

Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast

O&A 2017/91

In deze bijdrage wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van (met name) waterschappen voor waterschade. Het gewijzigde beleidskader vanwege de klimaatveranderingen, en de consequenties daarvan voor de invulling van de zorgplicht, worden aan de orde gesteld. Risico- of schuld aansprakelijkheid blijkt in de jurisprudentie relevant voor de op de burger rustende stelplicht en bewijslast.

1. Inleiding

“Er worden middagtemperaturen verwacht van één uur 's middags tot zes uur 's avonds.”²

Zo onvoorspelbaar was het weer al volgens de ‘weersverwachting’ die cabaretier Herman Finkers in 2004 gaf. Het veranderende klimaat brengt met zich mee dat de weersomstandigheden niet alleen onvoorspelbaarder zijn, maar buien ook intenser worden. De Deltacommissie sprak, op initiatief van regeringscommissaris Kuijken, op Prinsjesdag 2017 in dat kader duidelijke taal: Nederland moet weerbaar worden voor extreme omstandigheden én aanzienlijke overlast bij extreem weer is onvermijdelijk op sommige plaatsen in Nederland. Bewustwording is het sleutelwoord, omdenken is noodzakelijk.

De regeringscommissie bepleit meer samenwerking tussen waterschappen, provincies en gemeenten, vooral op het terrein van beleidsvorming. Er zal op basis van inventarisaties en stresstests fors geïnvesteerd moeten worden. Het stelsel van wet- en regelgeving wordt echter ongemoeid gelaten en is kennelijk adequaat genoeg. Wel wordt stimulering van (uitwerkingsmaatregelen) via bouwregelgeving bepleit.

In dit artikel wordt een analyse gegeven van het wettelijke kader c.q. het geldende recht bij de beoordeling van claims uit hoofde van wateroverlast en -schade. Meer concreet wordt ingegaan op de vraag hoe in de (civiele) rechtspraak wordt omgegaan met de zorgplicht, zijnde de open norm die voor water(weg)beheerders voortvloeit uit artikel 6:162 BW, en het regime van de opstalaansprakelijkheid op grond van artikel 6:174 BW. Voor de beantwoording van die vraag is de klimaatverandering en het Nationaal Bestuursakkoord Water (hierna: ‘NBW’), dat met het oog daarop is opgesteld,

cruciaal.³ Immers, het NBW heeft overlastnormen in het leven geroepen, welke de zorgplicht inkleuren.⁴ De aard van de (open) normen, de klimaatverandering en de gewijzigde (overlast)normen maken de inkleuring van de zorgplicht een dynamisch gebeuren.⁵ Het op grond daarvan ontstane feitelijk en juridisch kader is complex. Eisers die een overheid aanspreken kunnen verzinken in een moeras van technisch en juridisch geweld, waarbij de rechter hen, gelet op zijn lijdelijke rol en de op de eisers rustende stelplicht en bewijslast (artikel 150 Rv), in beginsel geen hulp kan bieden. Of misschien toch wel? Want is het niet zo dat waar een (zorg)plicht is, geen absolute vrijheid kan bestaan? Tegen die achtergrond zullen wij ook aandacht besteden aan de stelplicht en bewijslast bij waterschadeclaims.

Eerst schetsen wij het juridische en rechtspolitieke kader voor waterbeheer(ders), waarna we de op waterbeheerders rustende zorgplicht(en) nader invullen aan de hand van onderwerpen die in de rechtspraak steeds terugkomen bij het beoordelen van het handelen van waterbeheerders.⁶

2. Het juridische en rechtspolitieke kader voor waterbeheer(ders)

In ‘waterzaken’ worden vorderingen op waterbeheerders veelal gestoeld op artikel 6:162 BW (schending van de zorgplicht) of artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid). Deze regels van het aansprakelijkheidsrecht zijn betrekkelijk flexibel en open en laten de rechter de nodige ‘keuzevrijheid’⁷.

