toegenomen. Andersom geldt in beginsel ook dat er een minder strenge norm voor een kering kan gaan gelden, waardoor een versterkingsopgave zelfs kan worden afgewend, als er maatregelen en voorzieningen in laag 2 of laag 3 worden getroffen om de gevolgen van een overstroming te beperken.[43] Het uitgangspunt is dat er een gebalanceerd systeem bestaat waarin het beschermingsniveau dat op basis van doelen van het waterveiligheidsbeleid is vastgesteld (zie hierboven) wordt behaald. Ontwikkelingen kunnen het bereiken van dit beschermingsniveau onder druk zetten. Dat kunnen klimatologische ontwikkelingen zijn, maar ook grootschalige ruimtelijke ontwikkelingen waarbij geen of onvoldoende rekening is gehouden met overstromingsrisico's of een (te) beperkte capaciteit of kwaliteit van de rampenbeheersing. Waar de eerstgenoemde ontwikkelingen lastig zijn te beteugelen, zijn de laatste twee wel degelijk in de hand te houden. Om van een gebalanceerd systeem te kunnen spreken, dienen er waarborgen te bestaan om onwenselijke ontwikkelingen in laag 2 of laag 3 te voorkomen of daar voorwaarden aan te kunnen stellen, zodat de nadelige gevolgen van een overstroming niet toenemen. In onze ogen zijn dergelijke waarborgen nog onvoldoende ontwikkeld. Hieronder doen wij aanbevelingen voor systeemverbetering.

5.1 Borging van gevolgbeperking (laag 2): de introductie van een toelaatbaarheidstoets

In de Tussentijdse wijziging van het NWP 2009 is beleid over 'ruimtelijke adaptatie' geïntroduceerd. Het beleidsdoel van dit thema is dat Nederland in 2050 zo goed mogelijk klimaatbestendig en waterrobuust is ingericht en bij (her)ontwikkelingen geen extra risico op schade of slachtoffers ontstaat als gevolg van een overstroming, voor zover dat redelijkerwijs haalbaar is.[44] Zo is in deze Tussentijdse wijzing vastgelegd dat nieuwe ontwikkelingen, herontwikkeling en beheer en onderhoud tot zo min mogelijk extra risico op schade of slachtoffers leiden als gevolg van een overstroming als redelijkerwijs haalbaar is. Door de gevolgen van een overstroming bij deze ontwikkelingen zo veel mogelijk te beperken kan een toekomstige aanscherping van

43 In dit verband wordt ook gewezen op de onderzoeken die zijn verricht naar zogenoemde 'slimme combinaties' (zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, D. Korsse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Wettelijke voorziening "Slimme combinaties"' – Rapportage voor Ministerie van I en M, HBJZ, UCWOSL, Utrecht 8 juni 2016). Een slimme combinatie betekent dat gevolgbeperkende maatregelen worden getroffen die geheel of gedeeltelijk in de plaats worden gesteld van een dijkversterking. De norm van de primaire waterkering kan dan worden verlaagd, omdat de maatregelen in de ruimtelijke inrichting en/of in de rampenbestrijding de gevolgen van een overstroming reduceren. Het overstromingsrisico blijft door het treffen van deze gevolgbeperkende maatregelen gelijk, maar de kans op een overstroming wordt wel groter.

44 Tussentijdse wijziging van het NWP 2009; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31710, nr. 34, p. 31.

de waterveiligheidsnormen worden voorkomen of worden uitgesteld.[45] Daarnaast is er bijzondere aandacht voor (nationale) vitale en kwetsbare functies, die bij een overstroming tot bovenregionale schade kunnen leiden, zoals de energievoorziening, telecommunicatie, ICT, afvalwaterketen, drinkwatervoorziening, gezondheidszorg (waaronder ziekenhuizen), gemalen en spuimiddelen, wegtransport, chemische bedrijven en laboratoria die ziekteverwekkende stoffen gebruiken. Het beleid van het kabinet is erop gericht dat deze functies in 2050 beter bestand zijn tegen overstromingen.[46] Deze beleidsdoelen zijn onder het vigerende NWP 2 voortgezet en zijn ook opgenomen in het ontwerp van de Nationale Omgevingsvisie (NOVI), waarin met de inwerkingtreding van de Omgevingswet ook het nationale strategische waterbeleid zal zijn neergelegd.[47]

Uit dit beleid lijkt de opdracht voort te vloeien dat bij ruimtelijke ontwikkelingen onderzocht wordt wat de gevolgen van een overstroming kunnen zijn voor de betreffende ontwikkeling. Als daaruit blijkt dat meer slachtoffers kunnen vallen of meer economische schade op kan treden, dan dient men, voor zover dat redelijkerwijs haalbaar is, mitigerende maatregelen te treffen zodat de gevolgen van een overstroming niet toenemen. Met het oog daarop zijn hulpmiddelen ontwikkeld om in kaart te kunnen brengen welke effecten een overstroming voor een gebied kan hebben en welke (gevolgbeperkende) maatregelen getroffen kunnen worden om ervoor te zorgen dat de effecten niet toenemen.[48]

Tot op heden lijkt de uitvoering van dit beleidsvoornemen echter niet goed van de grond te komen. In de evaluatie van de Deltawet[49] is gesteld dat ruimtelijke adaptatie een grote mate van vrijblijvendheid kent en er grote verschillen zijn tussen regio's en gemeenten, zowel in bewustwording als in aanpak. Ook blijkt uit evaluatieonderzoek dat weinig partijen, ondanks het bestaan van beleidsinstrumenten zoals de watertoets, de urgentie voelen om bij ruimtelijke ontwikkelingen additionele maatregelen of voorzieningen te treffen om de gevolgen van een overstroming te beperken. De kans op een overstroming is (zeer) klein. Partijen die betrokken zijn bij ruimtelijke ontwikkelingen voelen zich daarom niet verantwoordelijk voor het treffen van gevolgbeperkende maatregelen. Daarnaast brengt het treffen van dergelijke maatregelen doorgaans extra kosten met zich mee.[50]

Het stellen van landelijke normen voor gevolgbeperking werd in 2017 – zo dit überhaupt al mogelijk zou zijn – niet als een geschikt middel gezien om dit proces te versnellen, omdat de gevolgen van een overstroming bepaald worden door de kenmerken van een gebied. Er werd gevreesd dat een (statische) norm noodzakelijke en wenselijke ruimtelijke ontwikkeling zou belemmeren. Een werkwijze waarbij op lokaal of regionaal niveau in overleg met alle betrokken partijen een ambitie voor

45 Tussentijdse wijziging NWP, p. 32.
46 Tussentijdse wijziging NWP, p. 33.
47 Ontwerp Nationale Omgevingsvisie; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34682, nr. 27, p. 55.
48 Zie https://ruimtelijkeadaptatie.nl/.
49 Op Peil. Wettelijke ex-post evaluatie Deltawet Waterveiligheid en Zoetwatervoorziening; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 345113, nr. 1, p. 40.
50 Deltaprogramma 2018; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34775-J, A, p. 122.

gevolgbeperking wordt vastgesteld, zou een passendere oplossing zijn, zo stelde het kabinet in september 2017.[51] Vervolgens heeft in 2018 een ambtelijke werkgroep 'gevolgbeperking overstromingen' advies uitgebracht. Dit advies strekte ertoe dat (lokale) overheden gevolgbeperking meenemen in hun gebiedsgerichte aanpak die wordt gevolgd voor ruimtelijke adaptatie. Dit advies is door de bij het deltaprogramma betrokken overheden overgenomen. De voorgestelde aanpak bestaat grofweg uit drie stappen:

1. Het uitvoeren van een *stresstest* om kwetsbaarheden van een gebied in kaart te brengen. Er zijn verschillende instrumenten ontwikkeld om deze kwetsbaarheden in kaart te kunnen brengen.
2. Het op basis van de resultaten van de stresstest voeren van een *risicodialoog* met alle betrokken actoren. Deze risicodialoog moet bijdragen aan de bewustwording over de kwetsbaarheden van het gebied. Ook wordt in de risicodialoog besproken welke concrete maatregelen mogelijk zijn. Deze risicodialoog is mede bepalend voor het bepalen van de ambities die uiteindelijk als uitgangspunt dienen voor het formuleren van beleid. Door de werkgroep is geadviseerd om te komen tot heldere beleidskaders over het acceptatieniveau van gevolgen en een (liefst juridisch afdwingbaar) instrumentarium.
3. Het opstellen van een *uitvoeringsagenda*, waarin planning en budget voor de maatregelen worden opgenomen, die nodig zijn om het beleid te verwezenlijken.[52]

Het doorlopen van deze stappen moet er onder meer toe leiden dat op ieder overheidsniveau beleid wordt geformuleerd en uitgevoerd dat er voor zover redelijkerwijs mogelijk toe leidt dat ruimtelijke (her)ontwikkelingen niet leiden tot een toename van potentiële slachtoffers en/of economische schade. Over de voortgang van het doorlopen van deze stappen rapporteert de deltacommissaris aan het kabinet.[53] In het jaarlijkse deltaprogramma legt het kabinet verantwoording af over de geboekte voortgang en – indien onvoldoende voortgang wordt geboekt – of extra maatregelen of voorzieningen nodig zijn.

Wij onderschrijven het belang van deze ontwikkelingen, maar wijzen er wel op dat er weinig waarborgen zijn dat het doorlopen van deze stappen ook daadwerkelijk zal leiden tot het treffen van gevolgbeperkende maatregelen of het heroverwegen van de voorgenomen ontwikkelingen. Bij het maken van locatiekeuzes zijn andere motieven vaak leidend, zoals de vraag naar woningen of de vanuit bedrijfseconomisch perspectief gunstige ligging. Wij vragen ons dan ook af of het doorlopen van de stappen op basis van een bestuurlijke afspraak voldoende waarborgen biedt dat er vanuit het perspectief van gevolgbeperking een heroverweging van locatiekeuzes plaats zal vinden. Hetzelfde geldt ons inziens ook voor het (laten) treffen van gevolgbeperkende maatregelen. Dat brengt voor een projectontwikkelaar of investeerder immers kosten met zich mee. Hierdoor bestaat het risico dat ondanks dijkversterkingsmaateregelen

51 Deltaprogramma 2018; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34775-J, A, p. 122.
52 Deltaprogramma 2020; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300-J, nr. 4, p. 59, 62-65.
53 Art. 3.6b Waterwet.

