

**ENKELE AANSPRAKELIJKHEIDSVRAAGSTUKKEN
IN RELATIE TOT
WATERBEHEER 21^E EEUW**

Door mw. mr. M. Dekker en prof.mr. J.E.M. Polak

Leiden, Universiteit Leiden

Inhoudsopgave

1 Inleiding	3
2 Het voorstel voor een normeringssysteem voor regionale watersystemen	3
2.1 Basisnormering	4
2.2 Juridische inbedding	5
3 Aansprakelijkheidsvragen bij de invoering van een normerings-systeem voor regionale watersystemen	8
3.1 Inleiding	8
3.2 Het waterbeheerssysteem voldoet niet aan de basisnormering	8
3.3 Het waterbeheerssysteem voldoet aan de basisnormering, maar als gevolg van tekortkomingen in grondwater- en/of rioleringsbeheer ontstaat toch wateroverlast	14
3.4 Wateroverlast bij bovennormale omstandigheden waarop een watersysteem niet meer hoeft te zijn berekend	16
4 Nadeelcompensatie bij het aanwijzen van retentie- of calamiteitengebieden	20
4.1 Inleiding	20
4.2. Vergoeding van schade als gevolg van waardedaling	21
4.3 Vergoeding van schade bij daadwerkelijk benutten van gebieden voor waterberging	26
5 Samenvatting	30
6 Conclusies: nadere regeling?	33

1 Inleiding

Ten behoeve van een door de VROM-raad uit te brengen advies over de mogelijke bijdrage van het ruimtelijk-orderingsbeleid aan het oplossen van regionale watervraagstukken zoals voorgesteld door de Commissie Waterbeheer 21e eeuw, dienen enkele bestuursrechtelijke deelterreinen te worden onderzocht. In het bijzonder gaat het om juridische vraagstukken die samenhangen met het introduceren van een normeringssysteem voor regionale watersystemen. Het gaat daarbij om twee hoofdvraagstukken: enerzijds de mogelijke rechtsgevolgen van het introduceren van een normeringssysteem voor regionale watersystemen, vooral wat betreft vragen van aansprakelijkheid, anderzijds de aansprakelijkheidskwestie bij het aanwijzen van retentie-, dan wel noodoverloopgebieden. In het kader van de beide vraagstukken komt een aantal hierna te noemen deelvragen aan de orde. Dit essay geeft de resultaten van het onderzoek naar de juridisch-bestuurlijke hindernissen. Bij beide vraagstukken speelt het spanningsveld tussen de betrokken algemene en functionele bestuursorganen van rijk, provincies en waterschappen een rol. Dit zal dan ook in dit essay naar voren komen.

Het essay is opgebouwd als volgt. In paragraaf 2 wordt het normeringssysteem dat voor regionale watersystemen is voorgesteld kort uiteen gezet, met name de juridische aspecten. Dit is nodig, omdat anders de gevolgen en eventuele juridische knelpunten niet goed kunnen worden behandeld. In paragraaf 3 wordt het eerste vraagstuk behandeld, waarna in paragraaf 4 het tweede vraagstuk aan bod komt. Paragraaf 5 geeft een samenvatting van hetgeen het onderzoek naar beide vraagstukken heeft opgeleverd. Tot slot geeft paragraaf 6 met een conclusie de afsluiting van het essay. Daarin wordt een antwoord gegeven op de vraag voor welke van de knelpunten een nadere regeling nodig is en worden tevens aanbevelingen hiervoor gedaan.¹

2 Het voorstel voor een normeringssysteem voor regionale watersystemen

In het kader van de Startovereenkomst waterbeleid 21e eeuw dient de Unie van Waterschappen te zorgen voor de ontwikkeling van een systeem voor normering van regionale watersystemen per type grondgebruik. Daartoe heeft de Unie de Kerngroep normering regionale wateroverlast ingesteld. Deze bestaat uit vertegenwoordigers van het rijk, het IPO, de Unie en STOWA. In oktober 2001 heeft de Kerngroep haar eindrapport uitgebracht met daarin een voorstel voor een normeringssysteem. In deze paragraaf wordt het voorgestelde normeringssysteem uiteen gezet. Basisnormering en juridische inbedding worden in kaart gebracht.² De juridische knelpunten van

¹ Voor alle duidelijkheid wijzen wij erop dat dit essay is geschreven naar *huidig* recht. Op het gebied van de onderzochte rechtsvragen zijn in de toekomst (vergaande) ontwikkelingen te verwachten. Hierbij kan worden gewezen op het voornemen van de Commissie Algemene regels bestuursrecht (Commissie Scheltema) een regeling voor de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in de vijfde tranche van de Awb op te nemen, de Fundamentele Herziening van de WRO die in voorbereiding is en de mogelijke ontwikkelingen in de waterwetgeving (zoals een Integrale Waterwet). Op de te verwachten wijzigingen in het kader van de Fundamentele Herziening WRO wordt in enige mate wel ingegaan voor zover zij relevant zijn voor de hier te behandelen problematiek: van de genoemde te verwachten wetgevingsactiviteiten is deze laatste zonder meer de meest gevorderde.

² Deze paragraaf is gebaseerd op *Normering wateroverlast. Voorstel. Rapport van de kerngroep normering wateroverlast in het kader van de Startovereenkomst waterbeheer 21e eeuw*, oktober 2001. Zie ook 'Advies "Normering regionale wateroverlast' gereed', Het Waterschap 2001-23/24, p. 1140-1145.

het voorstel komen nog slechts in beperkte mate aan de orde. Daarover volgt meer in de hierop volgende paragrafen.

2.1 Basisnormering

In het voorstel dat nu op tafel ligt worden basisnormen ingevoerd voor regionale watersystemen in heel Nederland. Een regionaal watersysteem is een stelsel van vaarten, kanalen, sloten en meren in een gebied, terwijl ook de beken en rivieren in Hoog-Nederland behoren tot de regionale watersystemen. Een regionaal watersysteem is niet zozeer gericht op de bescherming van de veiligheid van de gebieden tegen overstroming, maar op de bescherming tegen wateroverlast. Het gaat daarbij om overlast door *oppervlaktewater*: in hoeverre moet een watersysteem in staat zijn tot afwatering (dit is het sturen van waterpeilen in rivieren, vaarten, kanalen en tochten door inzet van stuwen en gemalen). Overlast als gevolg van grondwater of rioolwater valt niet onder het normeringssysteem.

In het voorstel is een criterium ontwikkeld waarmee wordt bepaald wanneer van overlast kan worden gesproken. Dit criterium heeft de vorm van een maaiveldhoogtecriterium: wanneer meer dan een aangegeven percentage van het laagste maaiveld van een gebied onder water loopt vanuit het oppervlaktewater, is er sprake van overlast (inundatie). De basisnormen voor de watersystemen vormen het maatschappelijk gewenste beschermingsniveau en zijn uitgedrukt in de maximaal toelaatbare kansen op inundatie. Het gaat dus niet om de kans op een bepaalde "superregenbui", die een watersysteem al dan niet kan verwerken. Opvang en verwerkingscapaciteit van een watersysteem zijn immers ook van andere factoren afhankelijk (verzadigde grond, bergingsmogelijkheid, afvoermogelijkheid). De basisnormen zijn gebaseerd op een economische optimalisatie van verschillende watersystemen per type grondgebruik: er is gezocht naar een evenwicht tussen de investeringen in bestrijding van wateroverlast en de daarbij te verwachten afname van schade bij wateroverlast.

De basisnormen zijn verdeeld in normklassen, die zijn gekoppeld aan verschillende typen grondgebruik (grasland, akkerbouw, hoogwaardige land- en tuinbouw, glastuinbouw en, nog verder onderverdeeld, bebouwd gebied). Hogere schadeverwachting wegens een bepaald gebruik heeft geleid tot een hogere norm. Het gaat bij het grondgebruik om het overwegende feitelijke grondgebruik. Hoewel ook de bodem van een gebied van belang is voor de vraag of een bepaalde norm technisch realiseerbaar is, is er bij de normering dus niet gedifferentieerd naar bodemsoort.

Waterschappen dienen voor alle gebieden binnen door hen beheerde watersystemen de mate van de te bieden bescherming aan te geven op een Normenkaart wateroverlast. Als alle gebieden voldoen aan de norm, voldoet het watersysteem aan de norm. Om erachter te komen of dit voor de door hem beheerde watersystemen het geval is, moet het waterschap voor alle gebieden met behulp van neerslagafvoermodellen toetsen wat de kans op inundatie is. De resultaten hiervan kunnen worden neergelegd op een Waterrisicokaart. Indien blijkt dat gebieden niet aan de basisnormen voldoen, moeten er maatregelen worden genomen. Daarbij moet rekening worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen (denk aan klimaatverandering, bodemdaling) Het nemen van maatregelen is bedoeld als een inspanningsverplichting (zie paragraaf 2.2). In een vaste periodieke toetsingsverplichting voor de toekomst is niet voorzien. Toetsing zal plaatsvinden bij verandering van de randvoorwaarden die aan het normeringssysteem ten grondslag liggen, verandering van het grondgebruik (via de watertoets) en aanpassingen van het watersysteem.

De basisnormering geldt als een landelijke eis, die het minimum is waaraan watersystemen moeten voldoen. Differentiatie (regionaal afwijken) van de norm naar een soepelere norm is ongewenst, behalve in in het voorstel Genoemde uitzonderlijke situaties (15% van de regionale systemen). Een dergelijke afwijking moet voldoende worden gemotiveerd. Afwijkingen zijn

mogelijk in de volgende uitzonderingssituaties, waarin toepassing van de basisnormering niet gewenst is. Ten eerste kan het gaan om watersystemen die waterstaatkundig zodanig afwijkende eigenschappen hebben dat het hanteren van de basisnorm naar verwachting niet verantwoord is. Hieronder vallen watersystemen met een sneller afvoergedrag en/of een geringere inundatiegevoeligheid dan de meeste (85%) van de watersystemen, die een langzaam tot gemiddeld neerslag-afvoergedrag vertonen en matig tot sterk inundatiegevoelig zijn. Bescherming tegen wateroverlast volgens economische optimalisatie kan hier tot andere normhoogten leiden. Daarnaast vallen onder de uitzonderingen watersystemen waarvoor op basis van nader onderzoek kan worden aangetoond dat de benodigde investeringen om aan de basisnorm te voldoen niet in redelijke verhouding staan tot de verwachte vermindering in schade. Wel moeten ook voor deze uitzonderingssituaties normen worden vastgesteld, waarbij het systeem van de basisnormering als uitgangspunt dient.

Provincies of waterschappen mogen er wel voor kiezen af te wijken naar een scherpere norm binnen de bestaande regelgeving. De reden voor het toestaan van afwijken in deze zin (een scherpere norm) is dat het mogelijk moet zijn om in bijzondere situaties meer bescherming te bieden tegen wateroverlast, als een optimalisatiestudie zoals die ten grondslag ligt aan de basisnormering zelf, dit aangeeft. Het voorstel voor de landelijke basisnormering geeft zelf geen richtlijnen voor regionale differentiatie.

2.2 Juridische inbedding

Voor de juridische inbedding wordt afgezien van een uitgebreide wettelijke verankering van het normeringssysteem; dit wordt niet noodzakelijk geacht. Er wordt volstaan met het vastleggen van het normeringssysteem en de basisnormen per normklasse in een landelijke richtlijn. In de Wet op de waterhuishouding zou een bepaling moeten worden opgenomen volgens welke provincies erop dienen toe te zien dat waterschappen het normeringssysteem toepassen, bij voorkeur aan de hand van de op te stellen landelijke richtlijn (dit wordt ingevuld met de clausule “dat het gebruik van de landelijke richtlijn daarbij tot aanbeveling strekt”). Hiermee wordt dan landelijke uniformiteit bereikt, waarmee helder wordt welke bescherming regionale watersystemen moeten bieden en welke wateroverlast aanvaardbaar is. Voorafgaand aan een dergelijke wetswijziging kan al in het Bestuursakkoord WB21 worden neergelegd dat de betrokken partijen regionale watersystemen gaan normeren volgens de in een landelijke richtlijn neergelegde systematiek.

Het voorstel beoogt aan de Commissie integraal waterbeheer (CIW) te verzoeken de landelijke richtlijn te beheren en onderhouden. Dit is een bestuurlijke overlegorganisatie waarin alle partijen zijn vertegenwoordigd die zijn betrokken bij waterbeheer (rijk, provincies en waterschappen). De CIW coördineert de uitvoering van het waterkwaliteits-, waterkwantiteits- en grondwaterbeleid in de niet-rijkswateren. De bedrijfstakingstudies die zij heeft verricht naar saneringsmaatregelen hebben in de praktijk van de vergunningverlening in het kader van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren “een zeker draagvlak en daarmee status” verkregen, omdat vertegenwoordigers van de betrokken bedrijfstakingen bij deze studies waren betrokken.³ De CIW mag ook (on)gevraagd advies uitbrengen over onderwerpen van WB21. In de CIW-richtlijn (ook wel -leidraad) moeten het normeringssysteem en de toetsingssystematiek met het toepassingsbereik daarvan worden opgenomen, evenals de basisnormen per normklasse, met een uitleg over differentiatie van de basisnormen in gevallen die uiteindelijk door provincie en waterschap worden aangewezen. CIW-richtlijnen hebben volgens het voorstel in de

³ Zie Havekes 1997, p. 105, 106.

jurisprudentie een status verworven van beleid waarvan alleen gemotiveerd kan worden afgeweken.

Vervolgens moeten de provincies in de provinciale verordening waterhuishouding (art. 9 Wet op de waterhuishouding, hierna Wwh) aan de regionale waterbeheerder (waterschap) een aantal zaken voorschrijven:

- het in kaart brengen van het regionale watersysteem op een Normenkaart wateroverlast (de normklassen in het beheersgebied gekoppeld aan het grondgebruik), met daarbij de eventuele differentiatie en uitzonderingen van het landelijke normeringssysteem inclusief motivering daarvan,
- het vaststellen van de Normenkaart wateroverlast als onderdeel van het waterbeheersplan of als autonoom besluit en het toevoegen daarvan bij het beheersplan,
- het toetsen van het regionale watersysteem aan de basisnorm en het opnemen van de resultaten van deze toets op een waterrisicokaart in het beheersplan, waarbij onder resultaten ook moet worden verstaan de waterhuishoudkundige en/of ruimtelijke maatregelen die het waterschap wil treffen om het watersysteem te laten voldoen aan de normering, met een verslag van het overleg met gemeenten over de Normenkaart.

Eventueel kunnen de hoofdlijnen van de richtlijn in de verordening worden herhaald.

De waterschappen moeten uiteindelijk het normeringssysteem toepassen, aangezien de provinciale verordening de elementen van de beheersplannen bepaalt en de provincie de beheersplannen moet goedkeuren. De provincie heeft via die weg ook het laatste woord over eventuele regionale differentiatie.

De status van de norm is die van een inspanningsverplichting, een invulling van de zorgplicht die op de waterbeheerder rust ex art. 21 Grondwet en art. 1 Waterschapswet. De functie van de normering is deels extern, deels intern. Extern: zowel helderheid over de mate van bescherming en de aanvaardbare wateroverlast (daarmee is ook duidelijker waarop de waterbeheerder kan worden aangesproken), als sturing van waterhuishoudkundige belangen op ruimtelijke besluiten. Intern: toetsingskader voor de waterbeheerder, hetgeen doorwerkt in waterhuishoudkundige maatregelen en de inrichting van de calamiteitenbestrijding.

De verordening is bindend voor waterschappen voor de inrichting, voorbereiding en vaststelling van het beheersplan. In de voorbereiding van het plan moet de waterbeheerder op grond van de verordening overleg plegen met betrokken partijen in het beheersgebied zoals gemeenten. De inspraak bij de totstandkoming van dit plan verloopt volgens de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De rechtsbescherming bestaat uit een beroepsmogelijkheid tegen het provinciale goedkeuringsbesluit bij de rechtbank (art. 151 Waterschapswet), en hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het beheersplan zelf is niet onderhevig aan beroep. Het schept geen rechten of plichten voor derden, maar is een instructienorm voor het waterschap. (Tegen peilbesluiten, vergunningen en ontheffingen, waarin het plan doorwerkt, kan wel beroep worden ingesteld.)

Het systeem zoals voorgesteld brengt met zich mee dat indien ruimtelijke maatregelen nodig zijn om het watersysteem op orde te krijgen, waarvoor gemeentelijke medewerking (wijziging/vrijstelling van bestemmingsplan) is vereist, hierom alleen kan worden verzocht, zonder dat dit juridisch kan worden afgedwongen. Hierop wordt in het hiernavolgende uitgebreid ingegaan. Andersom, bij het meewegen van het watersysteem bij ruimtelijke besluitvorming is het probleem kleiner. Hier wordt gewezen op het instrument van de watertoets, in te brengen in het overleg ex art. 10 Bro. In een watertoets kan bijvoorbeeld worden bekeken welke gevolgen een voorgenomen ruimtelijk besluit heeft voor de mate van bescherming van een gebied tegen wateroverlast, of wat de kosten zijn van de waterhuishoudkundige maatregelen die nodig zijn om de bescherming weer in overeenstemming met de norm te brengen. Het toepassen van de watertoets is niet wettelijk vastgelegd. Wel kan de provincie weigeren een bestemmingsplan goed te keuren, indien een gemeente bij het vaststellen/wijzigen van een bestemmingsplan onvoldoende rekening houdt met de gevolgen voor het watersysteem. Beide lichamen,

gemeente en waterschap, verkeren in een gelijkwaardige positie en beide hebben provinciale goedkeuring nodig voor hun bestemmings-, dan wel beheersplannen.