Onze ervaring is dat deze ‘keuzevrijheid’, binnen het in de inleiding geschetste kader, rechters regelmatig voor een dilemma plaatst. Enerzijds gaat het vaak om gelaedeerden die buiten hun schuld om te kampen hebben met overstroomde huizen of akkers met bijbehorende schade en daarvoor, soms op aandringen van belangenorganisaties, een aan-

1 Mr. J.J. (Jan) Jacobse & mr. R.M. (Ronald) Pieterse zijn beiden werkzaam als compagnon in de overheidspraktijk van Justion Advocaten www.justionadvocaten.nl en betrokken bij veel waterschadezaken, waarin zij waterbeheerders bijstaan.

2 Herman Finkers, *EHBO is mijn lust en mijn leven*, Roughtrade: 2004.

3 Nationaal Bestuursakkoord Water (-actueel) en de nog te bespreken vertaling hiervan in provinciale verordeningen en leggers, www.helpdeskwater.nl/?ActId=1280 (bezoekt op 26 oktober 2017).

4 Zie voor een analyse van veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen: H.K. Gilissen e.a., ‘De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter’, *TBR* 2017/142.

5 Zie voor een meer algemene beschouwing van de aansprakelijkheidsproblematiek in relatie tot klimaatverandering: Vereniging voor Milieurecht, *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 16. Klimaatverandering wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de ‘proeftuin van het recht’. Zie voorts J.M. van den Berg & R.H.J. Cox, ‘Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?’, *AV&S* 2014/2; Chr.H. van Dijk, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde’, *NJB* 2007, 2333; M. Faure & T. Hartlief, *De Spier-Bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, deel IV.

6 Zie voor een grondige analyse van de gedragspresumptie van waterbeheerders: H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer* (diss. Utrecht, UU), Deventer: Kluwer 2013.

7 PHR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:242 (X/Gemeente Sint Oedenrode).

spreekpunt zoeken.⁸ Aan de andere kant staat een overheid die wijst op het feit dat zij 'slechts' te maken heeft met een zorgplicht, waarbij wordt getoetst aan de maatstaf van een 'goed waterbeheerder' met bijbehorende beleidsvrijheid. Dat levert vaak frictie op, niet in de laatste plaats in de zittingszaal.

De Hoge Raad is echter terughoudend bij het aannemen van (overheids)aansprakelijkheid in die gevallen waarin andere of meer maatregelen genomen hadden kunnen worden, maar geen sprake is van onzorgvuldigheid door het nalaten daarvan. Kennelijk zijn er binnen ons rechtstelsel geen goede redenen om op dit gebied het uitgangspunt dat eenieder in principe de eigen schade draagt te verlaten. In waterzaken zou het verlaten van dat uitgangspunt in verreweg de meeste gevallen leiden tot de conclusie dat de overheid, en dus de belastingbetaler, de rekening zou moeten betalen. De overheid wordt in beginsel niet afgerekend op de per definitie niet ongelimiteerde beschikbaarheid van mensen en middelen. Het spanningsveld van veelomvattende (overheids)taken in een situatie van beperkte financiële middelen is uiteraard niet alleen aan de orde bij waterschades. In een wegbeheerderskwesitie verwoordde A-G Spier het dilemma enkele jaren geleden al treffend met de betekenisvolle oneliner:

“De grenzen van het recht, of pech moet weg.”⁹

2.1 Zorgplichten

Het was vanuit de rechtspraktijk bepaald niet ongewenst dat er begin jaren '80 van de vorige eeuw handvatten kwamen om het handelen van waterbeheerders te toetsen. Met het arrest *Bargerbeek/Juurlink*¹⁰ maakte de Hoge Raad duidelijk dat het waterschap droge voeten niet hoeft te garanderen en dat de reikwijdte van de zorgplicht afhangt van verschillende factoren, zoals:

- a. het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van het waterschap komt,
- b. het aantal gronden binnen het gebied van het waterschap, waarvan het waterschap weet of behoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast,
- c. de middelen – financiële en andere – die het waterschap voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan,
- d. in hoeverre de aan het lage peil van de betreffende grond verbonden bezwaren (mede) veroorzaakt zijn door de eigenaar of gebruiker van die grond.

Welke betekenis aan deze en dergelijke factoren in een gegeven geval moet worden toegekend, zal veelal slechts

met behulp van deskundigen kunnen worden vastgesteld, terwijl dienaangaande een zekere marge van beleidsvrijheid aan het waterschap niet kan worden ontzegd.”