het op basis van de doelen vastgestelde beschermingsniveau in delen van het land alsnog niet zal worden geboden, doordat ruimtelijke ontwikkelingen steeds zwaardere eisen stellen aan de bescherming tegen overstromingen.
Indien uit de jaarlijkse rapportage van de deltacommissaris blijkt dat onvoldoende voortgang wordt geboekt ten aanzien van gevolgbeperking, verdient het in onze ogen aanbeveling om, naast de gemaakte bestuurlijke afspraken, te overwegen regels te formuleren over de beoordeling van de toelaatbaarheid van grootschalige ruimtelijke ontwikkelingen die ertoe dwingen overstromingsrisico's een passende plaats te geven in de besluitvorming. In onze optiek zou het moeten gaan om instructieregels vanuit het Rijk omtrent de inhoud van bestemmingsplannen of, na inwerkingtreding van de Omgevingswet, de inhoud van omgevingsplannen. Hoe deze regels eruit moeten zien, is primair aan de regering en vraagt ook om een politiek-bestuurlijke afweging. Wel willen wij in deze bijdrage meegeven dat in onze ogen voor deze regels inspiratie kan worden ontleend aan de in het natuurbeschermingsrecht ontwikkelde ADC-toets. Als uitgangspunt van de instructieregels heeft dan te gelden dat ruimtelijke ontwikkelingen mogelijk zijn. Dat geldt uiteraard voor ruimtelijke ontwikkelingen die niet leiden tot extra risico op schade of slachtoffers als gevolg van een overstroming, maar ook voor andere ruimtelijke ontwikkelingen, mits er waar nodig passende gevolgbeperkende maatregelen in laag 2 of 3 worden genomen. Indien een grootschalige ruimtelijke ontwikkeling leidt tot extra risico op schade of slachtoffers en het (redelijkerwijs) niet mogelijk blijkt om gevolgbeperkende maatregelen in laag 2 of laag 3 te treffen, dan mag de ontwikkeling in principe geen doorgang vinden, tenzij komt vast te staan dat er voor de beoogde ontwikkeling geen alternatieve locaties beschikbaar zijn, deze ontwikkeling noodzakelijk is met het oog op het algemeen belang, en voorzien kan worden in (compenserende) maatregelen om aan de aangescherpte overstromingskansnorm voor de kering als gevolg van de grootschalige ruimtelijke ontwikkeling(en) te voldoen.
Voor de verschillende lagen van de meerlaagsveiligheid dragen verschillende overheden een verantwoordelijkheid. Voor de uitvoering van de voorgestelde regels is een goede samenwerking tussen de waterbeheerders (laag 1), de gemeenten en provincies (laag 2) en veiligheidsregio's (laag 3) dus essentieel.

5.2 Borging van de rampenbeheersing (laag 3): de introductie van wettelijke evacuatiefracties

Bij het vaststellen van de hoogte van de waterveiligheidsnormen is rekening gehouden met de zogenoemde 'evacuatiefractie'. De evacuatiefractie is het percentage van de bevolking dat het bedreigde gebied via preventieve evacuatie op tijd kan verlaten.[54] Het op orde hebben van de crisis- en rampenbeheersing bij overstromingen (laag 3) is daarmee een van de elementen die de hoogte van de normen heeft bepaald. Als de 'evacuatiefractie' niet gehaald zou worden, dan zou dat derhalve consequenties hebben voor de hoogte van de norm. Omdat het effect van preventieve evacuaties is verdisconteerd in de waterveiligheidsnorm, wordt er dan ook veel belang aan gehecht

54 Deltaprogramma 2019; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35000-J, nr. 4, p. 36.

dat de overheidsorganen die een taak hebben in de rampenbeheersing, in het bijzonder de veiligheidsregio's, de organisatie daarvan op orde hebben.
Het bestuur van een veiligheidsregio dient iedere vier jaar een risicoprofiel, een beleidsplan en een crisisplan vast te stellen.[55] Handelingsperspectieven in geval van een overstroming, waaronder (preventief) evacueren en schuilen, zouden onderdeel uit moeten maken van deze plannen. In 2014 hebben de veiligheidsregio's aangegeven dat ze niet kunnen valideren of de evacuatiefracties een realistische inschatting geven van het aantal mensen dat preventief geëvacueerd kan worden bij een dreigende overstroming.[56] In het kader van het programma WAVE 2020 werken diverse overheden, waaronder de veiligheidsregio's en de waterbeheerders, samen om de voorbereiding op evacuaties bij overstromingen te verbeteren en te bestendigen.[57] Wij juichen deze ontwikkeling van harte toe, maar wijzen er daarbij wel op dat er ook behoefte bestaat aan de formulering van juridische waarborgen rondom de kwaliteit van de rampenbeheersing in verband met overstromingen.
Tot op heden bestaat er geen verplichting om het preventief evacueren zodanig te organiseren dat ten minste de evacuatiefractie wordt gehaald. Nu de evacuatiefractie een van de elementen is die de hoogte van de norm bepaalt, doet zich de vraag voor of de evacuatiefractie niet meer dwingend moet worden voorgeschreven. De Wet veiligheidsregio's biedt daartoe in onze ogen een goede mogelijkheid. De minister van Justitie en Veiligheid kan op grond van artikel 37 lid 1 Wet veiligheidsregio's landelijke doelstellingen vaststellen voor de rampenbestrijding en de crisisbeheersing. Voor het vaststellen van deze landelijke doelstellingen voert de minister overleg met het veiligheidsberaad.[58] Landelijke doelen kunnen gesteld worden als er nationale of internationale belangen in het geding zijn. In de memorie van toelichting worden 'regionale evacuatieplannen bij watersnood' als voorbeeld van een landelijke doelstelling genoemd.[59] Het verdient in onze ogen aanbeveling dat de minister gebruikmaakt van deze bevoegdheid om de kwaliteit van de rampenbeheersing in verband met overstromingen te waarborgen.
Voor de veiligheidsregio's betekent dit dat het overstromingsrisicobeheer een genormeerd onderdeel van hun takenpakket wordt. In artikel 14 lid 2 onder b Wet veiligheidsregio's is bepaald dat de landelijke doelstellingen door de veiligheidsregio's in hun beleidsplannen moeten worden uitgewerkt. Het gaat dan dus om het vertalen van de landelijke doelstellingen naar de regionale situatie. De voorzitters van de veiligheidsregio's zijn op grond van artikel 24 lid 2 Wet veiligheidsregio's verplicht om de minister van Justitie en Veiligheid jaarlijks te informeren over de uitvoering van de landelijke doelstellingen. Waar dit tot (bestuurlijke) weerstand leidt, kan worden gesteld dat het een verduidelijking en tevens concrete begrenzing van een reeds bestaande verantwoordelijkheid betreft. Hiermee wordt de rechtszekerheid vergroot, niet alleen voor particulieren en mede overheden, maar ook voor de bij de rampenbeheersing betrokken instanties zelf.

55 Art. 14 tot en met 16 Wet veiligheidsregio's.
56 Deltaprogramma Veiligheid, Synthesedocument Veiligheid, 2014, p. 23.
57 Deltaprogramma 2020; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300-J, nr. 4, p. 30.
58 Art. 38 Wet veiligheidsregio's.
59 *Kamerstukken II* 2006/07, 31117, nr. 3, p. 16.

6 Conclusies

De klimaatbestendigheid van Nederland hangt in belangrijke mate af van een effectieve bescherming tegen overstromingsrisico's. In deze bijdrage bespraken wij de meest recente inzichten over en (beleids)ontwikkelingen in het huidige overstromingsrisicobeheer. Overstromingsrisico's kunnen, volgens de generieke risicobenadering, aan de hand van verschillende strategieën worden beheerst. Zo kan worden ingezet op de verkleining van de kans op een overstroming, bijvoorbeeld door het aanleggen en versterken van waterkeringen of het treffen van rivierverruimende maatregelen. Ook kan worden geïnvesteerd in gevolgbeperkende maatregelen. Dat kan door overstromingsbestendig te bouwen en (meer en beter) rekening te houden met overstromingsrisico's bij de ruimtelijke (her)inrichting en de functietoekenning aan overstromingsgevoelige gebieden, maar ook door maatregelen in het kader van de rampenbeheersing en crisisbestrijding. Bij dat laatste valt te denken aan het vaststellen van calamiteitenplannen en waar mogelijk het verbeteren van vlucht- en evacuatiemogelijkheden.

De Richtlijn overstromingsrisico's benoemt deze strategieën, maar brengt daartussen geen prioritering aan en bevat geen dwingende bepalingen over welke strategie in welke omstandigheden dient te worden gevolgd. De lidstaten hebben dus veel beleidsvrijheid om hun overstromingsrisicobeheer naar eigen inzichten vorm te geven. Ook in de wetenschap worden verschillende (in grote lijnen vergelijkbare) strategieën onderscheiden. Een belangrijke les die daar wordt getrokken, is dat de veerkracht van een maatschappij en de effectieve bescherming tegen overstromingsrisico's toeneemt naarmate er meer verschillende en op elkaar afgestemde strategieën zijn geïmplementeerd. Wij constateerden dat het huidige overstromingsrisicobeheer in Nederland is geënt op de genoemde risicobenadering. De nadruk daarin ligt wel sterk op de kansbeperking; de ruimtelijke en calamiteitencomponent zijn dienstbaar aan het bepalen van de voor een kering geldende overstromingskansnorm. Van een structurele beheersing van overstromingsrisico's via gevolgbeperkende strategieën is (vooralsnog) geen sprake.

Recente beleidsontwikkelingen – in het bijzonder de aandacht voor gevolgbeperking binnen het deltaprogramma – openen wel mogelijkheden voor de versterking en verrijking van het overstromingsrisicobeheer in Nederland. Door bij ruimtelijke (her)inrichting meer en beter rekening te houden met de gevolgen daarvan voor het overstromingsrisico en door de rampenbeheersing op peil te houden of zelfs te intensiveren kan het gewenste beschermingsniveau (minimaal een individuele jaarlijkse kans op overlijden door een overstroming van maximaal 1:100.000) overal in Nederland beter worden gewaarborgd. Doordat het treffen van complementaire maatregelen in de 'lagen' 2 (ruimtelijke adaptatie) en 3 (rampenbeheersing) nog tamelijk vrijblijvend is en de toegevoegde waarde daarvan vaak nog niet wordt gezien of erkend, is het antwoord op de vraag of dat beschermingsniveau daadwerkelijk wordt geboden momenteel echter nog vooral afhankelijk van de sterkte van de waterkering (laag 1).

In deze bijdrage deden wij twee aanbevelingen voor een (betere) juridische borging van de ruimtelijke en rampenbeheersingscomponent van de meerlaagsveiligheid. Daarmee worden de drie lagen beter op elkaar afgestemd met het oogmerk bij te

dragen aan de effectiviteit van het overstromingsrisicobeheer als zodanig. De eerste aanbeveling strekt ertoe om op rijksniveau te voorzien in instructieregels in verband met de beoordeling van de toelaatbaarheid van (grootschalige) ruimtelijke ontwikkelingen die ertoe dwingen om overstromingsrisico's een passende plaats te geven in de ruimtelijke besluitvorming. Hierbij kan in onze ogen inspiratie worden ontleend aan de in het natuurbeschermingsrecht gehanteerde ADC-toets. Vervolgens strekt onze tweede aanbeveling ertoe om de rampenbeheersingscomponent van de meerlaagsveiligheid een genormeerd onderdeel van het takenpakket van de veiligheidsregio's te maken, door de evacuatiefractie op grond van artikel 37 lid 1 Wet veiligheidsregio's te formaliseren in de vorm van landelijke doelstellingen. Op deze manier wordt meer recht gedaan aan het beleidsconcept meerlaagsveiligheid en krijgt het overstromingsrisicobeheer van de toekomst duidelijker vorm. Dijken zullen we (moeten) blijven bouwen, maar voor onze waterveiligheid zullen we niet langer alleen dáárvan afhankelijk zijn.