In de toekomst zullen de zojuist genoemde punten overigens in een ander daglicht komen te staan indien de voorgestelde wijzigingen in het ruimtelijk bestuursrecht volgens de Fundamentele Herziening Wet Ruimtelijke Ordening door de Staten-Generaal worden aanvaard. De provinciale goedkeuring van bestemmingsplannen vervalt in dat geval. Provincies krijgen volgens het voorontwerp twee nieuwe bevoegdheden. Ten eerste de bevoegdheid om zelf bestemmingsplannen vast te stellen ten behoeve van bovengemeentelijke belangen. Daarnaast krijgen zij de bevoegdheid om een instructie te geven, ofwel door middel van een provinciale verordening (algemeen verbindende voorschriften over de inhoud van een bestemmingsplan, die een gemeenteraad binnen een jaar moet hebben verwerkt in haar bestemmingsplan), ofwel door middel van een instructiebeschikking (die eveneens móet worden geïmplementeerd in een bestemmingsplan).⁴ Hoewel deze wijzigingen, indien zij het tot wet brengen, de provincie meer mogelijkheden geven besluiten te nemen waardoor waterbelangen rechtstreeks kunnen worden beschermd, hebben de voor deze waterbelangen primair verantwoordelijke waterschappen hiermee nog steeds geen mogelijkheden het meewegen van deze belangen af te dwingen. De bestaande mogelijkheid om waterbelangen in te brengen die art. 10 Bro biedt zal bovendien vervallen volgens het voorontwerp.⁵

⁴ Zie Ministerie van VROM, *Fundamentele Herziening Wet Ruimtelijke Ordening. Voorontwerp*, september 2001, p. 94 e.v., p. 115 e.v.. Zie over het voorontwerp onder meer het advies van de VROM-raad, *Plannen met visie. Advies over het Voorontwerp Fundamentele Herziening Wet op de Ruimtelijke Ordening*, Advies 031, Den Haag: 6 november 2001, en P.J.J. van Buuren, 'De Fundamentele Herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening', *BR 2002-2*, p. 109 e.v..

⁵ Ministerie van VROM, *idem*, p. 79.

3 Aansprakelijkheidsvragen bij de invoering van een normerings-systeem voor regionale watersystemen

3.1 Inleiding

Het eerste vraagstuk ziet op de invloed van het introduceren van een normeringssysteem op de mogelijke aansprakelijkheid voor schade die wordt geleden wanneer een afvoer niet kan worden verwerkt en burgers toch te maken krijgen met wateroverlast, of met andere woorden dus toch “natte voeten krijgen”. Deze vraag moet worden beantwoord voor drie verschillende situaties. De eerste is die waarin het ontstaan van de schade het gevolg is van tekortkomingen in het waterbeheerssysteem van de waterbeheerder (het systeem is niet in staat de maatgevende afvoer te verwerken). De tweede betreft de situatie waarin het systeem van de waterbeheerder is berekend op de maatgevende afvoer en deze derhalve alle maatregelen heeft genomen om aan de norm(en) te voldoen, maar toch schade optreedt door onvolkomenheden in het grondwater- en/of rioleringbeheer, waarvoor andere bestuursorganen verantwoordelijk zijn. De derde situatie waarin de vraag naar aansprakelijkheid speelt, is het geval waarin zowel waterbeheerder, grondwaterbeheerder en rioleringbeheerder aan hun zorgplichten hebben voldaan, maar zich een afvoer voordoet die hoger is dan de maatgevende afvoer waarop het waterbeheerssysteem moet zijn berekend en de burger dientengevolge eveneens alsnog “natte voeten krijgt”.

Omdat er bij dit eerste vraagstuk naar huidig recht geen sprake is van schade veroorzaakt door besluiten die vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter, kan alleen bij de burgerlijke rechter het afwijzen van een verzoek om schadevergoeding worden aangevochten.⁶ Wil een vordering tot schadevergoeding slagen, dan moet worden aangetoond dat is voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van art. 6:162 BW. Bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag spelen, onder andere, de volgende genoemde factoren een rol: de vraag tot wie de normen zich richten (of zouden moeten richten), de mate van bindendheid van de normen en de eventuele rechtsplicht om een programma van maatregelen op te stellen en te implementeren om aan de normstelling te voldoen.

Bij de behandeling van dit vraagstuk wordt uitgegaan van het voorstel dat er reeds ligt voor de normering van regionale watersystemen. Voorzover een systeem zoals voorgesteld juridische knelpunten met zich meebrengt, zal daarop worden ingegaan.

3.2 Het waterbeheerssysteem voldoet niet aan de basisnormering

Zoals zojuist aangekondigd, wordt eerst onderzocht welk overheidslichaam kan worden aangesproken voor de schade die ontstaat wanneer schade optreedt door wateroverlast in een situatie waarin het watersysteem niet voldoet aan de basisnormering. Dat wil zeggen dat het systeem een afvoer die het volgens de basisnorm zou moeten kunnen verwerken, niet kan verwerken. Of de waterbeheerder voor hieruit voortvloeiende schade kan worden aangesproken, hangt af van de vraag of zijn optreden tijdens of voorafgaand aan de wateroverlast kan worden aangemerkt als handelen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht

⁶ De beslissing op een verzoek om schadevergoeding als gevolg van wateroverlast is wel een zelfstandig schadebesluit, maar het schadeveroorzakende handelen is niet een voor beroep vatbaar besluit, want van feitelijke aard. Een beroep tegen het zelfstandige schadebesluit zal bij een bestuursrechter stranden op niet-ontvankelijkheid wegens het ontbreken van processuele connexiteit. Vgl. ABR 19 juni 2000, AB 2000, 339, m.nt. AvH.

of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ook moet hij op zorgvuldige wijze zijn werkzaamheden verrichten. Wanneer de waterbeheerder onrechtmatig heeft gehandeld, is daarnaast voor aansprakelijkheid nodig dat de onrechtmatige daad hem kan worden toegerekend wegens schuld of een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.⁷ Twee eisen dus, de schending van een rechtsplicht en de toerekening (naast nog een aantal andere eisen, die op deze plaats echter geen rol hoeven te spelen).

Allereerst de vraag welke rechtsplicht zou zijn geschonden en de vraag welk rechtskarakter deze dan heeft. Op een waterbeheerder rust een wettelijke zorgplicht die berust op art. 21 Grondwet en art. 1 Waterschapswet. Deze houdt in dat een waterbeheerder dient te zorgen voor de waterstaatkundige verzorging van zijn beheersgebied. Dit wordt voor elk waterschap nader ingevuld in een provinciale verordening, het reglement (art. 2 Waterschapswet). Als een basisnormering voor regionale watersystemen wordt ingevoerd, is dit een nadere invulling van de zorgplicht. Zij vormt voor de waterbeheerder een toetsingskader om te toetsen of het door hem beheerde systeem op orde is, aldus het voorstel. De basisnormering heeft wel externe functies: zij is mede bedoeld om helder te krijgen welk beschermingsniveau tegen wateroverlast mag worden verwacht. Burgers kunnen dan ook bij hun handelen daarmee rekening houden.

Uit het voorstel blijkt evenwel dat de plicht te voldoen aan de basisnormering is bedoeld als een inspanningsverplichting. De normering zal worden neergelegd in CIW-richtlijnen, waarvan het gebruik "tot aanbeveling zal strekken". CIW-richtlijnen hebben de status verworven van beleid waarvan kan worden afgeweken mits dit wel duidelijk wordt gemotiveerd, aldus het voorstel. Als hiermee de status van een beleidsregel is beoogd, moet worden gewezen op de definitie daarvan in art. 1:3 lid 4 Awb. Volgens deze definitie is een beleidsregel een besluit (per definitie afkomstig van *bestuursorganen*, art. 1:3 lid 1 Awb) over de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid. Met een beleidsregel bindt een bestuursorgaan zichzelf bij de uitoefening van een eigen bevoegdheid (art. 4:81 Awb). Afwijken is alleen mogelijk in uitzonderingsgevallen (art. 4:84 Awb). Een CIW-richtlijn kan deze status niet hebben: de CIW is geen bestuursorgaan en heeft geen bindende bevoegdheid. Dit zou alleen anders worden, indien een dergelijke richtlijn door bestuursorganen, zoals die van waterschappen, als eigen beleid wordt "geadopteerd". Wanneer is bedoeld dat de CIW-richtlijn de status van een richtlijn moet hebben, kan worden opgemerkt dat een richtlijn wel afkomstig kan zijn van samenwerkingsverbanden van ambtenaren en bestuurders. Waar het bij beleidsregels om regelgeving gaat waarmee een bestuursorgaan zichzelf bindt ten aanzien van de uitoefening van een eigen bevoegdheid, gaat het bij richtlijnen om regelgeving door een instantie ter normering van een bevoegdheid die berust bij een ander orgaan dan deze instantie.⁸ Een richtlijn is echter niet terug te leiden tot een bindende bevoegdheid en kan dus ook niet rechtstreeks het andere orgaan binden. In een rechtsgebied als het milieurecht is het niet ongevoerd dat organisaties die geen bestuursorgaan zijn, normen opstellen voor bepaalde vormen van hinder, welke normen in de jurisprudentie wel de status van een richtlijn hebben verworven waarvan afwijken moet worden gemotiveerd.

Of de vergelijkbare kwalificatie die in het voorstel op grond van jurisprudentie aan de CIW-richtlijnen wordt toegekend, geheel gegrond is, is ons echter op basis van de gepubliceerde uitspraken die wij in dit verband hebben kunnen achterhalen nog niet geheel duidelijk. Wel is er een uitspraak van de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 25 mei 2000 inzake een rapport van de CIW over de relatie tussen emissievoorschriften en milieukwaliteitseisen.⁹ Een waterschap had aan een glastuinbouwbedrijf nadere eisen opgelegd ten aanzien van het hergebruik van afvalwater die verder gingen dan het betreffende CIW-rapport. De voorzitter

⁷ Zie ook Poortvliet 1995, p. 240.

⁸ Drupsteen, De Haan & Fernhout 1996, p. 310.

⁹ Vz. ABR 25 mei 2000, AB 2000, 47.

vond dit niet rechtmatig, omdat het waterschap naar zijn mening onvoldoende had gemotiveerd waarom het de aangescherpte emissie-eis hanteerde. Eén uitspraak van de voorzitter van de Afdeling zou echter een wat wankelende basis zijn voor de kwalificatie die het voorstel de CIW-richtlijn geeft, zeker gelet op het feit dat de juridische waarde van buitenwettelijke normen niet geheel duidelijk is.¹⁰

Het is verder de vraag of een CIW-richtlijn zoals voorgesteld voldoende basis biedt om waterschappen te verplichten hun beheerstaak zodanig uit te voeren dat zij rekening houden met, laat staan voldoen aan, deze buitenwettelijke normering, zoals bijvoorbeeld wel voor de normstelling ten aanzien van de primaire waterkeringen kan worden gedaan in de provinciale verordening ex art. 14 Wet op de waterkering. Een formele inbedding van de basisnormering zou de normen een duidelijkere en hogere status geven dan thans in het voorstel het geval is. Ondanks het feit dat een formeel-wettelijke inbedding de hoogste status geeft, is de keuze in het voorstel voor de basisnormering hier niet toe over te gaan wel te begrijpen. Regionale watersystemen zijn zo divers dat een uniforme, formeel-wettelijke normering niet gemakkelijk kan worden gerealiseerd. Het uitgangspunt van het voorstel om in de Wwh een bepaling op te nemen volgens welke provincies erop toe dienen te zien *dat* waterschappen het normeringssysteem toepassen is dan ook verdedigbaar. Wel zou de juridische inbedding van de basisnormering naar ons oordeel aan kracht winnen, wanneer deze bepaling in de Wwh wordt aangevuld met een bevoegdheid voor de provincies om de normen vast te stellen in een verordening. Dit geeft de normen een duidelijker en hogere status dan een CIW-richtlijn. Een landelijke CIW-richtlijn kan uiteraard wel van nut zijn als hulpmiddel *hoe* de normen moeten worden opgesteld. Waterschappen kunnen vervolgens de normen uitwerken en in hun beheersplannen opnemen.

In het voorstel is ook niet nader ingevuld welke maatregelen waterbeheerders dienen te treffen om de door hen beheerde watersystemen in overeenstemming met de basisnormering te brengen. Dit wordt aan hen overgelaten. De Normenkaart en de te nemen maatregelen moeten in of bij het beheersplan worden opgenomen. Dit plan schept geen rechten of plichten voor derden, maar levert een inspanningsverplichting op voor waterbeheerders. Het is een indicatief en operationeel plan, waarin wordt aangegeven hoe strategische doeleinden in het beheer zullen kunnen worden bereikt.¹¹ Een beheersplan vormt voor de waterbeheerder een instructienorm, een richtsnoer voor de manier waarop feitelijke beheersmaatregelen zullen worden uitgevoerd en beheersbevoegdheden zullen worden gebruikt. Bij het nemen van maatregelen en het gebruik van de bevoegdheden mag van het plan worden afgeweken, indien dit voldoende wordt gemotiveerd.¹² Er kan geen beroep tegen een beheersplan worden ingesteld. Alleen tegen het goedkeuringsbesluit van de provincie staat beroep open (zie hierboven).

Ook in het geval de CIW-richtlijnen worden herhaald in de provinciale verordening ex art. 9 Wwh kan daarop geen beroep worden gedaan door getroffen burgers. De verordening is gericht tot de waterbeheerder. Dus ook de plicht de te nemen maatregelen in het beheersplan uiteen te zetten, is een bepaling die zich richt tot de waterbeheerder. Bij het vervullen van deze plicht heeft het waterschap beleidsvrijheid. Het heeft immers een zelfstandige beheerstaak.¹³ De beleidsvrijheid blijkt ook uit de modelverordening van het IPO, volgens welke ook prioriteit, fasering, kosten en kostendekking van de te nemen maatregelen in het beheersplan moeten staan.

Uit het voorgaande blijkt dat de invulling van de zorgplicht met de basisnormering niet is bedoeld als een resultaatsverbintenis, maar als een inspanningsverplichting. Dat geldt zowel voor het voldoen aan de normen, als voor de te nemen maatregelen. Indien een watersysteem

¹⁰ Zie Van Rijswijk in haar noot bij ABR 29 juni 2000, AB 2000, 416.

¹¹ Van den Berg & Van Hall 1997, p. 197, Heldens 1997, p. 41, 42.

¹² Heldens 1997, p. 42.

¹³ Heldens 1997, p. 49.

niet aan de basisnormering voldoet, is de beheerder deze verplichting niet nagekomen en heeft hij niet voldaan aan zijn zorgplicht.

De vraag in hoeverre er vervolgens ook sprake is van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, is meerdere malen beoordeeld door de Hoge Raad. Steeds komen daarbij dezelfde criteria naar voren. Het eerste arrest waarin deze zijn genoemd, had betrekking op de onderhoudsplicht voor sloten, maar later zijn de criteria ook in meer algemeen verband genoemd voor de waterbeheerstaak.¹⁴ Hoever de zorgtaken van een waterbeheerder reiken, hangt af van *onder andere*: het aantal, de aard en de lengte van de te beheren waterwegen, het aantal gronden waarvan het waterschap weet of behoort te weten dat zij i.v.m. hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast, de financiële en andere middelen die de waterbeheerder voor de uitvoering van zijn verplichtingen ten dienste staan en de vraag in hoeverre de aan de lage ligging van de gronden verbonden bezwaren (mede) door de eigenaar of gebruiker van de gronden zelf zijn veroorzaakt.¹⁵ De betekenis die aan deze factoren moet worden toegekend zal vaak alleen met behulp van deskundigen kunnen worden vastgesteld. Bovendien heeft de waterbeheerder daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid.¹⁶ Welke maatregelen moeten worden genomen, staat ter beoordeling aan de waterbeheerder en hangt af van de feitelijke en concrete omstandigheden. Of de beleidsvrijheid is overschreden, hangt eveneens af van de omstandigheden van het geval. Annotator Bloembergen noemt als grenzen van de beleidsvrijheid ook de wettelijke omschrijving van de taak en de aard van de taak. Nu de basisnormering volgens het voorstel niet in een wettelijke bepaling wordt opgenomen, lijkt dit eens te meer te duiden op een niet geringe mate van beleidsvrijheid. Ook al zou de basisnorm moeten worden gezien als een harde norm, dan nog heeft een waterbeheerder beleidsvrijheid bij de vraag *hoe* aan die norm moet worden voldaan. Overwegingen als het relatief beperkt zijn van de nadelen van een maatregel voor derden en het opvangen van onevenredige schadeveroorzakende maatregelen met een vergoedingsregeling mogen bijvoorbeeld een rol spelen.¹⁷

Bloembergen noemt ook nog de zgn. Kelderluikcriteria bij het bepalen of er al dan niet sprake is van een onrechtmatig handelen bij schade als gevolg van hoge waterstanden: aard en omvang van de schade, de normale overstromingsrisico's voor het betreffende gebied en de ter beschikking staande middelen die het meer of minder moeilijk maken voorzorgsmaatregelen te nemen.¹⁸ Hartlief wijst erop dat volgens het civiele aansprakelijkheidsrecht geldt dat naarmate een verantwoordelijk overheidslichaam beter op de hoogte was van de mogelijkheid van het ontstaan van schade, de beleidsvrijheid minder groot wordt, omdat dan meer mag worden verwacht van de overheid.¹⁹ Bijvoorbeeld een waarschuwing geven aan potentiële gelaedeerden over de te verwachten schade, zodat zij tijdig maatregelen kunnen nemen om de schade te beperken.