Vlak voor het nieuwe millennium werd de eerste grens getrokken ten faveure van eisers, doordat de Hoge Raad overwoog dat een waterbeheerder, wanneer hij een klacht ontvangt, daarop wel adequaat moet reageren door onderzoek in te stellen en zo nodig maatregelen te treffen.¹¹

Maar eisers moesten niet lang daarna toch ook weer enig terrein prijsgeven. In het arrest *Rijnstromen*¹² kwam de andere kant van de medaille aan de orde: een waterbeheerder hoeft niet uit eigen beweging onderzoek te doen of maatregelen te treffen vooruitlopend op een aangekondigde weersomstandigheid. Bij het treffen van (nood)maatregelen heeft de waterbeheerder beleidsvrijheid, die overigens weer niet zo ver gaat dat in rechte slechts marginaal kan worden getoetst.¹³

Op de waterschappen rust geen resultaats-, maar een inspanningsverplichting. De maatstaf uit voornoemde arresten, die vandaag de dag (nog steeds) geldt, is, samengevat, of een waterschap 'in aanmerking genomen de concrete omstandigheden van het geval en de verschillende bij zijn beleid betrokken belangen en zijn beperkte middelen, beneden de zorg van een goed waterbeheerder is gebleven'.¹⁴

Maar welke aanknopingspunten zijn er dan voor de invulling van deze norm?

Allereerst zijn dat de voor waterbeheerders relevante wetten, verordeningen en beleidsregels. Voor waterschappen is de basis gelegen in artikel 1 van de Waterschapswet, welk artikel voorschrijft dat waterschappen tot doel hebben de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied en de zorg voor het watersysteem. De Waterwet regelt vervolgens op welke doeltreffende en doelmatige wijze de waterschappen het aan hen opgedragen waterbeheer dienen te realiseren. Dit met als doel het voorkomen en beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste (artikel 2.1 lid 1 Waterwet).

De opvattingen over wat 'doelmatig' is, zijn door de jaren heen echter fors gewijzigd. Gelet op de veranderende klimatologische omstandigheden, die tot actie noopten, is in 2003 het zojuist al genoemde en breed gedragen NBW tot stand gekomen. Uit het document NBW-actueel uit 2008 blijkt dat de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen zich er via hun respectievelijke belangenorganisaties toe hebben verplicht het watersysteem uiterlijk in 2015 'op orde' te hebben. Dit houdt in concreto in dat de kans op

8 Zie bijvoorbeeld de oproep van ZLTO aan agrariërs in Brabant om het waterschap aansprakelijk te stellen voor de circa € 1 miljoen schade die in juni 2017 is geleden als gevolg van wateroverlast: www.waterschapapp.nl/nieuws/boeren-willen-regenschade-vergoed (bezocht op 26 oktober 2017).

9 PHR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:242 (X/Gemeente Sint Oedenrode).

10 HR 9 oktober 1981, NJ 981/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waterschap Bargerbeek/Juurlink*).

11 HR 8 januari 1999, NJ 1999/319, m.nt. A.R. Bloembergen (*Waterschap West-Friesland/Kaagman*).

12 HR 9 november 2001, NJ 2002/446, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Berg/Waterschap De Oude Rijnstromen*).

13 Zie voor de bespreking van het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland in zaaknummer C/16/418257/HA ZA 16-475, in welke zaak het treffen van noodmaatregelen door een waterschap in geval van extreme neerslag aan de orde kwam: H. Havekes, 'Aansprakelijkheid waterschap voor wateroverlast', *Het Waterschap* 2017, nr. 10.

14 Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2507 (X/*Waterschap Brabantse Delta*).

wateroverlast door inundatie vanuit het oppervlaktewater moet zijn verminderd tot een maatschappelijk acceptabel niveau. In het NBW zijn daartoe werknormen voor wateroverlast neergelegd, gekoppeld aan vijf verschillende vormen van grondgebruik. Deze werknormen zijn uitgedrukt in (statistische) herhalingskansen.