21 Naar een optimale beheersing van waterschaarsterisico's in 2030 – Meer aandacht voor zelfvoorzienendheid en de verkleining of verandering van de waterbehoefte

Herman Kasper Gilissen en Annalies Outhuijse[1]

Samenvatting

De beheersing van waterschaarste zal de komende jaren een steeds grotere maatschappelijke uitdaging gaan vormen. Daarom bespreken wij in deze bijdrage de vraag in hoeverre het huidige juridische en beleidsinstrumentarium ter beheersing van waterschaarsterisico's toereikend is voor de toekomst. Wij concluderen dat de traditionele vraaggestuurde en faciliterende houding van de overheid op de middellange termijn (2030) nog uitkomst kan bieden. Er moet echter op korte termijn meer aandacht komen voor eigen verantwoordelijkheden en zelfvoorzienendheid, zowel bij bedrijven als bij particulieren. Bovendien dienen ook aanbodgestuurde strategieën die strekken tot de verkleining en verandering van de (regionale) waterbehoefte een grondslag te (gaan) vormen voor toekomstig verdelingsbeleid. In deze bijdrage bespreken wij daar diverse mogelijkheden voor in twee specifieke sectoren: de agrarische sector en het particuliere drinkwatergebruik.

1 Inleiding

Waar de één in de loop van de winter halsreikend uitkijkt naar de komende lente en de daarop volgende zomer, zal de ander zich daar op basis van ervaringen van de afgelopen jaren wellicht enige zorgen over maken. De opeenvolgende voorjaren en zomers van 2018 en 2019 waren bovengemiddeld warm en droog, hetgeen (regionaal) heeft geleid tot neerslagtekorten en de nodige schade, hinder en ongemakken door watertekorten in verschillende sterk van (zoet)water afhankelijke sectoren, zoals de landbouw, de scheepvaart, de industrie, de drinkwatervoorziening en de natuur.[2] De

1 Herman Kasper Gilissen is universitair hoofddocent Bestuursrecht aan de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht & Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht en is als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL). Annalies Outhuijse is advocaat bij Stibbe, specialisatie bestuursrecht. De auteurs bedanken Jasper van Kempen voor een kritische lezing van een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Zie Ecorys, Economische schade door droogte in 2018, 2019, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/12/18/bijlage-1-rapport-economische-schade-door-droogte-in-2018.

extreme omstandigheden van de afgelopen jaren, en ook het voorjaar van 2020,[3] zijn naar verwachting geen incidenten; door de verwachte klimaatverandering neemt de kans op 'extreem weer', waaronder langdurige droogte en extreme hitte, toe.[4] In lijn met die verwachtingen zal het neerslagtekort in Nederland groeien en zal waterschaarste, óók omdat de vraag naar zoetwater toeneemt, gaandeweg een steeds prominenter risico gaan vormen dat zich vaker en langduriger manifesteert.[5] De zoetwatervoorziening komt, met andere woorden, steeds meer onder druk te staan en dat krijgt steeds duidelijker de contouren van een structureel maatschappelijk probleem.[6] Dit rechtvaardigt de vraag in hoeverre het huidige juridische en beleidsinstrumentarium ter beheersing van waterschaarsterisico's toereikend is om ook op de middellange termijn (2030) nog het hoofd te bieden aan deze problematiek.
De beleidsontwikkelingen op het terrein van de zoetwatervoorziening hebben de afgelopen jaren niet stilgestaan.[7] Ook in de recente literatuur is reeds een fundament gelegd voor en zijn reeds de eerste stappen gezet richting de beantwoording van bovenstaande vraag.[8] In deze bijdrage bouwen wij daar op voort. Dat doen wij door

3 Ook in 2020 zijn (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage – mei/juni 2020) de eerste onttrekkings- en sproeiverboden reeds ingesteld. Zie bijvoorbeeld Eerste besluit droogte 2020: instellen onttrekkingsverboden uit oppervlaktewater. https://zoek.officielebekendmakingen.nl/wsb-2020-5047.html. Zie ook https://nos.nl/artikel/2333979-sproeiverbod-op-veluwe-en-utrechtse-heuvelrug-vanwege-droogte.html. Tevens werd door de Landelijke Coördinatiecommissie Waterverdeling (LCW) opgeschaald naar niveau 1 'dreigend watertekort'. Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/27/update-droogteperiode-opschaling-naar-dreigend-watertekort.

4 Zie IPCC, Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate, 2018; KNMI, KNMI'14 – Klimaatscenario's voor Nederland, 2014.

5 Dit als gevolg van de toename van de bevolking, maar ook door gebruik van technieken die in toenemende mate water nodig hebben. Zie ook KNMI, Droogtemonitor, www.knmi.nl/nederland-nu/klimatologie/droogtemonitor.

6 Deltaprogramma, *Doorwerken aan de delta: nuchter, alert en voorbereid*, 2020; HaskoningDHV Nederland, *Milieueffectrapport Nationale Omgevingsvisie*, 2019. Zie ook het hoofdstuk over drinkwater in 'De staat van de fysieke leefomgeving' op de website planmernovi.nl, www.planmernovi.nl/de-staat-van-de-fysiek-leefomgeving/economische-omgeving/natuurlijke-hulpbronnen/drinkwater.

7 Zie www.deltacommissaris.nl/deltaprogramma/publicaties voor een overzicht van de opeenvolgende Deltaprogramma's en achtergronddocumenten.

8 Zie H.F.M.W. van Rijswick & J. Robbe, *Juridische instrumenten voor de zoetwatervoorziening*, Onderzoek in opdracht van RWS Waterdienst ten behoeve van het Deelprogramma Zoetwater, Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, Utrecht: Universiteit Utrecht 2011; H.K. Gilissen, A.M. Keessen & H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van zoet water als normatief vraagstuk', *Water Governance* 2013/03, p. 21-30; A.M. Keessen & W.W.P. Ernst, 'Omgaan met waterschaarste in een waterrijk land', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015/10, p. 455-466; H.K. Gilissen & A.M. Keessen, 'Recht op water voor de agrarische sector?', *Land- en Tuinbouw Bulletin* 2019/1, p. 9-11

eerst kort de hoofdlijnen te schetsen van de (huidige) 'traditionele' systematiek van de zoetwatervoorziening (par. 2). Vervolgens bespreken wij de mogelijke strategieën voor de beheersing van waterschaarsterisico's om vervolgens nader in te gaan op de zogenoemde 'kansbeperkende' strategieën en de verantwoordelijkheidsverdeling in dat verband (par. 3). Daarmee ligt de nadruk van deze bijdrage op het beperken van de kans op waterschaarste door enerzijds *de beschikbaarheid van water (en de zelfvoorzienendheid) te vergroten*, en anderzijds *de behoefte aan water te beperken*. In paragraaf 4 bespreken wij de kansen en belemmeringen voor de beheersing van waterschaarsterisico's in twee maatschappelijke sectoren, te weten de agrarische sector en de drinkwatersector, in het bijzonder het gebruik van drinkwater door particulieren.[9] Wij hebben voor deze sectoren gekozen, omdat dit grote verbruikssectoren zijn waar met het oog op de verduurzaming van watergebruik aanzienlijke winst valt te realiseren. Wij ronden af met de nodige conclusies in paragraaf 5. Hoewel wij ons in de hoofdtekst toespitsen op de twee genoemde sectoren, bieden deze conclusies mogelijk ook relevante aanknopingspunten voor ontwikkelingen in andere sectoren.

2 Hoofdlijnen zorgtaak zoetwatervoorziening

De zorg voor de zoetwatervoorziening wordt traditioneel primair beschouwd als een publieke taak, en dus als een overheidsverantwoordelijkheid.[10] Het voorkomen en waar nodig beperken van waterschaarste vormt immers een van de wezenlijke onderdelen van het integrale waterbeheer, zoals volgt uit artikel 2.1 Waterwet. Bovendien omvat deze overheidstaak de zorg dat watersystemen hun maatschappelijke functies naar behoren kunnen vervullen.[11] Ter uitvoering van deze taak staat aan waterbeheerders (de waterschappen voor de regionale watersystemen en het Rijk voor het hoofdwatersysteem) het generieke en specifieke beheersinstrumentarium ter handen. Er wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen instrumenten voor actief en passief beheer.[12] Het relevante actieve beheerinstrumentarium omvat peilbesluiten en de instrumenten voor aanleg, beheer en onderhoud van waterstaatswerken, waaronder oppervlaktewaterlichamen en kunstwerken voor de feitelijke regulering van het waterpeil (zoals stuwen, gemalen, sluizen, pompen, en inlaten).[13] Met dergelijke instrumenten kunnen waterbeheerders er actief zorg voor dragen dat de

en H.K. Gilissen, J.J.H. van Kempen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Droogte in de delta – het nieuwe normaal? Naar meer eigen verantwoordelijkheid voor de landbouw', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2019/11, p. 697-708.

9 Er wordt overigens ook door bedrijven in productieprocessen gebruikgemaakt van drinkwater, bijvoorbeeld voor koeling. Ook hier kan het stimuleren van zelfvoorzienendheid en het verkleinen van de waterbehoefte positieve effecten hebben. In deze bijdrage beperken wij ons tot het drinkwatergebruik door particulieren.

10 Zie H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick, *Nederlands waterrecht in Europese context*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 343-361.