De toetsing door de rechter van het optreden van een waterschap is sinds kort echter wel aangescherpt. Uit HR 9 november 2001 blijkt dat na een waarschuwing van een ingeland over

¹⁴ HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332, m.nt. CJHB (Bargerbeek), HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB, *AB* 2001, 21, m.nt. ThGD (De Dommel). Ook bevestigd in HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319, m.nt. ARB, *AB* 1999, 206, m.nt. ThGD (West-Friesland), dat betrekking had op de plicht van een waterschap adequaat te reageren op klachten over schade door een te hoog waterpeil. Een waterschap dient na een klacht een onderzoek in te stellen en zo nodig, afhankelijk van de uitkomsten van het onderzoek, de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen, waarbij het weer beleidsvrijheid heeft.

¹⁵ Zie voor een voorbeeld van de toepassing van deze laatste factor HR 7 januari 1994, *NJ* 1994, 320. Financiële middelen mogen oveigens niet meer een grote rol spelen, zie Bloembergen in zijn noot bij HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB, *AB* 2001, 21, m.nt. ThGD (De Dommel) en Van Dunné 2000, p. 411 en de door hem in noot 44 aangehaalde artikelen van Van Wijmen en Drupsteen.

¹⁶ De HR spreekt consequent over "beleidsvrijheid", maar bestuursrechtelijk gezien zou de term beoordelingsvrijheid juister zijn.

¹⁷ HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB, *AB* 2001, 21, m.nt. ThGD (De Dommel).

¹⁸ Zie zijn noot bij HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB (De Dommel). Zie ook Hartlief 1995b, p. 135.

¹⁹ Hartlief 1995a, p. 312, 313. Zie ook Van Hall 1995, p. 96.

dreigende wateroverlast en schade, de waterbeheerder stappen moet nemen om de situatie te verbeteren, indien andere belangen zich daartegen niet verzetten. Een waterschap dient dus ook zelf maatregelen te nemen. Bovendien mag een rechter bij de toetsing van de juistheid van de keuze van de maatregelen niet alleen volstaan met een marginale toetsing, ook al heeft de waterbeheerder daarbij beleidsvrijheid.²⁰

Conclusie is dat indien er wateroverlast ontstaat omdat een watersysteem niet voldoet aan de basisnormering, er sprake kan zijn van onrechtmatig handelen. Dit is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Aangetoond zal moeten worden dat de waterbeheerder de grenzen van de beleidsvrijheid die hij heeft bij de inrichting van zijn waterbeheersysteem en bij het nemen van maatregelen, heeft overschreden. De beleidsvrijheid waarvan het gebruik door de rechter wordt getoetst, wordt nader ingevuld indien een normeringssysteem wordt ingevoerd, waardoor de toets minder marginaal wordt. Verder ligt het, ondanks het feit dat een harde wettelijke verankering van de normering volgens het voorstel ontbreekt, voor de hand dat, in vergelijking met de situatie dat er geen normeringssysteem gold, bij het niet voldoen aan het normeringssysteem eerder aansprakelijkheid zal worden aangenomen. Er bestaat een gereede kans dat de bewijslast wordt omgedraaid - dus dat het waterschap zal moeten aantonen dat het *niet* onrechtmatig heeft gehandeld, ondanks het niet voldoen aan het normeringssysteem.²¹

Mocht er sprake zijn van schade als gevolg van onrechtmatig handelen, dan moet dit de waterbeheerder ook nog kunnen worden toegerekend, voordat er sprake is van aansprakelijkheid. Ook dit hangt weer af van de omstandigheden van het geval. Dit blijkt onder andere uit een vonnis van de rechtbank Arnhem.²² Daarin werd schadevergoeding gevorderd voor schade die was ontstaan als gevolg van de evacuatie tijdens de hoogwaterperiode van januari/februari 1995. De rechtbank oordeelde dat het waterschap niet verantwoordelijk was voor (de gevolgen van) het feit dat de door hem beheerde dijken niet voldeden aan de norm waaraan zij op dat moment moesten voldoen.²³ Het waterschap had voldoende duidelijk weten te maken dat de normen voor dijkverbetering, het tempo waarin deze behoorden en konden worden gerealiseerd en de beschikbaarheid van de daartoe benodigde financiële middelen in sterke mate afhankelijk waren van politieke besluitvorming op rijksniveau. Er was niet gebleken dat het waterschap onder de aldus bestaande smalle marges niet had gedaan wat van hem kon worden verwacht om de dijken te verbeteren, aldus de rechtbank. Daarom kon niet worden gesproken van een het waterschap toe te rekenen onrechtmatige daad.

Wanneer een waterbeheerder maatregelen moet nemen om een watersysteem te laten voldoen aan de basisnormering, is hij eveneens afhankelijk van de beschikbare middelen en kan ook de medewerking van andere overheidslichamen, bijvoorbeeld gemeenten, zijn vereist. Voor

²⁰ HR 9 november 2001, *JB* 2001, 313, *AB* 2001, 20, m.nt. ThGD (De Oude Rijnstromen).

²¹ Ook Drupsteen stelt dat het uitgangspunt, gelet op de huidige wettelijke taak van waterschappen ex art. 2 Waterschapswet, dient te zijn "dat ingelanden aanspraak moeten kunnen maken op 'droge voeten' en dat het aan het waterschap is om aan te geven waarom in een concreet geval aan deze zorgplicht niet kan worden voldaan" (Drupsteen in zijn noot bij HR 9 november 2001 (De Oude Rijnstromen) en HR 19 november 1999 (De Dommel), *AB* 2002, nrs. 20 en 21).

²² Rb. Arnhem 10 december 1998, *NJKort* 1999-2. Zie ook Poortvliet 1995, p. 243.

²³ Deze norm had overigens nog geen wettelijke grondslag, want de Wet op de waterkering was destijds nog niet in werking getreden.

het vestigen van een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor wateroverlast die is ontstaan omdat het watersysteem niet voldoet aan de basisnormering, zal moeten worden aangetoond dat het waterschap gelet op de feitelijke omstandigheden van het geval niet heeft gedaan wat in die situatie van hem kon worden verwacht.

3.3 Het waterbeheerssysteem voldoet aan de basisnormering, maar als gevolg van tekortkomingen in grondwater- en/of rioleringsbeheer ontstaat toch wateroverlast

De tweede situatie die moet worden onderzocht, betreft het geval waarin het systeem van de waterbeheerder is berekend op de maatgevende afvoer en deze derhalve alle maatregelen heeft genomen om aan de norm(en) te voldoen, maar toch schade optreedt door onvolkomenheden in het grondwater- en/of rioleringsbeheer, waarvoor andere bestuursorganen verantwoordelijk zijn. Hierover moet allereerst worden opgemerkt dat het voorstel voor de basisnormering niet bedoeld is zich uit te strekken over wateroverlast als gevolg van grondwateroverlast of overlast als gevolg van een te kleine afvoercapaciteit van de riolering. Het is de bedoeling dat de werking van de normering zich alleen uitstrekt over wateroverlast door oppervlaktewater. In de praktijk heeft echter zowel de provincie (via de ontheffingsbevoegdheid ex art. 14 Grondwaterwet), als de gemeente (via het rioleringsbeheer op grond van de Woningwet en de bouwverordening) als het waterschap (via het oppervlaktewaterpeilbeheer) potentieel invloed op het vóórkomen en voorkómen van wateroverlast. In deze paragraaf is de uitgangssituatie dat het oppervlaktewaterbeheer voldoet aan de basisnormering. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op tekortschieten in het grondwaterbeheer en in het rioolbeheer.

Voor het grondwaterbeheer geldt dat deze samenhang vertoont met het oppervlaktewaterbeheer. Een goed oppervlaktewaterbeheer kan de kans op grondwateroverlast beperken. Te hoog oppervlaktewater bemoeilijkt de ontwatering waarmee grondwaterstanden op een goed peil moeten worden gehouden. Ook al is actief grondwaterbeheer niet de verantwoordelijkheid van waterschappen, de Hoge Raad heeft over de verantwoordelijkheid van een waterschap wel geoordeeld dat het niet zo is dat deze zich alleen uitstrekt over het oppervlaktewaterpeilbeheer zonder dat het daarbij rekening zou hoeven houden met het grondwaterpeil.²⁴

Het kwantitatieve grondwaterbeheer is een provinciale taak, geregeld in de Grondwaterwet. Daarvan is echter de ontwatering uitgezonderd. In de praktijk voeren waterschappen met hun peilbeheer tegelijk met oppervlaktewaterbeheer ook een grondwaterpeilbeheer.²⁵ Formeel is een waterschap echter geen grondwaterbeheerder. Voor stedelijke gebieden bestaan afspraken volgens welke het waterschap voor de afwatering zorgt en de gemeente voor de ontwatering. Deze laatste taak is echter nergens geregeld. Daarnaast hangen af- en ontwatering nauw met elkaar samen, waardoor aansprakelijkheidsvragen moeilijk kunnen worden beantwoord.²⁶

Indien een causaal verband kan worden aangetoond tussen de wateroverlastschade en oppervlaktewaterbeheer, kan het waterschap worden aangesproken. Er zijn drie situaties denkbaar. Art. 40 Wwh bevat een regeling voor vergoeding van schade als gevolg van het vaststellen/wijzigen van een peilbesluit of waterakkoord, het verlenen, weigeren, wijzigen of intrekken van een vergunning of ten gevolge van een maatregel in buitengewone omstandigheden. Deze nadeelcompensatieregeling is bedoeld voor schade als gevolg van besluiten die op zich *rechtmatig* zijn. Het moet dan wel gaan om schade die redelijkerwijs niet (geheel) ten laste van de benadeelde behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet anderszins is verzekerd. De vergoeding wordt naar billijkheid bepaald.

Is één van de in art. 40 Wwh genoemde besluiten *onrechtmatig*, dan kan ofwel een zelfstandig schadebesluit worden gevraagd, ofwel meteen de civiele weg van art. 6: 162 BW

²⁴ HR 9 november 2001, *JB* 2001, 313, *AB* 2001, 20, m.nt. ThGD (De Oude Rijnstromen).

²⁵ Van Hall 1998, p. 991.

²⁶ Van Hall 1998, p. 990, 992.

worden gevolgd om schadevergoeding van de waterbeheerder te vorderen.²⁷ Voor een actie bij de burgerlijke rechter ex art. 6:162 BW is echter wél nodig dat het peilbesluit of de andere in art. 40 Wwh genoemde besluiten eerst in beroep bij de bestuursrechter worden aangevochten en vernietigd, voordat een vordering wegens onrechtmatige daad met kans op succes kan worden ingesteld. De kans van slagen van zo'n beroep bij de bestuursrechter is onzeker, gelet op de beleidsvrijheid die een waterschap heeft bij de vervulling van zijn zorgtaak en de marginale toetsing door de bestuursrechter.²⁸ Een voorbeeld zou kunnen zijn dat een waterschap onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar nadelige gevolgen van een voorgenomen besluit of niet heeft gewaarschuwd voor mogelijke schade.²⁹ Indien de bestuursrechter het arrest De Oude Rijnstromen van de Hoge Raad volgt, zou de toets in de toekomst wellicht minder marginaal uitvallen.³⁰

Indien er sprake is van een (vermeend) onrechtmatig al dan niet handhaven van het peilbesluit (feitelijk handelen), waarvoor art. 40 Wwh geen uitkomst biedt, staat de weg naar de burgerlijke rechter open.³¹ Daarbij geldt dan echter weer hetgeen hiervoor ten aanzien van de toetsing van het naleven van een inspanningsverplichting is behandeld in paragraaf 3.2. Zo staat in art. 16 Wwh duidelijk dat de waterbeheerder verplicht is het peilbesluit "zoveel mogelijk" te handhaven.³² Het Oude-Rijnstromen-arrest van de HR maakt dat de kans van slagen van een vordering op grond van onrechtmatige daad wel is toegenomen.

Indien een causaal verband tussen schade door grondwateroverlast en oppervlaktewaterbeheer *niet* kan worden aangetoond, is niet duidelijk wie aansprakelijk is. Er bestaat geen normeringssysteem voor grondwaterstanden, hetgeen het antwoord op de vraag of er sprake is van een tekortschietend grondwaterbeheer bemoeilijkt. Bovendien is er geen enkel overheidslichaam dat op grond van een specifieke regeling het beheer van grondwaterstanden tot zijn taak moet rekenen. In een zaak waarin schade optrad als gevolg van te hoge grondwaterstanden, kwam ook het Hof Arnhem tot deze conclusie. Daarna oordeelde het dat de gemeente, in dit geval dat in stedelijk gebied speelde, aansprakelijk gesteld, geen rechtsplicht heeft geschonden door geen ontwateringssysteem aan te leggen en dat er onvoldoende basis is om te oordelen dat volgens ongeschreven publiekrecht de gemeente maatregelen moet nemen om de overlast tegen te gaan.³³ Op privé-percelen moeten grondeigenaren zelf voor de afvoer van een te veel aan water zorgen en pas bij de perceelsgrens hoeft de gemeente te zorgen voor ontwateringssysteem waarop de particulieren kunnen aansluiten.

Voor het rioolbeheer spelen vergelijkbare onduidelijkheden bij het beantwoorden van aansprakelijkheidsvraagstukken indien er sprake is van wateroverlast. Gemeenten zijn op grond van de Woningwet en de bouwverordening verantwoordelijk voor het rioleringsbeheer. Omdat er voor rioleringsbeheer geen normering geldt, is het allereerst al niet eenvoudig om uit te maken wanneer een gemeente haar zorgplicht heeft verzaakt. Evenals bij het grondwaterbeheer speelt daarnaast het probleem dat het erg lastig is om te bepalen of wateroverlast is veroorzaakt door een slecht rioolbeheer of door een gebrek in het oppervlaktewaterbeheer of door beide. Beide

²⁷ Van Hall meent dat art. 40 Wwh een exclusieve regeling is: na afwijzen van een verzoek om schadevergoeding op grond van art. 40 Wwh zou de weg naar de burgerlijke rechter niet meer open staan (Van Hall 1998, p. 1000, 1001). Dit lijkt mij gelet op de rechtspraak rond de verdeling van de rechtsmacht van bestuursrechter en burgerlijke rechter niet meer zo zeker (HR 17 december 2000, *AB* 2000, 89, Groningen/Raatgever). Zie ook Van Dunné 2000, p. 37.

²⁸ Van Dunné, p. 34.

²⁹ Zie ook Van Hall 1998, p. 998.

³⁰ Zie hiervoor in par. 3.2 besproken arrest HR 9 november 2001, *JB* 2000, 313, *AB* 2001, 20, m.nt. ThGD (De Oude Rijnstromen).

³¹ Het uitlokken van een zelfstandig schadebesluit kan ook dan natuurlijk, maar daartegen kan niet in beroep worden gegaan bij de bestuursrechter wegens het ontbreken van de vereiste processuele connexiteit, zie noot 3.

³² Zie daarover bijvoorbeeld Havekes 2000, p. 9. De casus van HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319, m.nt. ARB, *AB* 1999, 206, m.nt. ThGD (West-Friesland) ging bijvoorbeeld over het verband tussen peilbeheer en grondwaterstand.

³³ Hof Arnhem 3 juni 1997, *BR* 1997, p. 877 (Woningstichting Almelo), zie ook Van Hall 1998, p. 993.

kunnen van invloed zijn bij het ontstaan van wateroverlast en wat in een concreet geval van overlast de hoofdoorzaak is geweest, is vaak niet duidelijk.

Indien er geen causaal verband kan worden aangetoond tussen grondwater- of rioolwateroverlast en oppervlaktewaterbeheer, is het, samengevat, in de hier besproken situatie, waarin het oppervlaktewaterbeheerssysteem voldoet aan de normering, erg moeilijk één van de andere betrokken overheidslichamen (provincie en gemeente) met succes bij de burgerlijke rechter aan te spreken op grond van onrechtmatige daad. Dit is te wijten aan zowel het ontbreken van een normeringssysteem voor grondwater- en rioolbeheer, als aan het gebrek aan een goede verantwoordelijkheidstoedeling voor het grondwaterbeheer. Het is immers niet duidelijk of en zo ja welk lichaam zijn rechtsplicht heeft geschonden. Ook het uitlokken van een bestuursrechtelijk appellabel zelfstandig schadebesluit is geen kansrijke onderneming. Zowel een gemeente als een waterschap zal zo'n verzoek waarschijnlijk afwijzen, nu zij beide nergens wettelijk toe verplicht zijn. Er staat vervolgens geen beroep bij de bestuursrechter open tegen deze afwijzing wegens het gebrek aan processuele connexiteit.³⁴

Voor een burger die met schade door wateroverlast te maken heeft is deze stand van zaken uiteraard geen bevredigend antwoord. Er is een wettelijke regeling nodig voor een duidelijke toekenning van de taak van actief beheer van de grondwaterstand. Verder zou de rechtszekerheid zijn gebaat indien ook voor grondwater- en rioolbeheer duidelijke normen zouden bestaan.