De NBW-normen hebben hun weg naar wettelijke verankering inmiddels gevonden. Ingevolge artikel 2.8 van de Waterwet worden, met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop regionale wateren moeten zijn ingericht, bij provinciale verordening normen gesteld met betrekking tot de gemiddelde overstromingskans per jaar van daarbij aan te wijzen gebieden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit artikel in de wet is opgenomen naar aanleiding van de afspraken tussen de bij het NBW betrokken partijen, waaronder de waterschappen en de provincies.¹⁵ Het artikel legt volgens de wetgever de basis voor normering van watersystemen, waaruit de dimensionering, de inrichting en het beheer van het watersysteem worden afgeleid. De NBW-normen vormen aldus een referentiekader om te toetsen of de regionale watersystemen op orde zijn. De normen die op die basis zijn vastgelegd c.q. vertaald in een waterbeheerplan zijn bepalend voor de vraag welke overstromingsnorm ter plaatse geldt.¹⁶ Zo geeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de norm T=100 in een recente uitspraak als volgt weer:

“De norm T=100 houdt in dat de desbetreffende gronden (minder dan) één maal in de 100 jaar onder water kunnen lopen vanwege extreme wateroverlast.”

De (NBW-)normen uit de provinciale verordeningen vinden ook hun doorwerking in de leggers (artikel 5.1 Waterwet). Daarin dienen waterbeheerders immers concreet te omschrijven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen.

Uit artikel 5.2 van de Waterwet vloeit voor de waterbeheerder een inspanningsplicht voort om vastgestelde waterpeilen zoveel mogelijk te handhaven. Eén en ander in het licht van de uit artikel 1 van de Waterschapswet voortvloeiende verplichting om invulling te geven aan de waterstaatkundige verzorging van het beheersgebied door de waterbeheerder.¹⁷ De overlastnormen zijn, zoals gezegd, terug te voeren op het NBW. De daarin opgenomen normen waren in de periode 2003–2009 zogeheten werknormen, maar sinds 2015 dient de inrichting en het onderhoud van watersystemen aan deze normen te voldoen. Enige nuancering is op zijn plaats, want een relatief gering percentage van de gronden hoeft niet aan deze normen te voldoen.¹⁸ Ander-

zijds zijn er ook provinciale verordeningen waarin normen zijn opgenomen die strenger zijn dan de minimumnormen uit het NBW.¹⁹

Voor de gemeentelijke waterbeheerder is het normenkader anders, althans waar het aankomt op de hemelwaterzorgplicht. Op de gemeente rust op grond van artikel 3.5 Waterwet een zorgplicht om afvloeiend hemelwater op een doelmatige wijze in te zamelen en te verwerken.²⁰ Deze verplichting bestaat overigens alleen ten aanzien van perceel-eigenaren van wie redelijkerwijs niet gevergd kan worden dat zij het afvloeiende hemelwater zelf in de bodem of het oppervlaktewater brengen.²¹ Primair blijft de verantwoordelijkheid dus bij de ‘burger’ liggen.

De gemeente heeft beleidsvrijheid bij de invulling van de hemelwaterzorgplicht. Wat de invulling daarvan betreft, is van belang dat de hemelwaterzorgplicht in beginsel niet meer behelst dan het aanbieden van een voorziening waarmee eigenaren die voldoen aan het voornoemde criterium het hemelwater van hun percelen (naar de openbare ruimte) kunnen afvoeren. Wat die voorziening inhoudt, maakt voor de zorgplicht niet uit.²² Hoe de gemeente invulling moet geven aan de hemelwaterzorgplicht is dus niet voorgeschreven. De hemelwaterzorgplicht uit de Waterwet maakt in elk geval niet dat gemeenten garant staat voor het uitblijven van wateroverlast.²³

2.2 Opstalaansprakelijkheid

Waterbeheerders hebben binnen hun watersystemen, waaronder hemel- en vuilwatersystemen, vele opstallen in eigendom. Te denken valt niet alleen aan rioleringen, maar ook aan (pomp)putten, al dan niet als onderdeel van het riool, en andere kunstwerken in watersystemen, zoals duikers en stuwen. Overigens geldt het niet voor alle kunstwerken in watersystemen, want een gemaal is volgens het Hof Den Haag bijvoorbeeld niet zonder meer een opstal.²⁴

Aansprakelijkheid voor dergelijke opstallen wordt primair beoordeeld via de band van artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid)²⁵. Anders dan bij voornoemde zorgplichten is ‘schuld’ of ‘verwijtbaarheid’ niet relevant als er een gebrek aan een opstal is geconstateerd waardoor schade is ontstaan. De bezitter van een opstal is aansprakelijk indien de opstal gebrekkig is, gevaar oplevert en dat gevaar zich verwezenlijkt. A-G Hartlief maakt in zijn zeer lezenswaardige

15 *Kamerstukken II 2006/2007, 30818, 3, p. 93-94. Artikel 2.10 Waterwet is later vernummers in artikel 2.8 Waterwet (Kamerstukken II 2007/2008, 30818, 7).*

16 ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2765 (*X/Gemeente Dinkelland*).