11 Zie art. 2.1 lid 1 onder a en c Waterwet.

12 Zie voetnoot 10, Havekes & Van Rijswick 2014, p. 353.

13 Zie hoofdstuk 5 Waterwet.

benodigde hoeveelheid water beschikbaar is op het moment waarop en de plaats waar er behoefte aan bestaat.[14] Naast deze instrumenten bestaan ook passieve beheersinstrumenten,[15] zoals (onttrekkings)vergunningen, meldplichten, registratieplichten, (onttrekkings)verboden, of inwerkingstelling van de verdringingsreeks. Daarmee kunnen waterbeheerders het feitelijke watergebruik reguleren en (schaars) water op een gestructureerde en evenredige manier verdelen over individuele gebruikers.[16] De Omgevingswet zal wat betreft de taakverdeling en het instrumentarium geen verandering brengen, aangezien hiermee op dit punt een beleidsneutrale omzetting wordt beoogd.[17]

Met dit instrumentarium is de traditionele systematiek van de zoetwatervoorziening sterk faciliterend en vraaggestuurd; het systeem is er vooral op gericht om te blijven voorzien in een (groeiende) behoefte en een evenredige verdeling van water onder normale omstandigheden en bij eventuele (dreigende) tekorten.[18] Dit betekent echter niet dat de overheidsverantwoordelijkheid op dit punt exclusief en absoluut is en dat dus iedereen overal en onder alle omstandigheden van overheidswege volledig in zijn gebruiksbehoefte moet en zal worden voorzien. In hun strategische en uitvoeringsgerichte beleid geven waterbeheerders hoofdzakelijk zelf invulling aan de op hen rustende niet kwantitatief genormeerde zorgtaak voor de zoetwatervoorziening.[19] Zij hebben veel discretionaire ruimte om doelstellingen, prioriteiten en termijnen te bepalen, maatregelen in het vooruitzicht te stellen, en hun verantwoordelijkheid af te bakenen. Uit bovenstaande volgt dat er ook een eigen verantwoordelijkheid voor watergebruikers bestaat om in hun behoefte te voorzien, bijvoorbeeld door zelfvoorzienend te worden of hun waterafhankelijkheid te verkleinen.[20]

In de huidige juridische systematiek wordt ook gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van gebruikers om voldoende water beschikbaar te hebben, bijvoorbeeld irrigatiewater voor agrarische bedrijven. Illustratief is in dit verband de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 16 mei 2017.[21] In deze zaak vorderde de exploitant van een kas schadevergoeding, omdat er onvoldoende water beschikbaar was in de sloot die hij gebruikte voor irrigatie van de vegetatie in zijn kas. Daarnaast bevatte het

14 Zie voetnoot 8, Gilissen, Keessen & Van Rijswick 2013, p. 22.
15 Zie hoofdstuk 6 Waterwet.
16 Zie voetnoot 10, Havekes & Van Rijswick 2014, p. 352.
17 Zie nota van toelichting Besluit kwaliteit leefomgeving, p. 423. Zie ook H.J.M. Havekes, P.J. de Putter & W. Wensink (red.), *Wegwijzer Van Waterwet naar Omgevingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 94-99.
18 Zie H.K. Gilissen, *Adaptatie in het Nederlandse waterbeheer – Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 124-126 en Gilissen e.a. 2019, p. 701-702.
19 Zie voetnoot 18, Gilissen 2013, p. 134-135.
20 Zie voetnoot 18, Gilissen 2013, p. 125; H.K. Gilissen, J.J.H. van Kempen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Droogte in de delta – het nieuwe normaal? Naar meer eigen verantwoordelijkheid voor de landbouw', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2019/11, p. 701.
21 Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1265.

water een hoog zoutgehalte, hetgeen schade aanbracht aan de vegetatie. De kweker stelde het waterschap aansprakelijk voor de geleden schade. Het gerechtshof moest een oordeel geven over de verantwoordelijkheid van het waterschap om voldoende water en water van voldoende kwaliteit te leveren aan bedrijven.

Het gerechtshof wees de vordering af en wees daarbij op de eigen verantwoordelijkheid van de exploitant. Het gerechtshof oordeelde dat voor het waterschap uit artikel 5.2 Waterwet, waarin regels over peilbesluiten zijn neergelegd, een inspanningsverplichting voortvloeit om vastgestelde waterpeilen zo veel mogelijk te handhaven. Het gerechtshof oordeelde dat deze wettelijke taak niet zover strekt dat het waterschap verplicht is te zorgen voor de beschikbaarheid van oppervlaktewater met een zoutgehalte dat geschikt is voor een bepaald gewas. Het gerechtshof benadrukte ook dat het bezit van irrigatiewater (met een bepaalde zoutconcentratie) een verantwoordelijkheid is van de exploitant van de kas. In dit verband wijst het gerechtshof voorts nog op het – destijds geldende[22] – Besluit glastuinbouw:

> 'Ten behoeve van de gietwatervoorziening wordt hemelwater uit een hemelwateropvangvoorziening van ten minste 500 m^3/ha teeltoppervlak gebruikt of wordt gietwater gebruikt met een natriumgehalte dat gelijkwaardig is aan dat van hemelwater.'[23]

Het gerechtshof benadrukte kortom dat het voorhanden hebben van gietwater met een bepaald zoutgehalte een verplichting is van kwekers zelf. Om deze redenen oordeelde het gerechtshof dat de exploitant in dit geval geen recht heeft op schadevergoeding. Duidelijk moge zijn dat deze uitspraak onderstreept dat de zoetwatervoorziening geen exclusieve en al helemaal geen absolute overheidstaak is.

3 De beheersing van waterschaarsterisico's: strategieën en verantwoordelijkheden

3.1 Toekomstige waterschaarsterisico's

De toekomstige problematiek rondom waterschaarste en de in dat verband te volgen strategieën zijn de laatste decennia een groeiend onderwerp van politiek en wetenschappelijk debat.[24] De afgelopen jaren leidde waterschaarste door ernstige neerslag-

22 Het Besluit glastuinbouw is op 1 januari 2013 vervallen. Veel van de daarin opgenomen regels zijn sindsdien te vinden in par. 3.5.1. van het Activiteitenbesluit milieubeheer.

23 Voorschrift 2.5.1. van bijlage 2 van het Besluit glastuinbouw. Deze verplichting is tegenwoordig te vinden in het Activiteitenbesluit milieubeheer in art. 3.66 en 3.71. Ook onder de Omgevingswet blijft deze verplichting bestaan: Zie art. 4.791l Besluit activiteiten leefomgeving.

24 De OECD-landen bespraken reeds in 2004 hoe overmatig watergebruik kan worden ontmoedigd en hoe verstandig watergebruik kan worden gestimuleerd. Zie OECD (2004), *Competition and Regulation in the Water Sector 2004*, DAFFE/COMP(2004)20. Zie

tekorten bijvoorbeeld tot grote economische schade in de landbouw, moeilijkheden voor de binnenscheepvaart, bedreigingen voor de drinkwatervoorziening, en schade aan de natuur.[25] Wij kunnen in deze bijdrage niet alle risico's van waterschaarste voor alle sectoren behandelen. Wij beperken ons daarom tot de risico's voor de agrarische sector en de drinkwatervoorziening; in paragraaf 4 bespreken wij, zoals gezegd, de kansen en belemmeringen voor de beheersing van deze risico's.
Vooral voor de landbouw zijn de voorspellingen verre van positief. Als gevolg van steeds structurelere watertekorten in combinatie met bodemdaling en zeespiegelstijging wordt in het westen van het land ernstige verziltingsproblematiek verwacht.[26] Dit leidt ertoe dat veel huidige vormen van agrarisch grondgebruik sterk worden bedreigd of zelfs onmogelijk worden. In het midden en oosten van het land zullen neerslagtekort en lage grondwaterstanden eveneens steeds structurelere nadelige gevolgen hebben voor de landbouw. Doordat de grondwatervoorraden gedurende het najaar en de winter naar verwachting minder worden aangevuld, zullen de gevolgen van waterschaarste bij de voortzetting of intensivering van het huidige gebruik steeds eerder in het jaar optreden en langer voortduren.[27] Kortom: het huidige agrarische grondgebruik in Nederland komt de komende decennia voor grote uitdagingen te staan.

Ook met het oog op de toekomstige drinkwatervoorziening waarschuwen diverse instanties er reeds voor dat de beschikbaarheid van water voor particulier gebruik binnen afzienbare tijd tegen haar grenzen aan zal lopen. Zo komt volgens de milieueffectrapportage voor de Nationale Omgevingsvisie de drinkwatervoorraad vanaf 2030 zorgwekkend onder druk te staan.[28] Dit hangt enerzijds samen met de afname van het aanbod (de beschikbaarheid van voor drinkwaterproductie geschikt water) als gevolg van klimaatverandering, met name in de droge periodes. Anderzijds komt dit door een steeds verder toenemende vraag als gevolg van bevolkingsgroei, in het

ook A. Outhuijse, 'The Relation Between Environment and Competition Policy: Trends in European and National Cases', *Concurrences 2019*, beschikbaar via SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582510. Ook in Nederland zijn reeds diverse publicaties over dit onderwerp verschenen: H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 133-158; Zie voetnoot 8, Gilissen e.a. 2019 en zie voetnoot 18, Gilissen 2013.

25 Ecorys, *Economische schade door droogte in 2018*, 2019.

26 Zie hierover A. Outhuijse, T. Brunings & I.A. Groninga, 'Saline Futures and the Role of the Law', n.n.g.; A. Outhuijse & M. de Munck, 'Verzilting en de Omgevingswet: een gemiste kans?', *Stibbeblog* 23 oktober 2019, beschikbaar via: www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/verzilting-en-de-omgevingswet-een-gemiste-kans/.

27 Zie ook KNMI, Droogtemonitor. www.knmi.nl/nederland-nu/klimatologie/droogte monitor.

28 HaskoningDHV Nederland, Milieueffectrapport Nationale Omgevingsvisie, 2019. Zie ook het hoofdstuk over drinkwater in 'De staat van de fysieke leefomgeving' op de website planmernovi.nl, www.planmernovi.nl/de-staat-van-de-fysiek-leefomgeving/economische-omgeving/natuurlijke-hulpbronnen/drinkwater.

bijzonder in dichtbevolkte gebieden, zoals de grote steden en de randstad.[29] Ook het hoogheemraadschap van Rijnland voorspelt dat er in 2050 onvoldoende drinkwater beschikbaar zal zijn in de regio Den Haag, en dat dit probleem ook dreigt voor andere grote Nederlandse steden.[30]

3.2 Strategieën voor de beheersing van waterschaarsterisico's

In de literatuur is een aantal strategieën geïdentificeerd die als uitgangspunt kunnen dienen bij de ontwikkeling van toekomstig beleid (en recht) rondom de beheersing van waterschaarsterisico's.[31] Deze strategieën zijn gebaseerd op de generieke risicobenadering, die als uitgangspunt heeft dat risico's kunnen worden beheerst door *de kans* op de verwezenlijking daarvan te beperken, dan wel in te zetten op de beperking van *de gevolgen*, mocht een risico zich verwezenlijken.[32] Een volgend uitgangspunt bij deze benadering is dat een combinatie van strategieën de veerkracht van kwetsbare systemen kan optimaliseren en dus de kwetsbaarheid daarvan kan minimaliseren, mits er voldoende communicatie, coördinatie en samenwerking plaatsvindt tussen alle betrokken partijen.[33] Risicobeheersing volgens deze kans- of gevolgbeperkende strategieën is *proactief* en onderscheidt zich van een *reactieve* houding ten opzichte van risico's, waarbij de nadruk ligt op het *herstel* van geleden schade. Herstelbevordering maakt als (reactieve) strategie geen onderdeel uit van de generieke risicobenadering, maar is in dat verband wel degelijk relevant, aangezien

29 Volgens het Centraal Planbureau (CPB) zal de vraag naar drinkwater in 2050 met 30% zijn toegenomen, onder meer door nationale bevolkingsgroei. Het CBS voorspelde recent ook dat de bevolking in 2050 met 12,3% zal zijn gegroeid tot 19,3 miljoen inwoners. Zie hierover ook A. Outhuijse & M. de Munck, 'Toekomstig klimaat in Nederland: wat staat ons te wachten?', beschikbaar via Stibbe News & Insights. Zie www.stibbe.com/en/news/2019/december/toekomstig-klimaat-in-nederland-wat-staat-ons-te-wachten

30 Zie onder meer: 'Waterbedrijf luidt noodklok: kraanwater in toekomst niet vanzelfsprekend', RTL Nieuws 30 mei 2019, www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/4729581/wateropslag-watertekort-den-haag-drinkwater-dunea. De specifieke problematiek voor de grote steden hangt sterk samen met een andere ontwikkeling, namelijk urbanisatie. De verwachting is dat de groei van stedelijke gebieden als gevolg van een trek van het platteland naar de stad nog zal doorzetten. Zie Centraal Plan Bureau voor de Leefomgeving, *Nederland in 2030 en 2050: Twee referentiescenario's. Toekomstverkenning: Welvaart en Leefomgeving*, 2015.