Naar ons oordeel kan naar huidig Nederlands privaatrecht voor deze voor de burger onbevredigende stand van zaken geen oplossing worden gevonden door toepassing van de artikelen 6:99 BW e.v., die voor bepaalde situaties de mogelijkheid geven van hoofdelijke aansprakelijkheid. Het bekende arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 1992 over de Des-zaak biedt hier geen uitkomst, omdat de betrokken overheden niet, zoals bij de Des-producenten wel het geval was, allemaal behoren tot de kring van mogelijke veroorzakers: voorzover zij terzake geen verantwoordelijkheid dragen, is hun situatie niet vergelijkbaar met de Des-producenten, die wel de verantwoordelijkheid dragen voor het op de markt brengen van het betreffende product.³⁵ Wel is het in beginsel zo dat wanneer met vrucht kan worden gesteld dat twee overheden door onrechtmatig handelen of nalaten hebben bijgedragen aan het ontstaan van schade, die zonder ieder van die gedragingen niet was ontstaan en de schade derhalve is ontstaan door een samenloop van oorzaken, ieder van die overheden op grond van artikel 6:102 B.W. jegens de benadeelden voor de gehele schade aansprakelijk kan worden gehouden.³⁶ Daarbij geldt dus als vereiste dat de betrokken overheid onrechtmatig heeft gehandeld, hetgeen derhalve niet kan worden gesteld, wanneer zij terzake geen juridische verantwoordelijkheid draagt. Nu deze problematiek de opdracht overigens te buiten gaat, laten wij het wat dit betreft hierbij.³⁷

3.4 Wateroverlast bij bovennormale omstandigheden waarop een watersysteem niet meer hoeft te zijn berekend

De derde situatie waarin de vraag naar aansprakelijkheid speelt, is het geval waarin zowel waterbeheerder, als grondwaterbeheerder, als rioleringbeheerder aan hun zorgplichten hebben voldaan, maar zich een afvoer voordoet die hoger is dan de maatgevende afvoer waarop het waterbeheerssysteem moet zijn berekend en de burger dientengevolge eveneens alsnog "natte

³⁴ Zie noot 3.

³⁵ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

³⁶ HR 24 december 1999, NJ 2000, 351.

³⁷ Zie verder bijvoorbeeld Van Hall 1998, Havekes 2000, p. 10.

voeten krijgt". Kan een gelaedeerde burger in een dergelijk geval de overheid aanspreken voor de door hem geleden schade?

Het gaat in deze derde situatie om omstandigheden die verder gaan dan de omstandigheden waarop een watersysteem volgens de basisnormering nog moet zijn berekend. Een situatie waarvan de kans dat die zich voordoet nog kleiner is dan de kans op inundatie waardoor de basisnorm wordt gevormd. Ten aanzien daarvan geldt dat met de introductie van een basisnormeringssysteem als voorgesteld maatschappelijk lijkt te zijn aanvaard dat deze de zorgplicht van de overheid te boven gaat. Een schadevergoedingsclaim op grond van onrechtmatige daad zal waarschijnlijk daarop stranden.³⁸ Van onrechtmatig handelen is immers bij gebreke van een overtreden van de zorgplicht geen sprake.

Een uitzondering hierop zou kunnen bestaan indien de overheid wist of behoorde te weten dat overlast dreigde en dus had kunnen waarschuwen om derden in de gelegenheid te stellen schadebeperkende maatregelen te nemen, maar dat niet heeft gedaan. In dat geval zou een onrechtmatige-daadsactie kunnen worden gestart voor de bovenmatige schade die had kunnen worden voorkomen, voorzover er geen sprake is van een normaal maatschappelijk risico.³⁹ Een waterschap dient ook zelf schadebeperkende maatregelen te nemen. Dit komt ook naar voren in het jongste arrest over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van wateroverlast bij extreem hoge waterstanden, HR 9 november 2001.⁴⁰ Daarin is het oordeel van het Hof aanvaard dat de taak van een waterschap meebrengt dat het actie dient te ondernemen, indien en zodra het door een ingeland wordt gewaarschuwd dat het peil op diens perceel zodanig hoog is dat deze daarom een aanzienlijke schade dreigt op te lopen en dat dan, indien andere belangen zich daartegen niet verzetten, van het waterschap mag worden verwacht dat het stappen zal ondernemen om de situatie te verbeteren. Volgens de Hoge Raad mag een rechter bij de beoordeling van de juistheid van de keuze van de maatregelen niet volstaan met een marginale toetsing, ook al komt het waterschap een zekere beleidsvrijheid toe. Als deze meer dan marginale toets voor het waterschap ongunstig uitpakt, is het in een civiele procedure aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad en moet de volledige schade worden vergoed. Bij het nemen van maatregelen zal eventuele onevenredige schade van een *andere* belanghebbende overigens voor nadeelcompensatie in aanmerking kunnen komen, maar als het gaat om feitelijke maatregelen kan tegen een dergelijk zelfstandig schadebesluit niet bij de bestuursrechter beroep worden ingesteld wegens het ontbreken van de vereiste processuele connexiteit.⁴¹

Al met al staat niet vast of een vordering op grond van onrechtmatige daad succes zal hebben, maar is de kans daarop wel gegroeid als gevolg van het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad. Het vragen van nadeelcompensatie brengt een gelaedeerde niet ver. Omdat er geen sprake is van schade als gevolg van besluiten of handelingen van de overheid, kan niet bij de bestuursrechter in beroep worden gegaan. Dit zou hoogstens anders kunnen zijn voor schade als gevolg van maatregelen die zijn genomen om de uitzonderlijke omstandigheden het hoofd te bieden. Maar daarbij heeft een bestuursorgaan weer een beleidsvrijheid die maakt dat een bestuursrechter een marginale toetsing zal hanteren, als er al sprake is van een maatregel met een karakter van een voor beroep vatbaar besluit.⁴²

³⁸ Zie ook Van Hall 1995, p. 95, 96, Stroink 1995, p. 128, Hartlief 1995b, p. 131, 132, Van Dunné 2000, p. 34., Faure & Hartlief 2001, p. 149.

³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 10 november 1993, *NJ* 1994, 492 (De Aa/Van den Berg), zie ook Hartlief 1995a, p. 311, 312, Hartlief 1995b, p. 132, Van de Bunt 2001, p. 175, Van Dunné 2000, p. 34 (deze laatste noemt het criterium van het normaal maatschappelijk risico). Genoemd arrest had betrekking op normaal waterbeheer, maar bij wateroverlast als gevolg van bovennormale omstandigheden dient even goed een waarschuwingplicht te gelden.

⁴⁰ HR 9 november 2001, *JB* 2001, 313, *AB* 2001, 20, m.nt. ThGD (De Oude Rijnstromen).

⁴¹ Zie noot 3. Alleen onevenredige schade komt in zo'n geval voor vergoeding in aanmerking, zie De Vries 1998, p. 1913. Maar dat kan de volledige schade zijn.

⁴² Ook weer alleen vergoeding van onevenredige schade.

Zou de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (WTS) in deze omstandigheden uitkomst kunnen bieden? De WTS regelt de aanspraak op een tegemoetkoming van schade die het gevolg is van een ramp of een zwaar ongeval. Wanneer sprake is van een ramp is gedefinieerd in art. 1 Rampenwet: “een gebeurtenis waardoor een ernstige verstoring van de algemene veiligheid is ontstaan, waarbij het leven en de gezondheid van vele personen dan wel grote materiële belangen in ernstige mate worden bedreigd of zijn geschaad en waarbij een gecoördineerde inzet van diensten en organisaties is vereist om de dreiging weg te nemen of de schadelijke gevolgen te beperken”. Voor een tegemoetkoming op grond van de WTS moet het wel gaan om een speciale ramp, namelijk een aardbeving of een zoetwateroverstroming (het bezwijken van primaire waterkeringen of het buiten de oevers treden van wateren binnen Nederland) (art. 1).⁴³ Er moeten nationale belangen in het geding zijn; de WTS is niet bedoeld voor schade geleden bij “lichte” rampen.⁴⁴ Bij KB kan de WTS van toepassing worden verklaard op rampen of zware ongevallen die van minstens vergelijkbare aard zijn (art. 3). Dit is gebeurd voor de regenval van september 1998 en oktober 1998.⁴⁵ Hoewel de definitie van een ramp het niet gemakkelijk maakt schade door wateroverlast vanuit regionale oppervlaktewatersystemen te vergoeden op basis van de WTS, behoeft deze mogelijkheid dus niet bij voorbaat te worden uitgesloten.

Verder geeft de WTS aanspraak op een *tegemoetkoming* in de schade. Een deel van de schade komt dus voor eigen risico van de getroffen burger.⁴⁶ Alleen onevenredige schade wordt vergoed.⁴⁷ Voorwaarde voor een tegemoetkoming is vervolgens dat het moet gaan om schade die niet redelijkerwijs verzekeraar is, waarvoor niet uit andere hoofde een vergoeding kan worden of is verkregen (zoals uit een actie bij de civiele rechter), die niet aan eigen schuld kan worden geweten en niet voorzienbaar was, terwijl de gelaedeerde zijn schadebeperkingsplicht moet zijn nagekomen (art. 4 lid 3 WTS).⁴⁸ De WTS heeft dus een vangnetkarakter. Bovendien moet de schade behoren tot een van de categorieën van schade en kosten die de WTS noemt (art. 4 lid 1) of die is aangewezen bij ministeriële regeling (art. 4 lid 2). Een tegemoetkoming in omzetschade is uitgesloten. Voor wateroverlast geldt dat het Verbond van Verzekeraars haar leden heeft geadviseerd om opstal- en inboedelpolissen uit te breiden met een meeromvattende dekking tegen schade als gevolg van in Nederland vallend regenwater. Uit een brief van de staatssecretaris van BZK en de minister van LNV aan de Tweede Kamer blijkt dat uitbreiding van dekking van schade door overvloedige regen beschikbaar is voor bestaande en nieuwe polissen.⁴⁹ Voor de verzekeraarheid van regenschade aan land- en tuinbouwgewassen en de verzekeraarheid van schade door een zoetwateroverstroming wordt nog een oplossing gezocht.⁵⁰

⁴³ De Vries 1998, p. 1909.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 159, nr. 3, p. 5.

⁴⁵ Faure & Hartlief 2001, p. 167, Van der Schans 2000, p. 17, De Vries 1998, p. 1911. Als argumenten voor de toepassing van de WTS golden het uitzonderlijke karakter van het natuurverschijnsel, de noodzakelijke gecoördineerde inzet van hulpverleningsdiensten, de maatschappelijke ontwrichting in de getroffen gebieden en de dreigende aantasting van grote materiële belangen, *Kamerstukken II* 1998/99, 24 071, nr. 36, p. 1-2.

⁴⁶ Van de Bunt 2001, p. 176.

⁴⁷ Van der Schans 2000, p. 13. Of vergoeding van restantschade kan worden gevorderd is nog niet duidelijk. Er zijn claims ingediend bij het Waterschap Zeeuwse Eilanden (Havekes 2000, p. 8), maar er is nog geen definitieve uitkomst bekend.

⁴⁸ Van voorzienbare schade die niet voor vergoeding in aanmerking komt is sprake bij schade als gevolg van een zoetwateroverstroming, ontstaan na activiteiten in het winterbed van een rivier waarop de Beleidslijn Ruimte voor de Rivier van toepassing is, Van der Schans 2000, p. 14.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 24 071, nr. 58, p. 1, 2. Hoewel deze kwestie verder buiten het kader van de opdracht voor dit onderzoek valt, leerde navraag in de praktijk dat het bij de afronding van dit essay niet geheel duidelijk is hoe het staat met de feitelijke beschikbaarheid van polissen en de hoogte van de bijbehorende premies.

⁵⁰ Van de Bunt 2001, p. 179, 180. Zie over de redelijkerwijze verzekeraarheid ook Faure & Hartlief 2001, p. 159-162, die overigens tamelijk kritisch zijn over de vergoedingsregeling van de WTS en haar toepassing.

Om onder de WTS te vallen, moet de schade zijn ontstaan in een schadegebied (art. 4 lid 1): een bij ministeriële regeling vast te stellen gebied in Nederland waarin een krachtens de WTS als schadeoorzaak erkende ramp of zwaar ongeval heeft plaatsgevonden en waarin als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade is geleden (art. 1 lid 1). Volgens Van der Schans kan overigens ook schade die wordt geleden door genomen noodmaatregelen worden vergoed op grond van de WTS.⁵¹ Dit geldt ook weer alleen voor onevenredige schade.⁵²

Aangezien de WTS een vangnetkarakter heeft en schadevergoeding wegens onrechtmatige daad niet waarschijnlijk is, zal er hoe dan ook schade onvergoed blijven, zeker in gevallen waarin de WTS niet van toepassing is (verklaard). Tegen schadebesluiten genomen op grond van de WTS staat beroep open bij de bestuursrechter (het zijn immers beschikkingen genomen op aanvraag, dus op grond van de Awb appellabele besluiten).

⁵¹ Van der Schans 2000, p. 18.

⁵² De Vries 1998, p. 1913.

4 Nadeelcompensatie bij het aanwijzen van retentie- of calamiteitengebieden

4.1 Inleiding

Bij het tweede vraagstuk gaat het om de vraag of er een recht op nadeelcompensatie voor met name grondeigenaren en gebruikers ontstaat, wanneer wordt overgegaan tot het beperken van het mogelijke ruimtegebruik om daarmee ruimte voor water te creëren. Beperking van gebruiksmogelijkheden kan worden bewerkstelligd door gebruikmaking van verschillende juridische instrumenten (onteigening, planologische maatregelen, privaatrechtelijke constructies). In het kader van dit essay gaan wij met name in op de planologische maatregelen, hoewel voor gebieden die vaak zullen moeten worden ingezet onteigening wellicht een beter instrument is. Dan kan gemakkelijker het beheer worden aangepast en worden telkens terugkerende schadeclaims en vergoedingen vermeden. Voor onteigening is een nutswet of een KB voor één van de specifieke doelen als die worden genoemd in de Onteigeningswet (Ow) nodig. Onteigening voor een retentie- of waterbergingsgebied zal moeten plaatsvinden via titel IV Ow (de gemeentelijke onteigening). Daarvoor is echter als onteigeningsgrondslag uitvoering van een bestemmingsplan nodig. Hier steekt het probleem de kop op dat voor planologische reservering van een gebied de medewerking van de gemeente is vereist en dat deze niet kan worden afgedwongen. Het hebben van een normeringssysteem is wel bevorderlijk bij het aantonen van de noodzaak van het reserveren van bepaalde gronden. Verder is voor onteigening vereist dat wordt aangetoond dat het opleggen van gebruiksbepalingen (waarmee de eigenaar zelf de bestemming kan verwezenlijken) niet afdoende is, maar dat het noodzakelijk is de eigendom van de benodigde gronden te verkrijgen.

Een planologische beperking van het ruimtegebruik ontstaat wanneer gebieden worden aangewezen als retentiegebied of als noodoverloopgebied (calamiteitengebied). Een retentiegebied maakt deel uit van het systeem waarmee een bepaalde waterafvoer kan worden verwerkt. Als onderdeel van het watersysteem is voor het gebruiken van een dergelijk gebied het waterschap verantwoordelijk. Een noodoverloopgebied is juist bedoeld om te worden geïndundeerd in omstandigheden waarin er sprake is van een uitzonderlijk hoge afvoer en valt dus buiten het normale waterbeheerssysteem. In dat geval is er sprake van een (dreigende) calamiteit of zelfs ramp en heeft het algemene bestuur (afhankelijk van de omvang van de calamiteit/ramp de burgemeester, Commissaris van de Koningin of de minister van Binnenlandse Zaken) op grond van de noodbevoegdheden van de Gemeentewet (art. 175 en art. 176) en het systeem van de Rampenwet (art. 11 t/m art. 13) de primaire verantwoordelijkheid voor het gebruik van een dergelijk gebied voor waterberging.