17 Daartoe behoort niet de verplichting om te voorzien in de beschikbaarheid van oppervlaktewater met een voor de berekening van een bepaald gewas geschikt zoutgehalte. Zie Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1265 (*X/Hoogheemraadschap van Delfland*).

18 Zie ‘maaiveldcriterium’ in de tabel die als bijlage 2 bij het NBW-Actueel is opgenomen.

19 Voor een overzicht van alle waterverordeningen van provincies en provincie overschrijdende waterschappen: www.infomil.nl/onderwerpen/klimaat-lucht/handboek-water/thema's/wateroverlast-0/normen-wateroverlast/ (bezoekt op 26 oktober 2017).

20 Te onderscheiden van de gemeentelijke afvalwaterzorgplicht op grond van artikel 10.33 Wet Milieubeheer. Die zorgplicht ziet op het openbare vuilwaterriool voor afvoer van stedelijk afvalwater naar een inrichting zoals bedoeld in artikel 3.4 Waterwet (een rioolwaterzuiveringsinstallatie).

21 Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als er geen oppervlaktewater in de buurt is waarop geloosd kan worden, of infiltratie in de bodem niet mogelijk is door hoge grondwaterstanden.

22 *Kamerstukken II 2005/06, 30578, 3, p. 11.* Een dergelijke voorziening zou bijvoorbeeld de aansluiting op een gemengd riool kunnen zijn.

23 Rb. Almelo 6 juli 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BR5835 (*Amlin en AON/Gemeente Enschede*).

24 Hof Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1322 (*Van Oers c.s./Waterschap Hollandse Delta*).

25 Subsidiair via artikel 6:162 BW.

conclusie bij het arrest *Vennemans Nijmegen*²⁶ op basis van de wetsgeschiedenis duidelijk dat de gelaedeerde als het ware een ‘aanspreekpunt’ wordt geboden, ongeacht de oorzaak van het gebrek. De subjectieve onbekendheid met het gebrek *bevrijdt de bezitter niet (zonder meer) van aansprakelijkheid*, aldus Hartlief.

Voor de vraag of opstallen, zoals rioleringen, gebrekkig zijn, dient te worden gekeken naar de maatstaven die zijn ontwikkeld in het *Wilnis*-arrest.²⁷ Centraal staat de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mogen worden gesteld, waarbij het aankomt op de naar objectieve maatstaven te beantwoorden vraag of deze, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken, deugdelijk is.

Het gaat om ‘objectieve wetenschap’ c.q. de stand van de techniek. Een en ander gelet op o.a. de (ontwerp)normen. Daarbij is ook van belang hoe groot de kans is op verwezenlijking van het gevaar en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.²⁸

A-G Hartlief maakt in dat opzicht het (ons inziens) terechte onderscheid tussen de situatie dat de opstal geschikt is (gebleven) voor haar primaire doel en de situatie dat de opstal ongeschikt is (geworden) voor haar primaire doel en reeds daarom een gevaar oplevert. In deze laatste situatie zal een nadere toetsing op basis van de Kelderluikfactoren inderdaad niet altijd in de rede liggen. Dit omdat het gebrek dan al in de aard van de zaak besloten kan liggen.