31 Zie voetnoot 8, Gilissen e.a. 2019, p. 697-700.

32 Een risico (r) wordt in deze bandering dan ook uitgedrukt als de kans op verwezenlijking (k) in relatie tot de gevolgen van verwezenlijking (g), dus r = k x g.

33 Zie D.L.T. Hegger, P.P.J. Driessen, M. Wiering, H.F.M.W. van Rijswick, Z.W. Kundzewicz, P. Matczak, A. Crabbé, G.T. Raadgever, M.H.N. Bakker, S.J. Priest, C. Larrue & K. Ek, 'Toward more flood resilience: Is a diversification of flood risk management strategies the way forward?', *Ecology and Society* 2016, nr. 4, p. 52-64; H.K. Gilissen, M. Alexander, J-C. Beyers, P. Chmielewski, P. Matczak, T. Schellenberger & C. Suykens, 'Bridges over Troubled Waters – An Interdisciplinary Framework for Evaluating the Interconnectedness within Fragmented Flood Risk Management Systems', *Water Law* 2016, nr. 1, p. 12-26.

schade met kans- of gevolgbeperkende maatregelen vaak niet volledig valt uit te sluiten.[34]

Kansbeperkende strategieën zijn erop gericht om de kans dat zich waterschaarste voordoet te verkleinen. Dat kan enerzijds door de beschikbare hoeveelheid (bruikbaar) water te vergroten, en anderzijds door verkleining of verandering van de behoefte.[35] De maatregelen in verband met de eerstgenoemde optie zijn vraaggestuurd of faciliterend; het voorzieningssysteem wordt aangepast aan de (groeiende) behoefte. In het tweede geval zijn de maatregelen aanbodgestuurd en vindt aanpassing aan de beschikbare hoeveelheid bruikbaar water juist plaats aan de gebruikerskant. Vraaggestuurde maatregelen kunnen voorzien in de aanleg van (reserve)watervoorraden, van overheidswege of door private partijen, op grote of op kleine schaal, en het voorkomen van het verlies van bestaande waterhoeveelheden door vertraging van de afvoer van zoet water en verhoging van waterpeilen.[36] Aanbodgestuurde maatregelen vragen om brede bewustwording dat onbeperkte beschikbaarheid van water niet langer onder alle omstandigheden vanzelfsprekend is en sturen aan op optimalisering en verduurzaming van watergebruik of op regionale deconcentratie van intensieve vormen van watergebruik.[37] In het huidige strategische waterbeleid zijn beide typen maatregelen duidelijk te herkennen,[38] zij het dat daarin de nadruk (vooralsnog) ligt op het vergroten van de beschikbaarheid (vooral ten behoeve van de landbouw).[39]

Naast kansbeperkende strategieën bestaan er ook strategieën die zijn gericht op het beperken van de gevolgen van watertekorten of het compenseren van de daardoor geleden schade. Duidelijk moge zijn dat aan dergelijke strategieën pas belang toekomt in situaties waarin kansbeperkende strategieën niet toereikend zijn (gebleken). Zoals gezegd is het niet goed mogelijk om de kans op waterschaarste volledig weg te nemen. Daarom zijn gevolgbeperking en herstelbevordering belangrijke secundaire of vangnetstrategieën die onmisbaar zijn in een veerkrachtig systeem van zoetwatervoorziening.[40] Gevolgbeperkende strategieën beogen de maatschappelijke, sectorale of regionale nadelige gevolgen van watertekorten te beperken. Hierbij staat dus de verdelingsvraag centraal welke vorm van watergebruik of welke concrete watergebruiker tijdens een watertekort nog aanspraak kan maken op een bepaalde hoeveelheid schaars water. Prioritering van gebruiksbehoeften is een bekend voorbeeld; in Nederland vindt in het geval van tekorten de verdeling van oppervlaktewater

34 Zie W.J. van Doorn-Hoekveld, *Distributional Effects of EU Flood Risk Management and the Law – The Netherlands, Flanders and France as case studies* (diss. Utrecht), Utrecht University 2017.

35 Zie voetnoot 8, Gilissen e.a. 2019, p. 699.

36 Zie A.M. Keessen & W.W.P. Ernst, 'Omgaan met waterschaarste in een waterrijk land', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015/10, p. 458-462.

37 Zie voetnoot 8, Gilissen e.a. 2013, p. 29-30.

38 Zie Deltaprogramma. Doorwerken aan de delta: nuchter, alert en voorbereid, 2020.

39 Zie Gilissen e.a. 2019, voetnoot 8, p. 707.

40 Zie Gilissen e.a. 2019, p. 700.

plaats op grond van de wettelijke rangorde bij waterschaarste, ook bekend als de zogenoemde 'verdringingsreeks'.[41] Bij herstelbevordering valt bijvoorbeeld te denken aan (financiële) compensatiemechanismen, zoals verzekeringen of (calamiteiten) fondsen.[42]

3.3 Verantwoordelijkheden voor kansbeperking

In de huidige beleidsontwikkelingen wordt, zoals beschreven in paragraaf 2, hoofdzakelijk ingezet op kansbeperking. Daarbij wordt de overheidsverantwoordelijkheid nader in kaart gebracht en afgebakend, maar wordt ook gewezen op de verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven om zelf voldoende water beschikbaar te hebben of om zich aan te passen aan een (steeds) beperkte(re) hoeveelheid bruikbaar water. De gevolgbeperking en herstelbevordering vormen een belangrijke achtervang in het beleid rondom de beheersing van waterschaarsterisico's. Op het terrein van de kansbeperking is nog de nodige vooruitgang te bereiken en innovatie te verwezenlijken. De belangrijkste vragen daarbij zijn welke (typen) maatregelen binnen welke sectoren het meeste effect sorteren en wie verantwoordelijk is om deze maatregelen te treffen. Aangezien de gevolgbeperking in de literatuur reeds uitgebreid aan de orde is gesteld en het wettelijke systeem in dat verband onlangs door de Beleidstafel droogte als toereikend is beoordeeld,[43] hebben wij ervoor gekozen om in deze bijdrage vooral nader in te gaan op de kansbeperking.
De belangrijkste beleidsontwikkelingen op het terrein van de zoetwatervoorziening vinden plaats in het kader van het Deltaprogramma Zoetwatervoorziening. Dit programma ligt bijvoorbeeld aan de basis van de uitvoering van concrete beschikbaarheidsvergrotende maatregelen, zoals de verhoging van het IJsselmeerpeil en watervasthoudende maatregelen in watersystemen, zoals beekherstelmaatregelen.[44] Ook

41 Zie art. 2.1 Waterbesluit jo. art. 2.9 Waterwet. Zie hierover uitgebreid J.M. Havekes & P.J. de Putter, *Wegwijzer Waterwet,* Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 56-59; H.K. Gilissen, J.J.H. van Kempen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Droogte in de delta – het nieuwe normaal? Naar meer eigen verantwoordelijkheid voor de landbouw', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2019/11, p. 702-704. Dit ziet enkel op de verdeling van oppervlaktewater. Bij provinciale verordening kan de verdringingsreeks van toepassing worden verklaard voor grondwater. Zie art. 2.9 lid 2 Waterwet. Van deze laatste mogelijkheid is vooralsnog geen gebruik gemaakt. Er wordt in de praktijk wel gepleit voor ook een verdringingsreeks voor grondwater. Daarnaast heeft het RIVM in 2019 een aanzet gedaan voor een 'escalatiesysteem drinkwaterbeperking', zie RIVM, *Ervaringen met drinkwaterrestricties in het buitenland en verkenning van de mogelijkheden voor Nederland*, RIVM 2019. In de systematiek van de Omgevingswet komt de rangorde bij waterschaarste terug in art. 3.14 Besluit kwaliteit leefomgeving (zie ook art. 2.42 Omgevingswet).

42 Zie W.J. van Doorn-Hoekveld, *Distributional Effects of EU Flood Risk Management and the Law – The Netherlands, Flanders and France as case studies* (diss. Utrecht), Utrecht University 2017.

43 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 27625, nr. 468.

44 Huidige watersystemen zijn traditioneel vaak zo ingericht dat overtollig water zo snel mogelijk kan worden afgevoerd. Betere implementatie van de trits 'vasthouden – bergen

voor de (nabije) toekomst staan capaciteitsvergrotende maatregelen op de agenda.[45] Deze vraaggestuurde kansbeperkende maatregelen worden hoofdzakelijk door of vanwege waterbeheerders genomen met gebruikmaking van het daartoe beschikbare actieve beheersinstrumentarium. Er zijn geen aanwijzingen dat dit instrumentarium ontoereikend is voor beheerders bij de uitvoering van dit type maatregelen. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat het een eenvoudige opgave is om watersystemen met het oog op de waterbeschikbaarheid op de middellange (2030) en langere (2050) termijn klimaatbestendig te maken. Daarnaast zal het lang niet altijd mogelijk zijn om via dergelijke maatregelen te blijven voorzien in de (groeiende) vraag.

Naast van overheidswege te treffen structurele maatregelen in watersystemen komt de nadruk in het recente zoetwaterbeleid daarom ook steeds meer te liggen op de transitie (waar mogelijk) naar zelfvoorzienendheid en een meer aanbodgeoriënteerde benadering en verduurzaming van watergebruik.[46] Deze strategische beleidsontwikkelingen bevinden zich nog hoofdzakelijk in het stadium van het bepalen van kansen en ambities. Zo is voor de landbouw de ambitie bepaald dat alle bedrijven in deze sector uiterlijk in 2030 hun bedrijfsvoering hebben verduurzaamd.[47] Een belangrijk discussiepunt in deze ontwikkelingen betreft de verdeling van verantwoordelijkheden. Wij stelden hierboven reeds dat de overheidsverantwoordelijkheid niet absoluut en exclusief is. Dat betekent dat binnen gebruikssectoren – vooral naarmate zij lager in de rangorde bij waterschaarste staan – een grotere eigen verantwoordelijkheid bestaat om zelf te voorzien in (nood)voorraden dan wel om (innovatieve) maatregelen te treffen om hun waterbehoefte of verbruik te verkleinen of te veranderen.[48] De praktijk wijst uit dat deze eigen verantwoordelijkheid nog niet op grote schaal wordt genomen en daarover vaak ook nog onduidelijk bestaat.

– afvoeren' is eveneens een aanbeveling van de Beleidstafel droogte (Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 27625, nr. 468).

45 Zie Deltaprogramma. Doorwerken aan de delta: nuchter, alert en voorbereid, 2020.

46 Zie H.K. Gilissen, J.J.H. van Kempen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Droogte in de delta – het nieuwe normaal? Naar meer eigen verantwoordelijkheid voor de landbouw', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2019/11, p. 705-706.