Indien een aanwijzing als retentie- of calamiteitengebied gebruiksbepalingen met zich meebrengt die voorheen niet bestonden, treedt een waardedaling op van de aangewezen gronden, waarbij de vraag rijst of deze moet worden gecompenseerd. Deze vraag wordt behandeld in paragraaf 4.2. Naast de schade als gevolg van de waardedaling, kan ook schade optreden indien aangewezen gebieden daadwerkelijk worden benut om water te bergen. Dan speelt eveneens de vraag of deze voor vergoeding in aanmerking komt. Dit is het onderwerp van paragraaf 4.3

Teneinde op deze vragen een antwoord te kunnen geven, moeten drie deelvragen worden behandeld. Is er sprake van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van bovengenoemde aanwijzingsmaatregelen? Zo ja, bij wie moet deze aansprakelijkheid berusten (de gemeente of het waterschap)? Moet terzake een (nadere) regeling worden getroffen? Bij de behandeling van deze vragen wordt gelet op de vraag of het relevant is een onderscheid te maken tussen

enerzijds de huidige situatie, waarin nog geen normeringssysteem voor het regionale watersysteem tot stand is gebracht, en anderzijds de situatie waarin er wel sprake is van een dergelijk normeringssysteem. Bij de behandeling van de vragen besteden wij ook aandacht aan de vraag of het uitmaakt of het gaat om de aanwijzing van een retentiegebied, dan wel een calamiteitsgebied.

Ook bij de behandeling van het tweede hoofdvraagstuk gaan wij uit van het voorstel voor de normering van regionale watersystemen, waarbij wij eventuele juridische knelpunten die dit voorstel in zich heeft aan de orde zullen stellen. In paragraaf 5 worden deze knelpunten geïnterpreteerd en wordt de vraag behandeld of een nadere regeling nodig is.

4.2. Vergoeding van schade als gevolg van waardedaling

Eén van de mogelijke instrumenten die tegenwoordig worden genoemd als middel om een watersysteem op orde te krijgen, is het gebruik van ruimtelijke maatregelen. In het kader van dit essay gaat het om het aanwijzen van retentiegebieden en calamiteitsgebieden. In een retentiegebied kan water tijdelijk worden geborgen omdat het anders elders voor (meer) overlast zou zorgen. Een dergelijk gebied maakt onderdeel uit van het waterbeheerssysteem. Het is bedoeld om te worden ingezet als waterbeheersinstrument in omstandigheden waarop het systeem moet zijn berekend. Indien ervoor wordt gekozen om een watersysteem op orde te krijgen door middel van het aanwijzen van een retentiegebied of om in een noodsituatie de schade te kunnen beperken door een calamiteitsgebied aan te wijzen, is dat een bewuste beleidskeuze van een waterschap. Andere maatregelen zijn wellicht ook mogelijk, maar op basis van een afweging van de mogelijkheden en de betrokken belangen kan een waterschap tot een dergelijke keuze komen. Een calamiteitsgebied (ook wel calamiteitspolder of noodoverloopgebied) behoort niet tot het waterbeheerssysteem. Een dergelijk gebied kan worden ingezet om water te bergen in omstandigheden waarop een watersysteem niet meer hoeft te zijn berekend, omdat zij nog extremer zijn dan de maatgevende omstandigheden die aan de basisnormering ten grondslag liggen. Met het daadwerkelijk inzetten van het calamiteitsgebied wordt overlast elders voorkomen. Bij het nemen van de beslissing hiertoe heeft een waterschap een adviserende rol. De beslissing wordt uiteindelijk genomen door het verantwoordelijke algemeen bestuur, dat dan ook de eindverantwoordelijkheid heeft.

Gelet op de aard van het doel waarvoor de gebieden worden aangewezen, is de kans dat een retentiegebied wordt benut en tijdelijk onder water komt te staan, groter dan de kans dat een calamiteitsgebied daadwerkelijk onder water wordt gezet. Dit betekent dat in elk geval in een retentiegebied aanpassing van de bestemming met passende gebruiksvoorschriften nodig is om ervoor te zorgen dat de daar uitgeoefende activiteiten passen bij de nieuwe functie van het gebied en niet tot onnodige schade leiden indien het gebied daadwerkelijk voor waterberging wordt benut.⁵³ Het is van belang de bestemming van het gebied af te stemmen op de nieuwe functie van het gebied, om te verhinderen dat nieuwe activiteiten in het gebied kunnen worden ontplooid die gevoelig zijn voor schade als gevolg van wateroverlast bij daadwerkelijke waterberging te beperken. Ook voor een calamiteitsgebied is bestemmingswijziging met daarbij passende gebruiksbeperkingen van belang, omdat de schade bij daadwerkelijk inrunderen erg groot kan worden indien de waterstaatkundige bestemming niet is afgestemd op de eventuele andere bestemmingen met bijbehorende gebruik van de gronden in het gebied.

Een eerste probleem is al, dat reeds bestaande activiteiten die gevoelig zijn voor waterschade, gelet op de in bestemmingsplannen opgenomen en ook rechtens daarin op te nemen overgangsbepalingen, niet worden beëindigd met een bestemmingswijziging. Daarmee

⁵³ Drupsteen 2001, p. 1074.

kunnen alleen toekomstige activiteiten die gevoelig zijn voor wateroverlast worden tegengehouden.⁵⁴ Daarnaast moet erop worden gewezen dat het voorstel voor de basisnormering zoals het er nu ligt ervan uitgaat dat er geen algemene communicatie over de normen zal plaatsvinden. Communicatie zal zijn gericht op direct belanghebbenden en gemeenten. Informatie zal “vraaggestuurd” (op verzoek) worden gegeven en niet actief. Wanneer een bestemmingsplan wordt gewijzigd om de benodigde planologische inpassing te verkrijgen, kan dit uitgangspunt echter moeilijk worden gehandhaafd. Er zal immers waarschijnlijk uitleg moeten worden gegeven over de noodzaak van de bestemmingswijziging en dan is het bijna niet te vermijden om ook in te gaan op de basisnormering.

Een volgend probleem is dat een waterschap bestemmingswijziging niet kan afdwingen. Een waterschap kan een gemeente verzoeken haar bestemmingsplan te wijzigen, maar de gemeente is niet verplicht aan een dergelijk verzoek te voldoen en dit kan ook niet worden afgedwongen.⁵⁵ Bij het voor het eerst aanwijzen van een gebied als retentie- of calamiteitengebied is doorwerking in de ruimtelijke ordening niet gewaarborgd, maar wel nodig. Een waterschap beschikt zelf niet over middelen om gebruik van het gebied dat zo veel mogelijk in overeenstemming met de functie van retentie- of calamiteitengebied is, af te dwingen.

Het onderscheid of er nog geen of reeds wel een basisnormeringssysteem *zoals dat is voorgesteld*, is ingevoerd, maakt voor deze problematiek niet veel verschil. In beide situaties kan gemeentelijke medewerking niet worden afgedwongen. Wel kan een waterschap indien een normeringssysteem is ingevoerd, de wensen vanuit het belang van het waterbeheer beter onderbouwen en bij het totstandbrengen van nieuwe met het normeringssysteem strijdige bestemmingsplannen op onthouding van goedkeuring door Gedeputeerde Staten aandringen. Gedeputeerde Staten zullen goede argumenten moeten hebben om een dergelijk aandringen naast zich neer te leggen. Hun toezicht strekt zich niet alleen uit over gemeenten, maar ook over waterschappen: zij moeten erop toezien dat deze de basisnormering toepassen en hun beheersplannen ook daarop toetsen alvorens ze goed te keuren. Wanneer zij waterschappen hierop afrekenen, mag worden verwacht dat zij bij het toetsen van bestemmingsplannen ook nagaan of het belang van een goede waterbeheersing wel in voldoende mate is meegewogen in de planologische besluitvorming. Ook met een normeringssysteem als voorgesteld is er is evenwel nog steeds geen adequate mogelijkheid om medewerking van de gemeente af te dwingen als deze andere belangen dan waterhuishoudkundige belangen van zwaarder gewicht acht. Hier is weer van belang hetgeen in paragraaf 2.2 is opgemerkt over de verwachte Fundamentele Herziening van de WRO, volgens welke de provinciale goedkeuring van bestemmingsplannen -indien ongewijzigd tot wet verheven, hetgeen zeker op dit punt nog lang

⁵⁴ Het zou de moeite waard zijn nader te onderzoeken of art. 12 Waterstaatswet 1900 uitkomst zou kunnen bieden indien een waterbeheerder een gebied wil inrichten als retentiegebied. Dit artikel maakt het mogelijk krachtens een besluit tot aanleg van een watergang voor de af- of aanvoer van water verandering aan te brengen in de staat van onroerende zaken, bermen en paden of stroken langs een watergang, indien onteigening niet nodig is. De vraag is of de reikwijdte van dit artikel groot genoeg is. In een procedure waarin art. 12 Waterstaatswet 1900 werd benut voor de verbetering van een watergang waarbij tegelijkertijd ook een vistrap werd aangelegd is de Afdeling Bestuursrechtspraak niet ingegaan op de vraag welke doeleinden nog wel en welke niet meer vallen onder het belang van de af- en aanvoer van water, maar ging zij alleen in op de vraag of inderdaad geen onteigening nodig was (ABR 18 september 1997, AB 1997, 426, m.nt. AvH, Het Waterschap 1997-19, p. 651-653, m.nt. I. Poortvliet.

⁵⁵ De mogelijkheid om een weigering van een gemeente om de door een waterschap geclaimde bestemmingswijziging tot stand te brengen, bij de bestuursrechter aan te vechten, wordt thans buiten beschouwing gelaten, nu de kans op succes om zo'n bestemmingswijziging af te dwingen zeer klein is.

Een *andere* situatie is het geval waarin een gemeente een bestaand bestemmingsplan wil wijzigen, terwijl dat negatieve gevolgen heeft voor het waterbeheer (omdat de waterbeheerder dure maatregelen moet treffen om te zorgen dat het systeem aan de normering blijft voldoen). Dan kan goedkeuring aan de bestemmingsplanwijziging worden onthouden door Gedeputeerde Staten. Ook hier maakt het invoeren van een basisnormeringssysteem dat duidelijk wordt *wat* het waterbelang dat moet worden meegewogen in ruimtelijke besluitvorming precies inhoudt, waardoor een oordeel over de vraag of dit belang voldoende heeft meegewogen op basis van hardere gegevens kan worden geveld.

niet vaststaat- zal vervallen. Daarvoor zal de provincie een instructiebevoegdheid en een bevoegdheid zelf bestemmingsplannen vast te stellen terugkrijgen. Ook hier weer geldt dat deze wijzigingen, indien zij het tot wet brengen, de provincie meer mogelijkheden geven de waterbelangen te beschermen in ruimtelijk relevante besluitvorming, maar dat waterschappen hiermee nog steeds geen mogelijkheden hebben om planologische medewerking van gemeenten af te dwingen, terwijl zij hun bestaande ingang om waterbelangen in te brengen, zie art. 10 Bro, zullen verliezen.

Wanneer het lukt een aanwijzing als retentie- of calamiteitengebied ook planologisch ingepast te krijgen door middel van een wijziging of vrijstelling van een bestemmingsplan, dan kunnen gebruiksbeperkingen ontstaan die onder het voorheen geldende bestemmingsplan niet golden. Dit kan een waardedaling opleveren van de betrokken onroerende zaken (vermogensschade). Als gevolg van gebruiksbeperkingen is overigens ook inkomensschade niet ondenkbaar. Indien de schade de omvang van onevenredige schade aanneemt, kan een recht op vergoeding bestaan. Art. 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) kent daarvoor het planschadevergoedingsstelsel. In geval van waardedaling als gevolg van een planologische verslechtering (van het nieuwe planologische regime in vergelijking met het "oude"), die redelijkerwijs niet (geheel) ten laste van de belanghebbende behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet (voldoende) anderszins is verzekerd, kan op verzoek door de gemeenteraad een vergoeding worden toegekend, naar billijkheid te bepalen. Indien dit artikel van toepassing is, is het dus de gemeente die aansprakelijk is.

Voor de toepassing van dit stelsel in het onderhavige geval spelen de volgende factoren een rol. Allereerst de aanwezigheid van een planologische verslechtering: daarvoor moet een vergelijking worden gemaakt tussen het oude en nieuwe planologische regime, dat wil zeggen niet de feitelijke situatie maar de rechtstoestand voor en na de wijziging moet worden beoordeeld. Op grond van een taxatie zal daarna moeten blijken dat er inderdaad objectief sprake is van een waardedaling: duidelijk moet worden dat een redelijk handelende koper minder over zal hebben voor het betrokken onroerende goed (voor inkomensschade moet een berekening worden toegepast). Om voor vergoeding in aanmerking te komen, moet deze schade het gevolg zijn van de planologische verslechtering (causaal verband). Voor gevallen waarin vergoeding wordt gevraagd van schade die in feite is ontstaan als gevolg van een sectoraal besluit dat heeft geleid tot wijziging van een bestemmingsplan, zoals bij de aanwijzing van retentie- of calamiteitengebieden, kan van belang zijn dat de Afdeling Bestuursrechtspraak in de uitspraak Welschap heeft geoordeeld dat er ook bij schade die mede kon worden toegerekend aan een aanwijzing op grond van de Luchtvaartwet, er sprake was van causaal verband tussen schade en planologische verslechtering, omdat de schade in ieder geval mede terug te voeren was op de wijziging van het planologisch regime.⁵⁶ Verder kan in dit verband worden opgemerkt dat schaduw schade vooralsnog niet voor vergoeding in aanmerking komt, hoewel er op dit punt een kentering lijkt te zijn ingezet. Schaduw schade is schade die wordt geleden als gevolg van een bestemmingsplanwijziging die nog in een voorbereidend stadium verkeert en nog niet onherroepelijk is geworden.

Indien kan worden aangetoond dat aan de hiervoor genoemde criteria van art. 49 WRO is voldaan, heeft de rechthebbende recht op schadevergoeding. Aansprakelijkheid kan niet worden afgewend met het argument dat de benadeelde de schade in de vorm van waardedaling wellicht nooit in concreto zal lijden (in het geval hij nooit verkoopt) en dus ook geen vergoeding behoeft te krijgen. Dit punt kan ook bij waardedaling als gevolg van heel andere wijzigingen van planologische regimes spelen en is niet specifiek aan de orde bij de onderhavige materie. Het stelsel van art. 49 WRO vereist nu eenmaal echter niet dat de schade zich concreet heeft gemanifesteerd bij een verkoop, voordat zij voor vergoeding in aanmerking zou komen.

⁵⁶ Zie ABR 13 maart 1997, AB 1997, 362, Gst. 1997-7059, 5 (Welschap).

Er bestaat wel een uitspraak van de Afdeling Geschillen van Bestuur volgens welke een waardedaling alleen voor vergoeding in aanmerking komt, indien aannemelijk is dat de waardevermindering duurzaam is.⁵⁷ Dit zou vooral tegen de vergoeding van waardedaling als gevolg van de bestemming als calamiteitengebied kunnen spelen. Een dergelijk gebied wordt immers waarschijnlijk minder vaak ingezet, waardoor de waardedaling kan afvlakken. In dit licht kan een suggestie van Drupsteen over deze materie worden genoemd. Hij heeft wat betreft de toepassing van het planschadevergoedingsstelsel ten aanzien van calamiteitengebieden geopperd dat voor deze gebieden in plaats van dit stelsel het Belgische stelsel zou kunnen worden gekozen. Dit houdt in dat pas een vergoeding voor de waardedaling wordt gegeven wanneer deze zich daadwerkelijk manifesteert, zoals bij vervreemding.⁵⁸ Art. 49 WRO zal echter niet opzij kunnen worden gezet door een nadeelcompensatieregeling die minder gunstig is dan het huidige planschadevergoedingsstelsel, indien een dergelijke regeling niet in een wet in formele zin wordt neergelegd.

Of er moet worden overgegaan tot schadevergoeding hangt vervolgens ook af van de vraag of de schade al dan niet redelijkerwijs (deels) ten laste van de benadeelde kan worden gelaten.⁵⁹ Daarbij gelden als criteria a) de voorzienbaarheid van de schade ten tijde van de aankoop of het in gebruik nemen van het onroerende goed, b) het eigen risico van de benadeelde (risico-aanvaarding), c) de omvang van de schade en d) de mogelijkheid bestaand gebruik op grond van overgangsrecht voort te zetten.

- a) Wat betreft het eerste criterium kan worden gesteld dat de schade waarvan i.c. sprake is, (nog) niet behoort tot het normaal maatschappelijk risico. De opkomst van ruimtelijke maatregelen in het waterbeleid is relatief nog zo jong, dat het zeer de vraag is of een planologische verslechtering in dit kader al in de lijn der verwachtingen lag op het moment waarop bestaande belanghebbenden hun onroerende zaken aanschaffen of gingen gebruiken. In de toekomst zal het beleid van ruimte voor water steeds bekender mogen worden verondersteld en komt dit anders te liggen. Hier kan het wel verschil maken of een basisnormering al is ingevoerd, maar alleen als dit gebeurt op een wijze waarmee algemeen bekend wordt dat ruimtelijke maatregelen worden ingezet. Het afwijzen van een planschadeclaim op grond van voorzienbaarheid krijgt een stevigere basis indien het beleid wordt voorzien van een formele basis.
- b) Risico-aanvaarding kan een planschadeclaim doen afketsen. Denk aan de situatie waarin een rechthebbende nieuwe, schadegevoelige activiteiten ontplooit op een moment waarop een planologische verslechtering voorzienbaar was. De kans dat een beroep op risico-aanvaarding wordt aanvaard, stijgt naarmate duidelijker wordt dat er een wijziging ontstaat in planologische inzichten en daarmee de kans op een planologische verslechtering reëler wordt.
- c) Over de omvang van de schade kan hier nog niet worden gezegd of deze aansprakelijkheid van de gemeente kan voorkomen. Dit zal afhangen van de taxaties/berekeningen.
- d) Het laatste criterium geeft aan dat het in ieder geval van belang is te voorzien in een goed overgangsrecht bij bestemmingsplanwijzigingen die bestaand gebruik beperken. Daarmee kan de aansprakelijkheid en/of de omvang van de schadevergoedingsplicht van de gemeente worden beperkt.