47 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35000-XIV, nr. 95. Ook internationale organisaties, zoals OECD, stimuleren nationale overheden hiertoe. Zie bijvoorbeeld OECD, Managing water sustainably is key to the future of food and agriculture, www.oecd.org/agriculture/topics/water-and-agriculture/.

48 Zie voetnoot 46 Gilissen e.a. 2019, p. 707.

4 Mogelijkheden en belemmeringen voor kansbeperking in twee gebruikssectoren

4.1 Watergebruik in de agrarische sector

Vergroten van de beschikbaarheid en de zelfvoorzienendheid
In paragraaf 3.1 gingen wij reeds in op de opgave waarvoor de agrarische sector zich de komende jaren geplaatst ziet. Wij noemden ook reeds de eigen verantwoordelijkheid voor het beschikbaar hebben van voldoende gietwater voor droogtesituaties. Het is in de glastuinbouw inderdaad niet ongebruikelijk om een (beperkte) hoeveelheid water beschikbaar te hebben in hemelwaterbassins. In andere agrarische deelsectoren is dit minder gebruikelijk of zet dit momenteel nog te weinig zoden aan de dijk. Naast deze vorm van waterberging worden ook de mogelijkheden van ondergrondse berging van hemelwater voor eigen gebruik onderzocht. Hoewel dit op kleine schaal reeds met succes plaatsvindt, lijkt de realisatie van grootschalige ondergrondse regenwaterberging vooralsnog weinig succesvol, terwijl een groeiend aantal bedrijven aangeeft hier wel in geïnteresseerd te zijn.[49] Een van de belangrijkste redenen voor het stokken van de ontwikkeling is dat grootschalige waterberging tegen juridische belemmeringen aanloopt.[50]

Het realiseren van ondergrondse wateropslagsystemen kan door betrokkenen inderdaad als juridisch tamelijk complex worden ervaren. Daartoe dient een groot aantal verschillende activiteiten te worden ondernomen, die op uiteenlopende manieren zijn gereguleerd en waarvoor toestemmingen en vergunningen van verschillende instanties nodig zijn.[51] Daarnaast maken lange beslistermijnen en bijkomende algemene regels en meetverplichtingen het onaantrekkelijk dergelijke activiteiten te ontplooien. Bovendien is lang niet altijd duidelijk wie bevoegd is in verband met welke activiteiten en wat er in de bodem is toegestaan.[52] Dit nog los van de beperkte ruimte

49 Zie onder meer de initiatieven van COASTAR, Acacia en Spaarwater, COASTAR verkent de mogelijkheden voor Waterbank Westland, 28 juni 2019, www.glastuinbouwwaterproof.nl/nieuws/coastar-verkent-mogelijkheden-voor-waterbank-westland/pagina/11/. Zie ook Spaarwater resultaten nu beschikbaar, www.spaarwater.com/nw-27227-7-3713401/nieuws/spaarwater_resultaten_nu_beschikbaar.html?page=1) 13 maart 2019; Acacia start een groot project op Texel, Boeren van Texel gaan van start met zoetwateropslag in strijd tegen droogte, Acacia water, 6 juli 2020, http://m.acaciawater.com/#!/news/3796332, www.spaarwater.com/nw-27227-73713401/nieuws/spaarwater_resultaten_nu_beschikbaar.html?page=1.

50 Zie A. Outhuijse, T. Brunings & I.A. Groninga, 'Saline Futures and the Role of the Law', n.n.g.

51 Zo moeten putten worden geboord, moeten drainage- of infiltratiesystemen worden geïnstalleerd, dient regenwater te worden onttrokken met het doel het te infiltreren. Al deze toestemmingen worden anders gereguleerd. Daarnaast kunnen nog andere toestemmingen benodigd zijn gelet op bijvoorbeeld conformiteit met het bestemmingsplan of potentiële invloed op natuurgebieden.

52 Men zou kunnen stellen dat het huidige omgevingsrecht niet sterk aanmoedigt tot innovatie, of dat zelfs ontmoedigt.

in de grond die ook gebruikt kan worden voor andere initiatieven, zoals bijvoorbeeld geothermie. Ten slotte kan worden gewezen op een aarzelende houding om regenwateropvang toe te staan wegens de angst dat dit de hydrologische cyclus kan verstoren en andere onbekende effecten kan hebben. Verschillende proefprojecten laten kortom zien dat het huidige juridische kader en onwelwillendheid aan overheidszijde knelpunten kunnen veroorzaken, waardoor innovatie en de ontwikkeling van dergelijke duurzame initiatieven worden gehinderd.

Verkleining of verandering van de behoefte

Verduurzaming van watergebruik kan voorts plaatsvinden door hergebruik van (afval)water in de land- en tuinbouw te bevorderen. In dit verband kan worden gewezen op een recent voorgestelde Europese verordening die de ontwikkeling op dit punt beoogt te stimuleren.[53] Het kernidee hiervan is dat gezuiverd afvalwater uit andere sectoren kan functioneren als een betrouwbare alternatieve watervoorziening voor landbouwirrigatie.[54] Deze wetgevingshandeling wordt gedreven door het tekort aan zoetwater waar veel van de lidstaten mee kampen dan wel in de toekomst mee te kampen krijgen.[55] Het ontwerp bevat voorstellen voor minimumvereisten voor de kwaliteit van het water en presenteert een kader voor de opslag en distributie van water.[56] Dit Europese initiatief om hergebruik van afvalwater ter beheersing van waterschaarste te stimuleren, is in onze ogen een welkome aansporing tot kansbeperking. Hergebruik van water is op zich niets nieuws; het is al toegestaan in

53 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumeisen voor hergebruik van water (COM(2018)0337 – C8-0220/2018 – 2018/0169(COD)). Zie hier voor meest recente voorstel: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:U1Fk1XhnDRYJ:https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/envi/inag/2020/01-21/ENVI_AG(2020)646828_EN.pdf+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=nl Zie ook A. Outhuijse, I.H. Groninga & T.M. Brunings, 'Alleviating Water Scarcity Across the EU: The Contribution of the European Union's Proposal for a Regulation on Water Reuse in the Agricultural Sector', European Law blog 27 april 2020, beschikbaar via https://europeanlawblog.eu/2020/04/27/alleviating-water-scarcity-across-the-eu-the-contribution-of-the-european-unions-proposal-for-a-regulation-on-water-reuse-in-the-agricultural-sector/.

54 In Nederland lopen hiertoe al initiatieven. Zie bijvoorbeeld het project Boer Bier Water waarbij Swinkels Family Brewers gezuiverd restwater levert aan twintig boeren in de omgeving: www.boerbierwater.nl/.

55 Volgens de toelichting van de verordening ziet op dit moment een derde van het EU-grondgebied zich geconfronteerd met watertekort en zal als gevolg van de toenemende vraag onder de bevolking en vanwege klimaatverandering de toereikende kwantitatieve en kwalitatieve beschikbaarheid van water in de toekomst alleen nog maar een groter probleem worden voor Europa.

56 Zie A. Outhuijse, I.H. Groninga & T.M. Brunings, 'Alleviating Water Scarcity Across the EU: The Contribution of the European Union's Proposal for a Regulation on Water Reuse in the Agricultural Sector', European Law blog 27 april 2020, beschikbaar via European Law blog https://europeanlawblog.eu/2020/04/27/alleviating-water-scarcity-across-the-eu-the-contribution-of-the-european-unions-proposal-for-a-regulation-on-water-reuse-in-the-agricultural-sector/ voor een uitgebreide uiteenzetting van het gehele voorstel.

verschillende landen in Europa en is al voorzien in de Kaderrichtlijn water en de Richtlijn stedelijk afvalwater, die in feite al vereisten dat gezuiverd afvalwater waar mogelijk opnieuw wordt gebruikt. Het essentiële ingrediënt dat in het Europese kader ontbrak, waren meer gespecificeerde normen voor de kwaliteit van het geleverde water, die nu in deze Europese verordening zijn opgenomen. Dit vergroot het vertrouwen in het systeem. Bovendien valt te verwachten dat naast hergebruik van afvalwater vooral ook het stimuleren van zuinigheid en verduurzaming tot aanzienlijke besparingen kunnen leiden.

Het verkleinen van de waterbehoefte in de landbouw vraagt om innovatieve technieken om verspilling te voorkomen en gebruik te minimaliseren. Dat kan bijvoorbeeld door de ontwikkeling van precisie-irrigatie en zuinige watergeefsystemen. Vanuit de overheid kan worden geïnvesteerd in (de stimulering van) onderzoek en de ontwikkeling van dergelijke technieken. Het in gebruik nemen van dergelijke technieken vergt echter investeringen die goeddeels voor eigen rekening van agrariërs zullen blijven. Deze dienen dus rendabel te zijn. Subsidiëring kan een stimulans bieden om bewustwording te faciliteren en deze ontwikkeling in gang te zetten en te bestendigen. Daarnaast kunnen over verduurzaming duidelijke afspraken worden gemaakt met marktpartijen en vertegenwoordigende organisaties, maar een sterke(re) sturende rol van de overheid lijkt op dit punt niet aan de orde. Dat kan overigens wel, bijvoorbeeld door eisen rondom innovatie te stellen bij de verdeling van schaarse watergebruiksrechten. Dat vergt echter wel een ingrijpende systeemverandering die afwijkt van de traditionele verdelingssystematiek van 'wie het eerst komt, die het eerst maalt'.[57]

Ook valt te wijzen op wijziging van de te verbouwen gewassen waarbij de behoefte aan water niet zozeer afneemt, maar juist de afhankelijkheid van water van een bepaalde kwaliteit verandert. Hierdoor komt een hoeveelheid water beschikbaar die voorheen onbruikbaar was. De zogenoemde 'zilte teelt' is hiervan een sprekend voorbeeld.[58] Zilte teelt is het verbouwen van groente en fruit, zoals aardappelen,

57 Zie hierover uitgebreider H.F.M.W. van Rijswick & J. Robbe, *Juridische instrumenten voor de zoetwatervoorziening*, Onderzoek in opdracht van RWS Waterdienst ten behoeve van het Deelprogramma Zoetwater, Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid, Utrecht: Universiteit Utrecht 2011; H.F.M.W. van Rijswick, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 133-158 en H.K. Gilissen, *Adaptatie in het Nederlandse waterbeheer – Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 162-170.

58 Bekend op dit gebied is het onderzoek dat op Texel is gedaan door Marc van Rijsselberghe en zijn team. Zie M. van Rijsselberghe, 'Effects of Increased Seawater Salinity Irrigation on Growth and Quality of the Edible Halophyte Mesembryanthemum Crystallinum L under Field Conditions', *Agriculture Water Management* 2017/187, p. 37-46; J.G. de Kempenaer, W.A. Brandenburg & L.J.W. van Hoof, *Het zout en de pap. Een verkenning bij marktexperts naar langetermijnmogelijkheden voor zilte landbouw,* rapportnr. 07.2.154, Utrecht, juni 2007; A. de Vos, B. Bruning, G. van Straten, R. Oosterbaan, J. Rozema & P. van Bodegom, *Crop salt tolerance under controlled field conditions in The Netherlands, based on trials conducted at Salt Farm Texel,* Den

bloemkolen, tomaten en aardbeien, met een hogere zouttolerantie. Deze producten behoeven minder zoetwater. Sommige soorten kunnen zelfs helemaal af met brak water. Hoewel de kansen rondom zilte teelt nog worden onderzocht en dit in de praktijk nog niet op grote schaal wordt toegepast, is dit een veelbelovende methode die kan leiden tot grote afname in de zoetwaterbehoefte. Het is nog de vraag in hoeverre zilte teelt voor agrariërs een economisch rendabel alternatief zal gaan vormen. Dit is wel van belang, omdat een prikkel tot aanpassing op dit punt vooral vanuit de markt zal moeten komen. De overheid kan daarnaast meer investeren in onderzoek naar de ontwikkeling van droogtebestendigere of minder van zoetwater afhankelijke gewassen.

Deconcentratie en verandering van ruimtegebruik
Het komt ten slotte ook voor dat bepaalde vormen van agrarisch grondgebruik door regionale (over)concentratie tot een overbelasting van het watersysteem leiden (bijvoorbeeld in het Westland), dan wel naar hun aard en via het beleidsprincipe 'peil volgt functie' het regionale waterpeilbeheer domineren (bijvoorbeeld in het veenweidegebied). In beide situaties voeden juist de vormen en intensiteit van grondgebruik het waterschaarsterisico. Dat risico kan in dergelijke situaties – naast de hierboven besproken maatregelen – worden beheerst door ruimtelijke deconcentratie/deintensivering of verandering van vormen van agrarisch grondgebruik. Dit is wellicht een structurelere vorm van risicobeheersing, maar vergt wel grootschalige en ingrijpende regionale ruimtelijke (her)inrichting en heroverweging van de daaraan traditioneel ten grondslag liggende beleidsprincipes (van 'peil volgt functie' naar 'functie volgt peil').[59] Aangezien dit verstrekkende gevolgen kan hebben voor bestaande (economische) belangen, zal de populariteit van dergelijke maatregelen niet groot zijn. Toch menen wij dat dergelijke maatregelen op veel locaties op langere termijn met het oog op de verduurzaming van het watergebruik wel degelijk wenselijk of zelfs noodzakelijk kunnen zijn. Deze kunnen lastig van de ene op de andere dag worden ingevoerd; invoering zal gefaseerd over een langere periode en in nauw overleg met alle betrokken partijen moeten plaatsvinden. Wanneer deze echter vroegtijdig worden aangekondigd, dan kunnen alle betrokken partijen zich daarop voorbereiden en hun bedrijfs- en beleidsvoering daar gaandeweg op aanpassen. Bovendien geldt voor

Burg: Salt Farm Texel 2016; Breakthrough in Food Security with Dutch Knowledge of Saline Agriculture, Waddenacademie, 3 februari 2017, zie www.waddenacademie.nl/en/news/news-archive-item/breakthrough-in-food-security-with-dutch-knowledge-of-saline-agriculture. In het algemeen, zie het *Book of abstracts* van de 'Saline futures conference' in Leeuwarden voor een mooi overzicht van het wereldwijde onderzoek dat wordt gedaan op dit gebied: www.waddenacademie.nl/salinefutures.

59 Zie bijvoorbeeld de brief van 23 april 2020 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer (Aanvullingsbrief ontwerp-nationale Omgevingsvisie, 2020-0000198857, p. 12). Zie tevens Raad voor de leefomgeving en infrastructuur, 'De bodem bereikt?!', juni 2020, www.rli.nl/publicaties/2020/advies/de-bodem-bereikt en Waterforum, nieuwsbericht 'Dijkgraaf Klip-Martin wil ook voor Veluwe "functie volgt peil"', 30 juni 2020, www.waterforum.net/dijkgraaf-klip-martin-wil-ook-voor-veluwe-functie-volgt-peil/.

nieuwkomers dat zij daar direct op kunnen inspelen, hetgeen hun relatieve kansen op de markt op de langere termijn kan vergroten.

4.2 Watergebruik door particulieren

In paragraaf 3.1 stelden wij reeds dat de drinkwatervoorziening de komende decennia onder druk zal komen te staan, enerzijds door een toename van de vraag en anderzijds door een afname van geschikte bronnen voor drinkwaterproductie. Naast de ontwikkeling en implementatie van nieuwe technieken en productievormen (bijvoorbeeld de grootschalige ontzilting van zout of brak water te behoeve van de drinkwatervoorziening), zijn vooral ook aan de gebruikerskant kansrijke maatregelen te noemen.[60] Wat dat betreft wordt in de huidige beleidsontwikkelingen ingezet op bewustwording en meer eigen verantwoordelijkheid voor particulieren.[61] Het gaat daarbij in de eerste plaats om de verduurzaming van en zuinigheid bij (drink)watergebruik, bijvoorbeeld door korter te douchen, minder (kleine) wassen te draaien, waterzuinigere apparaten aan te schaffen, en op andere manieren te waken voor verspilling. In de tweede plaats betreft het de beperking van het gebruik van drinkwater voor activiteiten waarbij in principe geen water van een dergelijke kwaliteit benodigd is. Te denken valt aan het doorspoelen van toiletten, het draaien van vaatwassers en wasmachines, het wassen van auto's, toepassing in cv-systemen, en het besproeien van tuinen. Het gaat dus zowel om de bevordering van bewust en duurzaam watergebruik, als om het tegengaan van 'oneigenlijk drinkwatergebruik'. Wij staan hieronder vooral stil bij het laatste.

Beperking van 'oneigenlijk' gebruik van drinkwater
Voor veel gebruiksprocessen is dus geen schoon drinkwater nodig, maar kan worden volstaan met relatief schoon 'ander water', bijvoorbeeld regenwater. Wat betreft het gebruik van hemelwater bestaat in Nederland (vooralsnog) geen eenduidigheid. In andere landen wordt daar daarentegen wel meer op ingezet als particuliere verantwoordelijkheid bij het besparen van drinkwater en het ontlasten van het rioleringssysteem. Zo is in Vlaanderen regenwateropvang bij decreet verplicht voor eigenaren van nieuwbouwwoningen.[62] Voor eengezinswoningen moet het volume van de verzamelput minimaal 5.000 liter zijn. Voor andere nieuwbouw dan woningen met een dakoppervlak van meer dan 100 m^2 (bijvoorbeeld bedrijfsgebouwen) geldt dat het

60 Zie A.M. Keessen & T. de Graaff, 'Verandert zelfvoorzienendheid het waterrecht?', *M en R* 2018/119.

61 Zie bijvoorbeeld VEWIN, nieuwsbericht 'Drinkwaterbedrijven vragen aandacht voor bewust omgaan met water', 17 april 2019; www.vewin.nl/nieuws/Paginas/Drinkwaterbedrijven_vragen_aandacht_voor_bewust_omgaan_met_water_1020.aspx.

62 Vlaamse regering, Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van een gewestelijke stedenbouwkundige verordening inzake hemelwaterputten, infiltratievoorzieningen, buffervoorzieningen en gescheiden lozing van afvalwater en hemelwater, 5 juli 2013. Beschikbaar via Codex Vlaanderen.be (https://codex.vlaanderen.be/Zoeken/Document.aspx?DID=1023287&param=inhoud&ref=search&AVIDS=) en via Vlaamse Milieumaatschappij, zie www.vmm.be/wetgeving/hemelwaterverordening.

volume van het regenwatersysteem 50 liter per vierkante meter dakoppervlak moet zijn, met een maximum van 10.000 liter.[63] In andere landen die te maken hebben met extreme droogte bestaan vergelijkbare verplichtingen. Zo zijn in sommige staten in Australië en de VS verplichtingen voor particulieren opgenomen in bouwregelgeving om regenwater op te slaan en te hergebruiken.[64]

In Nederland biedt de gemeentelijke hemelwaterverordening een geschikt instrument om (her)gebruik van hemelwater te faciliteren. Gemeenten hebben een centrale rol in de afvoer van water, zowel op het gebied van stedelijk afvalwater ex artikel 10.33 Wet milieubeheer als de afvoer van afvloeiend hemelwater ex artikel 3.5 Waterwet.[65] Bij deze zogenoemde 'gemeentelijke watertaken', en dan vooral de hemelwaterzorgplicht, ligt de verantwoordelijkheid voor het verwerken van afvloeiend hemelwater hoofdzakelijk bij particulieren, maar deze strekt op zichzelf niet tot verplichte afkoppeling van het riool. Een groeiend aantal gemeenten introduceert een hemelwaterverordening om particulieren te verplichten of te stimuleren om de regenpijp af te koppelen van het riool en het regenwater op te vangen voor nuttige toepassing of in de bodem te brengen.[66] De concrete invulling door gemeenten loopt sterk uiteen. Zo bestaat er in diverse gemeenten een verplichting tot afkoppeling en kan het nalaten daarvan leiden tot een boete.[67] Andere gemeenten kiezen ervoor om afkoppeling van het riool te stimuleren door middel van subsidie of vergoeding van de gemaakte kosten.[68] Toch hebben de meeste gemeenten nog geen of slechts beperkte uitvoering gegeven aan deze bevoegdheid en wordt hier ook op bovengemeentelijk niveau niet sterk op aangestuurd. Deze maatregelen sluiten echter wel goed aan bij de beleidsambities rondom de beheersing van waterschaarsterisico's en verdienen daarom in onze ogen aanbeveling, om naar Vlaams voorbeeld te beginnen bij de nieuwbouw, maar waar mogelijk ook bij bestaande bebouwing.[69] Wij achten het haalbaar om via deze

63 Zie Vlaamse Milieumaatschappij (2018). Momenteel wordt in Vlaanderen gemiddeld 12 liter regenwater per persoon per dag gebruikt. Dit wordt voornamelijk gebruikt voor het doorspoelen van toiletten, water geven aan de tuin en voor het gebruik van wasmachines. Volgens de statistieken levert dit gebruik van regenwater een besparing op van ongeveer 10% van het zoetwaterverbruik.

64 Zie A. Outhuijse, T. Brunings & I.A. Groninga, 'Saline Futures and the Role of the Law', n.n.g.

65 Zie G.K. Heger, *Gemeentelijk waterbeheer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

66 Hoewel het voornaamste oogmerk van de hemelwaterverordening is gelegen in het tegengaan van wateroverlast bij hevige regenbuien, zijn de infiltratie van hemelwater in de bodem en de nuttige toepassing van opgeslagen hemelwater van belang bij de beheersing van waterschaarsterisico's.

67 Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de verordeningen van gemeente Landsmeer, gemeente Houten en de gemeente Midden-Drenthe.