In het algemeen kan worden gezegd, dat de jurisprudentie de afgelopen twee decennia een beeld laat zien waarbij schadeclaims op grond van art. 48 WRO eerder worden gehonoreerd dan voorheen en derhalve deze criteria in meer "burgervriendelijke" zin worden uitgelegd.

⁵⁷ AGvB 13 januari 1989, *BR* 1989, p. 701 (Udenhout).

⁵⁸ Drupsteen 2001, p. 1073.

⁵⁹ Deze criteria spelen overigens ook een rol bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding.

Als aan de voorwaarden van art. 49 is voldaan, is de gemeente aansprakelijk voor de waardedaling (en eventuele inkomensschade) als gevolg van gebruiksbeperkingen in een retentie- of calamiteitengebied.

De gemeente kan vervolgens proberen de hogere kosten die zij moet maken in verband met de aanpassing van een bestemmingsplan op verzoek van het waterschap, te verhalen op het waterschap. De bestemmingswijziging wordt immers tot stand gebracht ten behoeve van een belang dat door het waterschap wordt behartigd. Indien gemeente en waterschap in het overleg bij de totstandkoming van het bestemmingsplan (art. 10 Bro) geen overeenstemming kunnen bereiken over de verdeling van de kosten, kan de gemeenteraad Gedeputeerde Staten verzoeken het waterschap op te leggen de hogere kosten (geheel of gedeeltelijk) te vergoeden (art. 31a WRO).⁶⁰

Twee zaken zijn hier van belang. Ten eerste is tot nu toe gebleken dat art. 31a WRO een restrictieve toepassing kent. Er wordt niet snel overgegaan tot een volledige vergoeding. Dat blijkt uit een Koninklijk Besluit dat betrekking had op een geval waarin een waterschap had verzocht in een bestemmingsplan bepalingen op te nemen dat het verboden was te bouwen op stroken op en naast bestaande en toekomstige waterkeringen. De gemeente wilde kosten als gevolg van planschadeverzoeken volledig vergoed krijgen van het waterschap. Dit verzoek werd afgewezen, omdat naar het oordeel van de Kroon niet was aangetoond dat deze kosten slechts zouden worden gemaakt ten behoeve van belangen die uitsluitend worden behartigd door het waterschap.⁶¹ Ook de hiervoor aangehaalde Afdelingsuitspraak Waterschap over het causaal verband duidt erop dat niet snel een plicht tot volledige kostenvergoeding zal worden opgelegd aan het waterschap.

Ten tweede zou hier het onderscheid tussen retentie- en calamiteitengebied van belang kunnen zijn. Voor een calamiteitengebied zou mede gelet op de zojuist genoemde jurisprudentie, de kans op kostenvergoeding nog wel eens kleiner kunnen zijn dan voor een retentiegebied. Een retentiegebied maakt deel uit van het waterbeheerssysteem. Bestemmingsplanwijzigingen in verband met de aanwijzing van een retentiegebied zou daarom eerder kunnen worden gezien als een wijziging ten behoeve van het door het waterschap behartigde belang van een goed waterbeheer dan een calamiteitengebied. Deze laatste maakt immers geen deel uit van het waterbeheerssysteem, maar is bedoeld om de gevolgen van buitengewone omstandigheden zoveel mogelijk in goede banen te leiden. Een bestemming calamiteitengebied heeft dus een aantoonbaardere relatie met het door de gemeente behartigde, algemene belang dan een retentiegebied. Dit onderscheid is voor de problematiek van de verhaalsregeling van groter belang dan de factor of er nu wel of geen basisnormering is.

Al met al verhoogt het voorgaande, gelet op mogelijke art. 49-claims, niet het animo van de gemeente om mee te werken aan de planologische inpassing die nodig is in aanvulling op het aanwijzen door waterschappen van retentie- of calamiteitengebieden.⁶²

⁶⁰ De vergoedingsplicht kan worden opgelegd voor kosten die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de gemeente behoren te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd. Eenzelfde bepaling geldt overigens voor kosten in verband met een vrijstelling van een geldend bestemmingsplan of de verlening van een bouw- of aanlegvergunning, zie art. 31b en 31c WRO.

⁶¹ KB 20 november 1992, AB 1993, 279, m.nt. AWK, welke annotator stelt dat in een bestemmingsplan te behartigen belangen in beginsel worden gezien als gemeentelijke belangen.

⁶² Wellicht dat gemeenten in de toekomst een garantie van waterschappen zullen vragen voor de betreffende schadeclaims, zoals zij in toenemende mate plegen te doen ten opzichte van projectontwikkelaars die bestemmingswijzigingen doorgevoerd wensen te zien teneinde hun plannen te realiseren. Overeenkomsten hierover zijn (tot nu toe) door de rechter geaccepteerd. Ook over gebruiksbeperkingen kunnen volgens de huidige rechtspraak in beginsel overeenkomsten worden gesloten.

4.3 Vergoeding van schade bij daadwerkelijk benutten van gebieden voor waterberging

Indien een retentie- of calamiteitengebied daadwerkelijk onder water wordt gezet, is schade welhaast onvermijdelijk. Voordat een aansprakelijkheidsgrondslag wordt onderzocht, moet eerst een antwoord worden gevonden voor een vraag die wel prealabel wordt opgeworpen, namelijk of deze schade überhaupt nog voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen indien reeds planschadevergoeding is of kon worden verkregen. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. In het kader van het planschadevergoedingsstelsel is het onzeker of de schade bij wateroverlast kan worden geclaimd, omdat het vereiste causale verband tussen de planologische verslechtering en deze schade niet zeker is. In de jurisprudentie kan niet een eenduidige lijn worden gezien in causaliteitsvragen, maar verdedigbaar is dat het causale verband tussen de schade en de beslissing het gebied in te zetten om er water tijdelijk te kunnen opslaan, overheerst. Art. 49 WRO kan in dat geval niet worden ingezet om de wateroverlastschade te vergoeden. Het is dan niet redelijk vergoeding van deze schade langs andere weg per definitie bij voorbaat van vergoeding uit te sluiten. De overheid zet bij dergelijke maatregelen immers bewust bepaalde gebieden onder water om een grotere schade of schade elders te voorkomen.

Het inzetten van een retentiegebied is een beslissing die onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. De beslissing is een verantwoordelijkheid van het waterschap als waterbeheerder. Het retentiegebied maakt deel uit van zijn waterbeheerssysteem en hij bepaalt op welke wijze en met welke instrumenten/maatregelen hij de beheerstaak vervult. Ook hier weer heeft een waterschap beleidsvrijheid. Als het daarvoor gegronde redenen kan aanvoeren, is het inzetten van de gebieden niet onrechtmatig, mits het op zorgvuldige wijze gebeurt. Indien mogelijk, moet het waterschap bijvoorbeeld waarschuwen dat er overlast op komst is, zodat getroffen belanghebbenden nog de mogelijkheid hebben schadebeperkende maatregelen te treffen. Soms kunnen schadebeperkende maatregelen ook van de waterbeheerder zelf worden verwacht. Voorzover de geleden schade onevenredig is, komt deze voor vergoeding in aanmerking. Een bestuursorgaan moet immers bij zijn optreden alle betrokken belangen tegen elkaar afwegen en de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, anders wordt het besluit alsnog onrechtmatig (art. 3:4 jo art. 3:1 lid 2 Awb). De eventuele aansprakelijkheid ligt bij de waterbeheerder, aangezien de beslissing een retentiegebied in te zetten onderdeel uitmaakt van de wijze waarop hij zijn waterbeheerstaak verkiest te vervullen. Het maakt in dit kader in die zin uit of er wel of geen basisnormering is, dat er met het voorhanden zijn van een basisnormering gemakkelijker is uit te leggen waarom in een bepaalde situatie wordt gekozen een retentiegebied te inunderen.

Ook het inzetten van een calamiteitengebied kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Evenals het inzetten van een retentiegebied moet een dergelijk besluit op een zorgvuldige wijze worden genomen, hetgeen impliceert dat onevenredige schade moet worden vergoed. In elk geval moet er sprake zijn van een uitzonderlijke situatie, een calamiteit. Het in goede banen leiden van een calamiteit is niet zozeer een kwestie van waterbeheer, maar van algemeen belang (schade voorkomen en beperken en terug zien te keren naar de normale situatie). In dit kader heeft de burgemeester bevoegdheden op grond van art. 175 en art. 176 Gemeentewet en art. 11 Rampenwet, terwijl ook de Commissaris van de Koningin op grond van art. 12 Rampenwet en de minister van Binnenlandse Zaken op grond van art. 13 Rampenwet bevoegdheden hebben ten behoeve van rampenbestrijding. Daarom kan de beslissing tot inunderen als verantwoordelijkheid van de algemene overheid worden gezien, die daarbij uiteraard wel afhankelijk is van en derhalve moet samenwerken met de deskundige, de waterbeheerder. Het algemene bestuur is primair verantwoordelijk. Voor het antwoord op de

vraag in hoeverre de schade *alleen* aan de gemeente moet worden toegerekend, als lichaam dat verantwoordelijk is voor het algemeen belang en op grond van het feit dat het opperbevel bij een ramp bij de burgemeester ligt, of dat ook het waterschap zou moeten bijdragen in een deel van de kosten, zou een verdeelsleutel moeten worden gemaakt. Er kan niet worden gesteld dat alleen het waterschap aansprakelijk zou zijn, zo gauw het gaat om een calamiteit van waterstaatkundige aard.⁶³ Hier maakt het wel uit of er een basisnormering is of niet. In geval er een basisnormering wordt ingevoerd, is duidelijk welke omstandigheden kunnen worden beschouwd als een calamiteit, waarin van een waterbeheerder niet meer kan worden verlangd dat het door hem beheerde watersysteem deze aankan en ook de gemeente een verantwoordelijkheid heeft. Dat kan helpen het afschuiven van aansprakelijkheid te voorkomen.

De eis van zorgvuldigheid kan derhalve een schadevergoedingsplicht op grond van rechtmatige daad met zich meebrengen. Het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* impliceert dat onevenredige schade moet worden vergoed, om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad te voorkomen. Van onevenredige schade is sprake indien de schade voor een kleine groep burgers in vergelijking met overige burgers zo groot is dat het niet meer kan worden beschouwd als normaal maatschappelijk risico. Zolang waterbeheerders en gemeenten bij het inzetten van retentiegebieden en calamiteitengebieden zorgvuldig te werk gaan, is er geen grond voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van deze lichamen. Indien zij echter onzorgvuldig handelen, kan deze er wel zijn. Benadeelden zouden een zelfstandig schadebesluit kunnen uitlokken. Tegen de daarop genomen beslissing kan echter geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld, wegens het ontbreken van de vereiste processuele connexiteit: het schadeveroorzakende overheidsoptreden heeft immers een feitelijk karakter en is niet een voor beroep vatbaar besluit.⁶⁴ Wel kan een vordering op grond van onrechtmatige daad worden ingediend bij de burgerlijke rechter. De onrechtmatigheid zal worden gezocht in de maatregel van het inzetten van het retentie- of calamiteitengebied.

Allerlei factoren kunnen de inundatie onrechtmatig maken. Bijvoorbeeld het niet tijdig waarschuwen van burgers om hen in de gelegenheid te stellen schade te beperken/voorkomen, terwijl dit wel in de macht van waterschap of gemeente lag. Een ander geval is als gemeente of waterschap zelf redelijkerwijs (gelet op de beschikbare middelen) schadebeperkende maatregelen had kunnen treffen, maar dit niet heeft gedaan. Daarbij is met name bij de inundatie van retentiegebieden van belang dat deze regelmatig kan voorkomen, waardoor schadebeperkende maatregelen van de overheid eerder mogen worden verwacht.⁶⁵ Daarnaast blijkt uit het arrest HR 21 april 2000 dat een overheidslichaam dat ingrijpende werkzaamheden verricht met gevaar voor schade aan zaken van derden, verplicht is voldoende maatregelen te treffen om zulke schade te voorkomen.⁶⁶ Het betrokken waterschap had voor de aanvang en tijdens de duur van de werkzaamheden (i.c. rioleringswerkzaamheden) moeten onderzoeken in hoeverre de werkzaamheden mogelijkerwijs zouden kunnen leiden tot het ontstaan van schade en was verplicht de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van mogelijke schade, ook indien het op de weg van betrokkenen had gelegen rekening te houden met de gevolgen van de werkzaamheden. Het inzetten van een retentiegebied als instrument dat deel uitmaakt van het hele pakket instrumenten waarmee een waterbeheerder zijn waterbeheerstaak vervult, kan met door een waterschap uitgevoerde werkzaamheden worden vergeleken. De zojuist geformuleerde regel geldt dan ook voor het inunderen van het retentiegebied. Wat onder voldoende maatregelen moet worden verstaan, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Uit het voorgaande bleek al dat van onrechtmatigheid ook sprake kan zijn als benadeelden kunnen aantonen dat, hoewel de inundatie op zichzelf gerechtvaardigd was, een kleine groep

⁶³ Zie Drupsteen 2001, p. 1073.

⁶⁴ Zie ook ABR 19 juni 2000, AB 2000, 339, m.nt. AvH.

⁶⁵ Vgl. Hartlief 1995b, p. 134, 135.

⁶⁶ HR 21 april 2000, NJ 2000, m.nt. ARB.

benadeelden onevenredig zwaar is getroffen en daarvoor een vergoeding had moeten krijgen op grond van het vereiste van een zorgvuldige belangenafweging (art. 3:4 Awb). Dit vloeit voort uit (onder meer) het Leffers-arrest van de Hoge Raad.⁶⁷ Dergelijke schade kan niet meer worden geacht te behoren tot het normaal maatschappelijk risico en moet worden vergoed op grond van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Dat dit beginsel ook in de sfeer van civiele aansprakelijkheid op overheidshandelen van toepassing is, is onlangs weer bevestigd met het arrest HR 30 maart 2001.⁶⁸ We komen hiermee in het grijze grensgebied van rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. Omdat bij de burgerlijke rechter alleen schadevergoeding kan worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad, worden ingewikkelde constructies nodig om voor schade door op zich rechtmatig overheidsoptreden vergoeding te kunnen krijgen. Een nadeelcompensatieregeling kan dit voorkomen. Schadebesluiten genomen op basis van zo'n regeling zijn besluiten in de zin van art. 1:3 Awb en vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter, ook als het schadeveroorzakend handelen een feitelijk karakter heeft.⁶⁹ Voor bestuursorganen biedt zo'n regeling het voordeel dat zij op de uitvoering daarvan (met vaak advisering door onafhankelijke deskundigen) meer greep hebben dan wanneer een vordering bij de burgerlijke rechter aan de orde is, terwijl het vaststellen van zo'n regeling in sommige situaties kan voorkomen dat genomen maatregelen onrechtmatig worden geoordeeld, omdat dan op adequate wijze met de benadeelden rekening is gehouden.

Indien een benadeelde schade oploopt aan zaken of bedrijfsactiviteiten daterend van een tijdstip gelegen nádat het geïnundeerde gebied was aangewezen als retentie- of calamiteitengebied, behoort de schade wél tot het normaal maatschappelijk risico. In zo'n geval kan worden gesproken van actieve risico-aanvaarding, door schadegevoelige activiteiten te ondernemen in een gebied waarvan bekend is dan wel kan zijn dat inundatie kan worden verwacht, zeker in een retentiegebied. De bekendheid hangt af van de bekendmaking van het waterbeheersbeleid. Indien er een planologische inpassing van de gebieden tot stand is gekomen, is de bekendheid in ieder geval duidelijk. De invoering van de basisnormering zoals voorgesteld is niet bedoeld om breed en actief bekend te worden gemaakt. Het beheersplan waarin de normering en de aan te wijzen gebieden zullen moeten worden opgenomen, is echter wel een openbaar document, waarover ook inspraak wordt georganiseerd bij de totstandkoming ervan. Ook dit kan risico-aanvaarding opleveren, die aansprakelijkheid verkleint of zelfs uitsluit.

Voor vergoeding op grond van onrechtmatige daad komt alleen schade in aanmerking die in causaal verband staat met de maatregel een gebied te inunderen. Ten aanzien van de inundatie van een retentiegebied kan dit geen probleem opleveren. Ten aanzien van de inundatie van een calamiteitengebied wordt wel gesteld dat hier de schade veel meer wordt veroorzaakt door de buitengewone omstandigheden die de inundatie nodig maakten, dan door het toepassen van die maatregel.⁷⁰ Dit standpunt kan echter niet altijd staande worden gehouden. Als een gebied dat wordt ingezet als calamiteitengebied zonder deze bewuste inundatie niet zou zijn ondergelopen, maar juist onder water is gezet omdat anders een ander gebied zou zijn ondergelopen, is er wel degelijk een causaal verband tussen de schade en de noodmaatregel, veel meer dan tussen de schade en de calamiteit.