68 Voorbeelden hiervan zijn de gemeente Bergen, de gemeente Deventer en de gemeente Nijmegen.

69 Dit lijkt slechts een beperkte maatregel, maar men dient zich te realiseren dat er ieder jaar veel huizen worden gebouwd en dit in de toekomst nog wordt voortgezet. In 2019 werden bijna 71.000 nieuwbouwwoningen opgeleverd. Dat is ruim 6 procent meer dan in 2018 en het hoogste aantal in tien jaar tijd. Zie nieuwsbericht CBS, 'Bijna 71 duizend

weg in 2030 een aanzienlijke bijdrage te hebben geleverd aan de verduurzaming van watergebruik door particulieren, waardoor ook de verwachte druk op de drinkwatersector zal afnemen.[70]

5 Discussie en conclusies

In deze bijdrage stelden wij de vraag centraal in hoeverre het huidige juridische en beleidsinstrumentarium ter beheersing van waterschaarsterisico's toereikend is om ook nog op de middellange termijn (2030) het hoofd te bieden aan de maatschappelijke uitdagingen in verband met waterschaarste. Voor de beheersing van dergelijke risico's onderscheidden wij verschillende strategieën die zich richten op de beperking van de kans dat zich waterschaarste voordoet, dan wel op beperking van de gevolgen van waterschaarste, mocht dit zich voordoen. In de Nederlandse systematiek van zoetwatervoorziening zijn beide strategieën herkenbaar. In tijden van (dreigende) waterschaarste treedt een wettelijke rangorde van gebruiksfuncties (de 'verdringingsreeks') in werking om maatschappelijke gevolgen door waterschaarste te voorkomen of te beperken. Deze manier van 'gevolgbeperking' lieten wij in deze bijdrage goeddeels buiten beschouwing. Wat betreft de beperking van de kans op waterschaarste onderscheidden wij een vraaggestuurde strategie die erop is gericht te blijven voorzien in een (toenemende) waterbehoefte en een aanbodgestuurde strategie die – uitgaande van een (steeds) beperkt(er) aanbod – beoogt de behoefte aan water te verkleinen of te veranderen. Juist deze 'kansbeperkende' strategieën stonden in deze bijdrage centraal.

In de huidige systematiek ligt de nadruk (vooralsnog) sterk op de vraaggestuurde strategie binnen de kansbeperking. De overheid neemt daarbij het voortouw door te voorzien in grootschalige watervasthoudende of -bergende maatregelen. Het juridische en beleidsinstrumentarium voor actief en passief beheer is daar ook op ontworpen en ingericht. Waar het de behartiging van publieke waarden zoals de waterveiligheid, de natuur of de drinkwater- en energievoorziening betreft, vallen dergelijke maatregelen zonder meer te waarderen en volstaat het huidige instrumentarium, óók voor de middellange termijn (2030). Nog afgezien van de vraag of het feitelijk mogelijk is om via dergelijke maatregelen ook in de toekomst te blijven voorzien in een groeiende behoefte, kan men zich echter afvragen in hoeverre dat louter een *overheids*verantwoordelijkheid is, vooral waar het de behartiging van private economische of particuliere belangen betreft. Duidelijk is reeds dat de overheidszorg voor de zoetwatervoorziening in Nederland niet absoluut en exclusief is. Er kan, met andere woorden, niet altijd en overal door iedereen onder alle omstandigheden aanspraak worden gemaakt op het (nog) in het watersysteem aanwezige zoetwater. Er geldt derhalve ook een eigen verantwoordelijkheid voor watergebruikers

nieuwbouwwoningen in 2019', 29 januari 2020, www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/05/bijna-71-duizend-nieuwbouwwoningen-in-2019.

70 Zie noot 63 voor de resultaten in België.

om de waterschaarsteproblematiek te beheersen. De contouren daarvan zijn echter nog onduidelijk, evenals de wijze waarop hieraan invulling kan worden gegeven. Wij bespraken diverse mogelijkheden voor vergroting van de zelfvoorzienendheid en verkleining of verandering van de waterbehoefte in de agrarische sector en het particuliere drinkwatergebruik. Daarbij bleek dat er vaak uiteenlopende feitelijke of juridische belemmeringen in de weg staan aan voortvarende ontwikkelingen.

In de eerste plaats kunnen zoetwatergebruikers op verschillende schaalniveaus zelf voorzien in (een deel van) de door hen benodigde hoeveelheid water. Dat kan bijvoorbeeld door het aanleggen van (regen)watervoorraden in waterrijke periodes of gebruik van alternatieve waterbronnen. Op het niveau van individuele huishoudens kan dat door regentonnen of omvangrijkere opslagvoorzieningen aan te leggen. Dit water kan worden gebruikt voor processen waarvoor niet per se drinkwater benodigd is (toilet, wasmachine, tuinen). Hiermee kan de druk op de drinkwatervoorziening afnemen. De ontwikkelingen op dit terrein blijven in Nederland achter op die in de ons omringende landen. Enerzijds voelen particulieren niet de stimulans om hierin te investeren; regulering van (regen)watergebruik in gemeentelijke hemelwaterverordeningen kan hiertoe een impuls geven. Anderzijds bestaan er (juridische) factoren – bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van de volksgezondheid – die deze ontwikkelingen tegenwerken of afremmen. Dat laatste geldt vooral voor grootschaligere vormen van (regen)wateropslag in de bodem, bijvoorbeeld voor agrarisch gebruik, en het hergebruik van gezuiverd afvalwater. Waar in de agrarische sector de wil bestaat om te investeren in innovatieve opslagtechnieken, ontbreekt de grootschalige bereidheid bij de overheid om dit te faciliteren. Procedures voor vergunningverlening zijn lang en ingewikkeld, en bovendien ontbreekt soms de bereidheid tot medewerking aan overheidszijde vanuit de vrees voor onbekende (milieu)risico's.

In de tweede plaats kan de kans op waterschaarste worden beperkt door (lokale of regionale) verkleining of verandering van de behoefte aan de gebruikerszijde. Dit kan plaatsvinden door bewustwording omtrent duurzaam gebruik, door te investeren in zuinigere watergeefsystemen en het tegengaan van waterverspilling, of door productieprocessen te veranderen of andere (beter droogtebestendige of zouttolerante) gewassen te verbouwen. Hoewel dergelijke ontwikkelingen vanuit de overheid kunnen worden gestimuleerd (bijvoorbeeld via bewustwordingscampagnes of subsidies), zullen marktwerking en ontwikkelingen of overtuigingen binnen een sector hierbij evenzeer een wezenlijke rol spelen. Kennelijk wordt het vooralsnog niet als rendabel beschouwd om grootschalig te investeren in nieuwe technieken of gewassen. Voorts kan de regionale waterbehoefte nog worden verkleind door waterintensieve vormen van grondgebruik te de-intensiveren of ruimtelijk te deconcentreren. Dit kan voor natuurlijk, landschappelijk of cultuurhistorisch waardevolle gebieden een manier zijn om verlies of verslechtering daarvan te beperken, maar dit is tegelijkertijd een ingrijpende maatregel die grote economische gevolgen kan hebben en een kentering in ruimtelijk beleid vergt.

Met het oog op bovenstaande concluderen wij dat veel gebruiksfuncties tot 2030 nog kunnen profiteren van de beschikbaarheidsvergrotende maatregelen die van overheidswege zijn of worden getroffen. De druk op de zoetwatervoorziening zal naar verwachting echter steeds verder toenemen, zodat zelfvoorzienendheid en verkleining of verandering van waterbehoefte aan gebruikerszijde steeds meer aan belang zullen winnen. In de meest recente beleidsontwikkelingen – hoofdzakelijk in het kader van het Deltaprogramma Zoetwater – wordt het belang hiervan reeds onderstreept, maar concrete ontwikkelingen lijken vooralsnog niet of slechts langzaam op gang te komen. De huidige 'traditionele' juridische en beleidskaders rondom de zoetwatervoorziening bieden niet de juiste instrumenten om eigen verantwoordelijkheden af te dwingen of aanbodgestuurde beleidsdoelen te realiseren. Bovendien is per gebruikssector nog vaak onduidelijk wat de (beleids)doelen voor de middellange en langere termijn precies zijn (2030 en 2050), zodat het lastig is om te bepalen of er draagvlak is voor bepaalde ontwikkelingen. Waar er juridische belemmeringen bestaan voor wenselijk geachte ontwikkelingen dienen deze van overheidswege te worden weggenomen. Waar er juridische mogelijkheden bestaan om deze ontwikkelingen te faciliteren, dienen deze te worden benut. Toch hangt ook veel van de sectoren en de watergebruikers zelf af. Het bevorderen van zelfvoorzienendheid en verkleining of verandering van de waterbehoefte kan slechts succes hebben, indien dit niet alleen vanuit de overheid, maar ook vanuit de markt en de sectoren zelf wordt gestimuleerd en gefaciliteerd.

Lijst van VMR-publicaties

- 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, internationaal-rechtelijke 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 terugtredende 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 buren?’ (1997-4)
- Internationaal milieurecht in Nederland: De consequenties van het internationale milieurecht voor de nationale rechtspraktijk (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)
- Meldingenstelstel 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)
- De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? (2012-2)
- Duurzame gebiedsontwikkeling (2013-1)
- Duurzame handel in juridisch perspectief (2014-1)
- Milieubescherming in het omgevingsplan (Preadvies) (2016-1)

- Met recht naar een circulaire economie (2017-1)
- Milieuproblemen in de landbouw: falend omgevingsrecht en mogelijke oplossingen (2019-1)
- 2030: Het juridische instrumentarium voor mitigatie van klimaatverandering, energietransitie en adaptatie in Nederland (2020-1)

Over de Vereniging voor Milieurecht

De Vereniging voor Milieurecht (VMR) biedt een onafhankelijk kennisnetwerk voor milieu-, water- 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. Van de bijeenkomsten verschijnt regelmatig een verslag in de vaktijdschriften. Vrijwel jaarlijks werkt een wisselende groep auteurs aan een publicatie over onderwerpen uit de actualiteit.

Onder de ongeveer duizend leden van de VMR bevinden zich wetenschappers, vertegenwoordigers van natuur- en milieuorganisaties, rechters, advocaten, adviseurs, medewerkers van de rijksoverheid, de provinciale overheid en de gemeentelijke overheid, medewerkers van omgevingsdiensten en studenten.

Met een lidmaatschap krijgt u veel voordelen. U krijgt gratis toegang tot studiemiddagen over actuele onderwerpen uit het milieu-, water- en natuurbeschermingsrecht. U krijgt korting op deelname aan de jaarlijkse VMR Actualiteitendag, waarbij u in één dag op de hoogte wordt gebracht van de belangrijkste actuele ontwikkelingen in het milieurecht. Ook kunt u met korting deelnemen aan de VMR Leergang en de tweejaarlijkse VMR Praktijkdag. U kunt deelnemen aan werkgroepen.

Leden ontvangen de nieuwe publicaties die worden uitgebracht naar aanleiding van studiemiddagen of werkgroepactiviteiten. De VMR-publicaties zijn eveneens online te vinden. Leden maken deel uit van het ledennetwerk. Ook ontvangen de leden korting op het *Tijdschrift voor Milieu en Recht*.

Nadere informatie over de VMR is te krijgen op het verenigingsbureau.
E-mail: info@milieurecht.nl
Website: www.milieurecht.nl.