De overgebleven eis voor aansprakelijkheid van het waterschap of de gemeente uit onrechtmatige daad, de toerekening door schuld of een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van het waterschap komt, kan voor onrechtmatige inundatie van zowel een retentie- als een calamiteitengebied de

⁶⁷ HR 18 januari 1991, *AB* 1991, 241, m.nt. FHvdB, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB, *AAe* 1991, p. 656, m.nt. PvB (Leffers/Staat). Dit wordt ook wel als een civielrechtelijke vorm van nadeelcompensatie betiteld, De Haan, *Drupsteen & Fernhout* 1998, p. 564.

⁶⁸ HR 30 maart 2001, *JB* 2001, 107, m.nt. RJNS, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD. Zie ook Polak 2002, p. 117, 118.

⁶⁹ ABR 3 april 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. Schreuder-Vlasblom.

⁷⁰ Van der Schans 2000, p. 16.

aansprakelijkheid niet verhinderen. Bij het inzetten van een dergelijk gebied voor waterberging gaat het immers om een bewust genomen maatregel.

Voor waterschade in een calamiteitengebied op grond van een onrechtmatige inundatie, is de aansprakelijkheid beperkt doordat alleen *die* schade voor vergoeding in aanmerking komt, die is ontstaan door het onrechtmatige toepassen van deze noodmaatregel zonder daarbij een voorziening te treffen voor de schade van degenen die onevenredig daardoor worden getroffen. Dit vloeit voort uit het Meiland-arrest van de Hoge Raad.⁷¹ Dus niet de schade die als gevolg van de buitengewone omstandigheden toch wel zou zijn ontstaan. In de praktijk zullen overigens wel moeilijkheden bestaan bij het beantwoorden van de vraag welk onderdeel van de schade door de calamiteit en welk onderdeel door de onrechtmatige inundatie is veroorzaakt.

Voor de vergoeding van de schade als gevolg van de inundatie van een calamiteitengebied zou nog kunnen worden gedacht aan de regeling van de WTS.⁷² Knelpunt hierbij zou kunnen zijn dat tot nu toe werd aangenomen dat als de overheid bewust de belangen van een kleine groep schaadt om de belangen van een veel grotere groep te beschermen, de schade van de getroffen burgers geheel moet worden vergoed.⁷³ De WTS kent echter alleen een tegemoetkoming in schade. Misschien kan de hardheidsclausule van art. 8 WTS uitkomst bieden. Op grond daarvan kan worden afgeweken van de beperking aan de tegemoetkoming die bij ministeriële regeling kan worden vastgesteld (door middel van eigen risico, drempelbedragen, regels voor de hoogte van de tegemoetkoming en maximumbedragen), als onverkorte toepassing daarvan tot onbillijkheden zou leiden. Als de hardheidsclausule niet wordt toegepast, zouden benadeelden kunnen gaan proberen het niet vergoede deel van de schade alsnog in een civiele actie van gemeenten en waterschappen los te krijgen (toepassing van de WTS komt voor rekening van het rijk). In hoeverre dit kans van slagen heeft is niet geheel duidelijk. Van der Schans heeft in ieder geval ervoor gepleit de WTS als een exclusieve regeling toe te passen.⁷⁴

⁷¹ HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 726, m.nt. TK, *AB* 1998, 256, m.nt. ThGD, *JB* 1998, 127, m.nt. RJNS (Meiland/Staat).

⁷² Bij wateroverlast door het bewust onder water zetten van retentiegebieden kan de WTS niet worden toegepast omdat dit behoort tot het normale waterbeheer en geen noodmaatregel in geval van een ramp, dan wel tot ramp verklaarde calamiteit is.

⁷³ De Vries 1998, p. 1914. Bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW moet, gelet op het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* in het licht van het arrest Leffers/Staat (HR 18 januari 1991, *AB* 1991, m.nt. FHvdB, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB, *AAe* 1991, p. 656, m.nt. PvB) en HR 30 maart 2001 alle schade worden vergoed.

⁷⁴ Van der Schans 2000, p. 16, 18.

5 Samenvatting

In het voorgaande is onderzocht wat het voorstel voor basisnormering van regionale watersystemen inhoudt en wat de gevolgen zijn voor aansprakelijkheid voor wateroverlast indien een dergelijk normeringssysteem wordt ingevoerd. Ook is onderzocht of er een recht op nadeelcompensatie ontstaat wanneer gebieden worden aangewezen als retentie- of calamiteitengebied. Gebleken is dat het voorstel voor de basisnormering zelf problemen oplevert, terwijl ook bij het aanwijzen van retentie- en calamiteitengebieden zich aansprakelijkheidsvraagstukken voordoen die om een nadere regeling vragen. In deze paragraaf worden de hoofdlijnen van de resultaten van het onderzoek weergegeven, inclusief de knelpunten die in het voorgaande zijn gesignaleerd.

Het voorstel voor de basisnormering beoogt een normeringssysteem in te voeren voor alle regionale watersystemen in Nederland. De normen zijn gebaseerd op een economische optimalisatie van investeringen en de verwachte afname in schade. Zij worden uitgedrukt in de maximaal toelaatbare kans op inundatie voor verschillende normklassen, die zijn gekoppeld aan het feitelijk grondgebruik (dus niet aan een type bodem). Afwijken naar een strengere norm is niet uitgesloten, maar het is de bedoeling dat afwijken naar een soepelere norm alleen plaatsvindt in de uitzonderingssituaties die het voorstel noemt. De juridische inbedding van het voorstel voorziet niet in een wettelijke verankering van de normering. In de Wwh moet volgens het voorstel een bepaling worden opgenomen volgens welke provincies erop toe moeten zien dat waterschappen het normeringssysteem toepassen volgens een landelijke richtlijn van het CIW, waarin de normen per normklasse worden neergelegd. Verder zouden volgens het voorstel de provincies in een provinciale verordening waterschappen moeten voorschrijven de normen voor de door hen beheerde watersystemen op een Normenkaart wateroverlast in kaart te brengen, evenals de maatregelen die zij denken te nemen om het systeem te laten voldoen aan de basisnormering (indien dit nog niet het geval is). Het voorstel zoals het er nu ligt, beoogt het voldoen aan de basisnormering het karakter te geven van een inspanningsverplichting. De basisnormering kent alleen een beperkte wettelijke verankering. De opdracht watersystemen te normeren is wel wettelijk verankerd, maar niet de basisnormering zelf; deze wordt in een CIW-richtlijn opgenomen. De doorwerking van de noodzaak om ruimte te reserveren voor waterhuishoudkundige doeleinden is evenmin wettelijk geregeld.⁷⁵ Planologische medewerking van gemeenten aan ruimtelijke maatregelen die nodig zijn om een watersysteem op orde te krijgen kan door waterschappen niet worden afgedwongen. De voorgenomen Fundamentele Herziening WRO brengt hierin voor zover het gaat om de mogelijkheden die waterschappen hebben, geen verandering. Wel biedt deze voor provincies meer mogelijkheden rechtstreeks bij te dragen aan waterstaatkundige oplossingen.

Vervolgens is onderzocht wat de gevolgen voor aansprakelijkheid zijn indien een normeringssysteem zoals voorgesteld, wordt ingevoerd. Deze vraag is beantwoord voor drie verschillende situaties. Ten eerste het geval waarin een oppervlaktewaterbeheerder niet voldoet aan de basisnormering. Hierbij kwam naar voren dat de status van de CIW-richtlijn waarin de normering moet worden neergelegd een knelpunt oplevert. Onduidelijk is wat de precieze status van zo'n richtlijn nu is en of er voldoende basis is om een dergelijke richtlijn de status toe te kennen die het voorstel noemt, namelijk beleid waarvan mag worden afgeweken mits dit maar wel wordt gemotiveerd. Omdat de status niet onbetwist is, is het daarnaast de vraag of de richtlijn voldoende basis geeft om waterschappen aan te spreken op het naleven van de normering. Deze verplichting heeft in ieder geval het karakter van een inspanningsverplichting. Bij het nemen van de maatregelen om een watersysteem te laten voldoen aan het

⁷⁵ Ook de watertoets die daarbij kan helpen is niet wettelijk verankerd en inmiddels is al besloten dat dit ook vooralsnog niet zal gebeuren.

basisnormeringssysteem heeft een waterschap beleidsvrijheid. Deze maakt dat het antwoord op de vraag of een waterschap op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken voor schade door wateroverlast, afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden van het geval. Een basisnormeringssysteem vult de beleidsvrijheid evenwel als het ware in, waardoor de rechterlijke toetsing van het optreden van het waterschap naar mag worden aangenomen, stringenter zal worden. Bovendien blijkt uit recente jurisprudentie dat een rechter niet mag volstaan met een marginale toetsing. Indien een normeringssysteem wordt ingevoerd, gaan wij ervan uit dat de bewijslast wordt omgedraaid: een gedupeerde zal dan niet meer hoeven aan te tonen dat een waterschap de grenzen van zijn beleidsvrijheid bij het nakomen van zijn zorgplicht heeft overschreden, maar het waterschap zal moeten aantonen dat het niet onrechtmatig heeft gehandeld, ondanks het niet nakomen van de zorgplicht om de door hem beheerde watersystemen te laten voldoen aan de basisnormering.

De tweede situatie die is onderzocht is die waarin een regionaal watersysteem voldoet aan de basisnormering, maar niettemin schade optreedt door grond- of rioolwateroverlast. Hier is sprake van een diffuse situatie. Vaak kan niet goed worden uitgemaakt wat bepalend is geweest voor wateroverlast: oppervlaktewater, waarvoor waterschappen verantwoordelijk zijn, grondwater, waarvan het passieve beheer een provinciale taak is, of rioolwater, waarvoor de gemeente verantwoordelijk is. Voor grondwater- en rioolwaterbeheer bestaat daarnaast geen normering, hetgeen betekent dat hetgeen van provincie en gemeente in dit verband kan worden verwacht niet helder is. Verder is een lacune dat er geen formele wettelijke toedeling bestaat van de verantwoordelijkheid voor actief grondwaterbeheer. Indien een causaal verband kan worden aangetoond tussen de wateroverlast en het oppervlaktewaterbeheer, kan een waterschap worden aangesproken. Afhankelijk van de omstandigheden is de grondslag daarvoor art. 40 Wwh (in geval van rechtmatige besluiten in het kader van peilbeheer) of art. 6:162 BW (in geval van onrechtmatige besluiten of het al dan niet handhaven van een peilbesluit). Indien een dergelijk causaal verband niet kan worden aangetoond, is erg onduidelijk welk overheidslichaam kan worden aangesproken, waardoor het voor een burger uitermate lastig wordt om schade als gevolg van grondwateroverlast te verhalen.

De derde situatie die is onderzocht is die waarin een regionaal watersysteem voldoet aan de basisnormering, maar zich een waterafvoer voordoet waarop het systeem niet meer behoeft te zijn berekend. Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is niet uitgesloten, maar kan worden voorkomen door zorgvuldig op te treden door bijvoorbeeld potentiële gedupeerden te waarschuwen, zodat zij schadebeperkende maatregelen kunnen nemen, terwijl ook een waterschap zelf schadebeperkende maatregelen dient te nemen. In geval van onrechtmatig handelen ontstaat aansprakelijkheid voor die schade, die had kunnen worden voorkomen door zorgvuldig te handelen. Nu de rechterlijke toetsing van het optreden niet (meer) alleen marginaal is, neemt de kans op aansprakelijkheid wel toe. Daarnaast zou de WTS uitkomst kunnen bieden voor een deel van de schade.

Vervolgens is onderzocht of een recht op nadeelcompensatie ontstaat indien ruimtelijke maatregelen worden genomen om ruimte te creëren voor water (denk aan het aanwijzen van retentie- en/of calamiteitengebieden), waardoor gebruikbeperkingen kunnen ontstaan. Voor zowel de aanwijzing van retentie- als van calamiteitengebieden is een planologische reservering van de gronden voor een dergelijke waterstaatkundige bestemming met passende gebruiksvorschriften aan te bevelen, om onnodige schade bij het inrunderen van een dergelijk gebied te voorkomen. Bestaande activiteiten kunnen dan echter nog steeds niet worden beïnvloed of beëindigd. Daarnaast is voor planologische inpassing de medewerking van gemeenten nodig. In verband hiermee kwam naar voren dat een waterschap geen adequate mogelijkheden heeft om de planologische inpassing van de aanwijzing van retentie- en calamiteitengebieden, dat wil zeggen de benodigde bestemmingsplanwijzigingen, van een gemeente af te dwingen. Dit geldt zowel voor de situatie voor, als voor de situatie na invoering van een basisnormeringssysteem. De CIW-richtlijn biedt bovendien onvoldoende basis om een

dergelijke mogelijkheid in het leven te roepen. Wel maakt het bestaan van een basisnormering het beter mogelijk een gemeente te overtuigen van het belang van de aanwijzing en de bestemmingswijziging. Indien het lukt de gemeente mee te laten werken aan de benodigde bestemmingsplanwijziging, kan schade in de vorm van waardedaling van onroerend goed en inkomensschade ontstaan. Het is de gemeente die op grond van art. 49 WRO aansprakelijk is voor deze planschade als gevolg van de verslechtering van het planologisch regime. Voorwaarde daarvoor is uiteraard dat aan de eisen van het planschadevergoedingsstelsel wordt voldaan. Zonodig dient daarbij de provincie, die zowel op gemeenten als waterschappen toeziet, een coördinerende rol te spelen. In uiterste gevallen zal de provincie als de Fundamentele Herziening van de WRO tot wet wordt verheven, van haar instructie- en andere nieuwe bevoegdheden gebruik kunnen maken.

Indien dit het geval is, kan de gemeente proberen haar kosten te verhalen op het waterschap op grond van art. 31a WRO. De kans dat een vrijwillige medewerking ontstaat van de kant van gemeenten wordt verkleind door de restrictieve toepassing die tot nu toe wordt gegeven aan de verhaalsregeling van art. 31a WRO. Daardoor kunnen gemeenten planschade die zij lijden, indien zij gevolg geven aan een verzoek van een waterschap om een gebied te bestemmen als retentie- of calamiteitengebied, niet of slechts voor een erg klein deel vergoed krijgen. Verder is uit het onderzoek naar voren gekomen dat de communicatie die in het voorstel voor de basisnormering wordt beoogd, niet aansluit bij de benodigde planologische inpassing van aanwijzingsmaatregelen.

Ook de aansprakelijkheid voor schade bij daadwerkelijke inundatie van retentie- of calamiteitengebieden is onderzocht. Het inzetten van een retentiegebied valt onder de verantwoordelijkheid van de waterbeheerder, nu een retentiegebied één van de instrumenten is die hij kan aanwenden bij het beheer van een door hem beheerd regionaal watersysteem. Bij het inzetten van een retentiegebied dient een waterschap zorgvuldig te werk te gaan teneinde de beslissing daartoe rechtmatig te doen zijn. Dit kan impliceren dat er een plicht tot schadevergoeding bestaat: voor zover zich onevenredige schade voordoet, moet worden vergoed op grond van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Verder kunnen soms ook waarschuwingen en schadebeperkende maatregelen worden verwacht van de waterbeheerder. Indien hij het zorgvuldigheidsvereiste, die dus onder omstandigheden een verplichting tot het aanbieden van schadevergoeding impliceert, niet in acht neemt, kan een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ontstaan. De aansprakelijkheid voor het inunderen van calamiteitengebieden ligt iets anders. De beslissing hiertoe valt onder de verantwoordelijkheid van het algemeen bestuur. Dit zal zich hierbij echter laten adviseren door de waterbeheerder. Het ligt dan ook in de rede dat verschillen van inzicht zullen optreden tussen gemeenten en waterschappen worden verwacht over de aansprakelijkheid voor de schade die ontstaat als een calamiteitengebied daadwerkelijk wordt ingezet om water te bergen. Het voorhanden hebben van een basisnormering helpt in ieder geval om helder te hebben wanneer er sprake is van zodanig uitzonderlijke omstandigheden dat niet meer alleen de waterbeheerder verantwoordelijkheid heeft, zoals voor het waterbeheer, maar ook het algemeen bestuur, zoals het geval is bij een (dreigende) calamiteit of ramp. Net als bij het inunderen van retentiegebieden kan er ook bij de beslissing om een calamiteitengebied onder water te zetten een plicht bestaan tot vergoeding van schade die daar het gevolg van is, voor zover deze onevenredig is. Ook hier behoort dit tot hetgeen een zorgvuldige besluitvorming vereist. Indien de beslissing tot inunderen niet op een zorgvuldige wijze tot stand komt, ontstaat een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Men zal in dit verband, zonder nadere regeling, komen te staan voor lastige rechtsvragen op het grensgebied tussen rechtmatige en onrechtmatige daad. De WTS laat door haar vangnetkarakter schade onvergoed, waardoor procedures kunnen worden verwacht over vergoeding van restschade.

6 Conclusies: nadere regeling?

Voor de gesignaleerde problemen moet nu worden nagegaan of een nadere regeling soelaas kan bieden en of daarvoor al aanbevelingen kunnen worden gedaan.

Status van de normstelling

Om te beginnen de bedoeling van het voorstel om de basisnormering het karakter te geven van een inspanningsverplichting. Indien men ervoor kiest dit uitgangspunt te handhaven, is het verstandig om dit op zijn minst tot uitdrukking laten komen in de toelichting bij de voorgestelde wijziging van de Wwh en de provinciale verordening. Een andere mogelijkheid is om in de Wet en/of verordening zelf op te nemen dat de normering “zo veel mogelijk” wordt toegepast.⁷⁶ Het is echter de vraag of dit voldoende is. De status van de normering volgens het voorstel zoals het er op dit moment uitziet, is juridisch niet erg hard en bovendien is in het voorgaande gebleken dat een wettelijke vorm van normering een aantal problemen zou kunnen oplossen. Aan de andere kant heeft invoering van een wettelijk normeringssysteem ook gevolgen voor de kansen op aansprakelijkheid. In het hierna volgende zullen deze lijnen tegen elkaar worden afgezet.

Wat betreft de wettelijke vorm van normering is in het voorgaande gebleken, in het bijzonder in paragraaf 4, dat deze zowel naar gemeenten als naar burgers een normatieve werking van de basisnormering zou versterken. Zonder een wettelijke normering is er onvoldoende basis om de benodigde planologische medewerking van gemeenten aan de maatregelen die ruimte voor water claimen, af te dwingen. Met een wettelijk stelsel is die basis er op zich ook nog niet, maar is er meer mogelijk dan op grond van een stelsel dat de status van een CIW-richtlijn heeft. Ook in bestaande activiteiten van burgers volgens bestaande bestemmingen, maar niet afgestemd op de functie van retentie- of bergingsgebied, kan op grond van een stelsel zoals voorgesteld niet op adequate wijze worden ingegrepen behoudens op basis van vrijwilligheid. Planologische inpassing van retentie- en calamiteitengebieden laat bestaande activiteiten immers ongemoeid. Ingrijpen kan echter juist nodig zijn, om daarmee toekomstige schade bij daadwerkelijke waterberging zo klein mogelijk te houden, maar vereist een wettelijke basis.

Normen in plan of verordening?

De vraag *hoe* de basisnormering wettelijk in het vat zou moeten worden gegoten, is niet eenvoudig te beantwoorden. In de toekomst zou een integrale Waterwet daarvoor een mooie plaats zijn, maar de totstandkoming daarvan zal ongetwijfeld nog wel wat op zich laten wachten. Op dit moment is het dus realistischer bij bestaande regelgeving aan te sluiten. Het voorstel voor de basisnormering wil deze normering opnemen in een CIW-richtlijn, die de status zou hebben van beleid waarvan alleen gemotiveerd kan worden afgeweken. Het is echter juridisch gezien niet zo dat een bestuursorgaan wordt gebonden door een richtlijn die afkomstig is van een, uiteraard op zich respectabele, overlegorganisatie als het CIW, tenzij dat orgaan die richtlijn als eigen beleidsregel expliciet zou aanvaarden. Indien is bedoeld de normering de status te geven volgens welke ermee rekening dient te worden gehouden, kan zij beter door de minister in een richtlijn worden neergelegd.

Een andere mogelijkheid is om de normen op te nemen in de provinciale waterhuishoudingsplannen (vast te stellen door Provinciale Staten). Een waterschap moet op grond van art. 9 Wwh rekening houden met het provinciale waterhuishoudingsplan bij het opstellen van zijn beheersplan. Dit zou niet in strijd zijn met het vooralsnog beoogde karakter van inspanningsverplichting. “Rekening houden met” houdt geen dwingende norm in; een waterbeheerder mag van het provinciale plan afwijken, als hij dat goed motiveert.⁷⁷ Het

⁷⁶ Vergelijk art. 16 Wet op de waterhuishouding, volgens welke de in het peilbesluit opgenomen waterstanden zoveel mogelijk worden gehandhaafd. Hiermee is bedoeld het karakter van inspanningsverplichting te benadrukken.

⁷⁷ Heldens 1997, p. 44.

opnemen van het normeringssysteem in de provinciale waterhuishoudingsplannen heeft verder als voordeel dat Gedeputeerde Staten bij het nemen van een beslissing over de goedkeuring van bestemmingsplannen aan een provinciaal plan meer gebonden is dan aan een normering die is neergelegd in een CIW-richtlijn.

Gelet op het zojuist genoemde belang van een wettelijke status van de normering verdient hier zeker ook de mogelijkheid die in paragraaf 3.2 is geopperd de aandacht. Het verdient aanbeveling zowel de voorgestelde bepaling in de Wwh op te nemen dat de normering zoveel mogelijk wordt toegepast en dat provincies daarop toezien, als een bepaling die provincies de bevoegdheid geeft de normen in een provinciale verordening vast te stellen. Een landelijke CIW-richtlijn kan in een dergelijk systeem worden gehandhaafd, maar dan als hulpmiddel voor de manier waarop normen tot stand moeten komen. Met een dergelijk systeem zou een evenwicht kunnen worden gevonden tussen de moeilijkheid dat een uniforme, formeel-wettelijke normstelling gelet op de diversiteit van regionale watersystemen niet goed mogelijk is en de wens de normen wel een wettelijke status te geven.

Afdwingen planologische medewerking

Naast de noodzaak de basisnormering meer normatieve werking te geven door haar meer specifiek wettelijk te regelen, is een regeling nodig waarmee de zojuist al genoemde planologische inpassing, de gemeentelijke planologische medewerking aan de genoemde maatregelen, kan worden afgedwongen, bijvoorbeeld door interventie op provinciaal niveau.⁷⁸ De Fundamentele Herziening WRO zal provincies meer rechtstreekse mogelijkheden geven zelf de planologische inpassing te bewerkstelligen met behulp van de bevoegdheid zelf bestemmingsplannen vast te stellen en de instructiebevoegdheid. Waterschappen zelf hebben hiermee echter nog steeds geen eigen mogelijkheden om ervoor te zorgen dat de benodigde planologische inpassing van aanwijzingen retentie- of calamiteitengebieden tot stand komt en zullen bovendien de huidige overlegverplichting van art. 10 Bro gaan missen.

De planologische medewerking die nodig is om de bestemmingen in retentie- en calamiteitengebieden aan te laten sluiten op de nieuwe functie van dergelijke gebieden kan in ieder geval op dit moment niet door een waterschap worden afgedwongen, terwijl de huidige verhaalsregeling van art. 31a WRO ook niet meehelpt om de gemeenten over te halen op vrijwillige basis mee te werken. Ook de insteek van het voorstel ten aanzien van de communicatie en bekendmaking van de normering past niet bij de noodzakelijke planologische besluitvorming. Verder is een goed overgangsrecht nodig voor de al bestaande activiteiten in gebieden die de bestemming retentie- of calamiteitengebied krijgen. Een geschikt overgangsrecht kan ten aanzien van inkomensschade ook aansprakelijkheidsdempend werken in art. 49-procedures.⁷⁹

Bovendien zorgt een wettelijke basis van de normering en daarmee samenhangend een goede bekendmaking samen met een planologische inpassing ervoor, dat het relatief nieuwe waterbeheersbeleid, waarin meer dan vroeger een rol is weggelegd voor ruimtelijke maatregelen, eerder bekend mag worden verondersteld. Dit kan aansprakelijkheid van gemeenten voor planschade, aansprakelijkheid van waterschappen voor wateroverlast in retentiegebieden en aansprakelijkheid van beide lichamen voor wateroverlast in calamiteitengebieden reduceren.

De twee zijden van de medaille van een normering met een wettelijke grondslag

Tegenover deze voordelen van een betere uitgangsbasis om afdwingbaarheid van planologische maatregelen en ingrijpen in bestaande activiteiten te regelen en rechtszekerheid,

⁷⁸ De provincie ligt voor de hand, aangezien deze zowel ten aanzien van waterschappen als gemeenten (in het bijzonder ten aanzien van de ruimtelijke ordening) een toezichthoudende rol heeft. Denk ook aan bijvoorbeeld de Wet op de waterkering, waarin eveneens een belangrijke coördinerende rol voor de provincie is weggelegd.

⁷⁹ Zie par. 4.2.

moet - zoals hiervoor al even aangekondigd - tegelijkertijd wél worden gewezen op de keerzijde van de medaille. In het voorgaande (zie paragraaf 3.2) is naar voren gekomen dat een waterschap na invoering van een basishandhaving waarschijnlijk eerder aansprakelijk zal zijn en dat de kans bestaat dat de bewijslast wordt omgedraaid. In de jurisprudentie is al een lijn ontwikkeld waarin de marginale toetsing van de wijze waarop met de beleidsvrijheid wordt omgesprongen, is verlaten. De toetsing die een rechter in het kader van met name een actie tot onrechtmatige (overheids)daad zal hebben te verrichten, wordt door een normeringssysteem nader ingevuld. Dit geldt des te meer wanneer wettelijke normen gelden, gelet op één van de door Bloembergen genoemde grenzen aan beleidsvrijheid, de wettelijke omschrijving van een taak.⁸⁰ Een wettelijk normeringssysteem vult de zorgplicht en de beleidsvrijheid nader in, zodat een rechter een hardere grond heeft voor zijn toetsing.⁸¹

Kortom, tegenover de voordelen die een wettelijke normering biedt, staat een grotere kans op aansprakelijkheid. Of uiteindelijk wel of niet voor een wettelijke normering moet worden gekozen, is een beleidsmatig vraagstuk, waarvan wij de juridische implicaties in beeld hebben willen brengen, maar waarover wij geen verdere uitspraken doen.

Nadere regeling van aansprakelijkheid voor planschade

Naast een eventuele wettelijke basis voor het normeringssysteem verdient ook de aansprakelijkheid voor planschade (waardedaling) en schade bij wateroverlast een nadere regeling.

Als de planschade conform het huidige stelsel voor rekening van de gemeente wordt gelaten, verdient het aanbeveling voor het verhaal of tenminste de verdeling van de kosten een verdeelsleutel in een regeling op te nemen. Wellicht kan tegelijk met een regeling van afdwingbaarheid van gemeentelijke medewerking aan de planologische inpassing van retentie- en bergingsgebieden een interventie-instrument voor de provincie worden ingebouwd voor situaties waarin gemeenten en waterschappen er niet in slagen tot overeenstemming te komen over de kostenverdeling. Dat kan er dan ook weer toe bijdragen dat gemeenten vervolgens tot medewerking overgaan, zodat daarbij niet weer hoeft te worden ingegrepen. Bij een verhaalregeling of verdeelsleutel dient rekening te worden gehouden met het onderscheid tussen retentie- en calamiteitengebieden. De mate waarin waterschappelijke en gemeentelijk belangen daarbij zijn betrokken verschilt immers, zoals wij in het voorgaande al hebben behandeld.

Nadeelcompensatieregeling voor schade door wateroverlast bij inundatie

Zoals hiervoor in paragraaf 4.3 bleek, zou bij handhaving van het planschadestelsel voor de waardedaling, daarnaast de vergoeding van de schade bij wateroverlast in een nadeelcompensatieregeling moeten worden geregeld. Een nadeelcompensatieregeling kan processuele ingewikkelde vragen (denk aan de vragen die opkomen over het grensgebied tussen rechtmatig en onrechtmatig handelen) voorkomen. Bovendien biedt een dergelijke regeling burgers meer rechtszekerheid.⁸² Verder kan de rechtmatigheid van een besluit om een gebied daadwerkelijk te gebruiken voor waterberging eenvoudiger worden aangetoond, hetgeen een voordeel is, gelet op de ontwikkelingen op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid die in dit essay aan de orde zijn gekomen. Tegenwoordig hebben sommige waterschappen zelfs al dergelijke regelingen, die dan hoogstens nog enige aanpassing behoeven. De Nadeelcompensatieregeling Verkeer en Waterstaat 1999 biedt daarnaast een goed uitgangspunt voor het opstellen van zo'n beleidsregeling. Voor een nadeelcompensatieregeling pleit ook dat daarin een verdeelsleutelmechanisme kan worden neergelegd om onduidelijkheden

⁸⁰ Bloembergen in zijn noot bij HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 (Bargerbeek).

⁸¹ Vergelijk de toetsing van milieuvergunningen en voorschriften aan "de jongste inzichten", die de beoordelingsvrijheid bij de vergunningverlening nader invullen, waardoor er een duidelijker toetsingsgrond is.

⁸² Vgl. Polak 2002, p. 121, 123.

en discussies over de aansprakelijkheid voor met name schade door wateroverlast in calamiteitengebieden weg te nemen en te voorkomen.

Combinatie planschade en nadeelcompensatie bij inundatie

Overigens kan ook worden overwogen of in plaats van de combinatie van planschadevergoeding en nadeelcompensatie die dan ontstaat, een nadeelcompensatiestelsel zoals voorgesteld door Drupsteen kan worden ingevoerd.⁸³ Dit komt erop neer dat in de vergoeding voor de planschade meteen een vergoeding voor latere schade door wateroverlast wordt verdisconteerd. Indien een dergelijke regeling even gunstig is als art. 49 WRO, kan niet alsnog een beroep op planschadevergoeding worden gedaan. Wel moet ook in een dergelijk stelsel erin worden voorzien dat voor planschade een kostenverdeling tot stand komt. In het bijzonder voor planschade die voortvloeit uit het aanwijzen van calamiteitengebieden geldt dat zo'n aanwijzing niet puur een waterbeheerskwestie is. Een dergelijk combinatiestelsel voorkomt repeterende administratieve kosten en eventueel ook proceskosten, doordat bij inundatie, die vooral voor retentiegebieden toch met enige regelmaat kan worden verwacht, niet telkens opnieuw schadevergoedingsaanvragen behoeven te worden behandeld.

Ten slotte

Ten slotte is voor de aansprakelijkheid van wateroverlast die wordt veroorzaakt door grondwateroverlast dan wel riooloverstorten een regeling nodig voor de verdeling van de taken en verantwoordelijkheden op het gebied van met name het grondwaterbeheer. Deze noodzaak is al eerder gesignaleerd, maar is in dit onderzoek eens te meer onderstreept. Daarnaast zou ook een normering voor grondwater- en rioolwaterbeheer goed zijn voor de rechtszekerheid van gedupeerde burgers.

⁸³ Drupsteen 2001, p. 1075.

Literatuur

Van den Berg & Van Hall 1997

J.T. van den Berg & A. van Hall, *Waterstaats- en waterschapsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Van de Bunt 2001

J.E. van de Bunt, 'Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing van verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade', in : E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom

Juridische uitgevers 2001, p. 172-203

Drupsteen 2001

Th.G. Drupsteen, 'Schadevergoeding bij waterconservering en -berging', *Het Waterschap* 2001-22, p. 1070-1075

Van Dunné 2000

J.M. van Dunné, 'Aansprakelijkheid van waterschappen naar burgerlijk recht voor schade als gevolg van onzorgvuldig waterbeheer', *TMA* 2000-2, p. 32-46

Faure & Hartlief 2001

M. Faure & T. Hartlief, 'Vergoeding van rampschade', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 147-172

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996

P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1, Ontwikkelingen, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer: Kluwer 1996

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998

P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2, Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998

Van Hall 1995

A. van Hall, 'De (marginale) rol van het waterschap', in: M. Faure & F. Stroink (red), *Recht in het water. De juridische aspecten van watersnood*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1995, p. 63-101

Van Hall 1998

A. van Hall, 'Stedelijk grondwaterbeheer. Wie is aansprakelijk voor schade aan gebouwen', *BR* 1998-12, p. 989-1002

Hartlief 1995a

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor watersnoodschade', *NJB* 1995-9, p. 311-313

Hartlief 1995b

T. Hartlief, 'Vergoeding van watersnoodschade', in: M. Faure & F. Stroink (red), *Recht in het water. De juridische aspecten van watersnood*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1995, p. 131-152

Havekes 1997

H.J.M. Havekes, 'De Wet verontreiniging oppervlaktewateren', in A. van Hall (red.), *Waterbeheerswetgeving*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 85-153

Havekes 2000

H.J.M. Havekes, 'Van Bargerbeek naar West-Friesland', *TMA* 2000-1, p. 8-11

Heldens 1997

W.G.M. Heldens, 'De Wet op de waterhuishouding' in: A. van Hall (red.), *Waterbeheerswetgeving*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 35-84

Polak 2002

J.E.M. Polak, 'Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in het bijzonder', *BR* 2002-2, p. 114-124

Poortvliet 1995

I. Poortvliet, 'Aansprakelijkheid voor schade in verband met wateroverlast', *Het Waterschap* 1995-6, p. 240-245

Van der Schans 2000

E. van der Schans, 'Regen als ramp. Wateroverlast en de WTS', *TMA* 2000-1, p. 13-19

Stroink 1995

F. Stroink, 'Reflecties op de verschillende bevoegdheden', in : M. Faure & F. Stroink (red), *Recht in het water. De juridische aspecten van watersnood*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1995, p.121-130

De Vries 1998

F.J. de Vries, 'Vergoeding van rampschade', *NJB* 1998-42, p. 1908-1915