2.3 Andere invalshoeken

Naast zorgplicht- en opstalaansprakelijkheid zien we in de praktijk nog andere invalshoeken om de overheid aansprakelijk te houden voor wateroverlast. Zo werd een gemeente aansprakelijk gehouden voor rioolwater dat uit kolken en putten omhoog kwam en naar een perceel toestroomde, ondanks het feit dat door de rechtbank als uitgangspunt werd aangenomen dat de gemeente aan haar riolerings- en hemelwaterzorgplicht had voldaan.²⁹ De rechtbank oordeelde dat de perceeleigenaren als lager gelegen erf niet voor de ontvangst van rioolwater hoefde in te staan, omdat de gemeente dat rioolwater van elders aanvoerde teneinde naar de rioolwaterzuiveringsinstallatie te geleiden. Het uitstromende rioolwater stroomde dus niet ‘van nature’ af op het erf van de burger, zoals bedoeld in artikel 5:38 BW, aldus de rechtbank, met aansprakelijkheid van de gemeente tot gevolg. In gelijke zin werd in 2009 geoordeeld. In deze zaak was wél sprake van een gebrekkige riolering en probeerde

de gemeente zich met een beroep op de ontvangstplicht van de burger te verweren.³⁰ Tevergeefs, zo werd geoordeeld.

Wij menen dat deze laatste uitspraak juist is. Over de eerstgenoemde uitspraak, van de Rechtbank Oost-Brabant, hebben wij echter onze twijfels. Kort gezegd menen wij dat het aannemen van aansprakelijkheid via de band van artikel 5:38 BW op gespannen voet staat met de eerdere overwegingen van de rechtbank dat niet is gebleken dat de onderhoudstoestand van de riolering van wezenlijke invloed is geweest op de ‘water op straat situatie’, respectievelijk dat de hemelwaterzorgplicht geen resultaatsverplichting is en dat deze niet is geschonden. Het niet verplicht zijn te ontvangen leidt volgens ons niet automatisch tot aansprakelijkheid van de overheid.

Ten slotte willen wij onder dit kopje niet onbesproken laten wat de effecten van bijvoorbeeld doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen zijn. Uit een recent vonnis van de Rechtbank Gelderland van 17 mei 2017³¹ blijkt dat, zelfs indien een opstal voldoet aan alle eisen die daaraan in de gegeven omstandigheden gesteld mogen worden en de opstal derhalve niet-gebrekkig is, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot een soort ‘financiële zorgplicht’ vooraf kunnen leiden. De gemeente had in deze zaak aanpassingen laten verrichten aan een (deugdelijk c.q. niet-gebrekkig) rioolsysteem. Zij had echter nagelaten om een financiële compensatie aan te bieden aan enkele inwoners die, vaker dan vóór de aanpassingen, last hadden van wateroverlast. Door geen regeling te treffen die het voor eisers mogelijk maakte hun woning en/of hun perceel hierop op een doeltreffende manier aan te passen, of als dat onmogelijk zou blijken, hen op andere wijze in hun financiële belangen tegemoet te komen, werden de aanpassingen aan het op zich deugdelijke rioolstelsel als onrechtmatig beoordeeld.

3. De zorgplicht nader ingevuld

De aard van de zorgplicht, gecombineerd met de beleidsvrijheid van waterbeheerders, brengt met zich mee dat zélf in geval van ‘natte voeten’ de conclusie vaak luidt dat de waterbeheerder niet in haar zorgplicht tekort is geschoten en de rekening dus bij de burger blijft liggen.

Het is echter doorgaans voor rechters bepaald geen sinecure om verantwoord tot een vonnis te komen. Daarvoor dient namelijk allereerst het voornoemde juridisch kader nader (feitelijk) te worden ingevuld. Die invulling resulteert vaak in technisch/hydrologisch wapengekletter, omdat de verschillende relevante (technische) factoren waarop de stellingen van de eiser en het verweer van de waterbeheerder zijn geënt, meestal slechts door deskundigen beoordeeld kunnen worden. Dat er ook op dat gebied niets nieuws onder de zon is, blijkt al uit de constatering van de Hoge Raad in het *Bargerbeek*-arrest.³²

26 HR 7 oktober 2016, *Gst* 2017/90, m.nt. L. van den Ham-Leerkes (*Vennemans/Nijmegen*).

27 HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente de Ronde Venen Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

28 HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*), zie verder HR 28 juni 2013, *NJ* 2013/366 (*Martina/Curaçao*) en HR 7 oktober 2016, *Gst* 2017/90, m.nt. L. van den Ham-Leerkes (*Vennemans/Nijmegen*).

29 Rb. Oost-Brabant 6 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016;3604 (*X/Gemeente Cuijk*).

30 Rb. Middelburg 10 juni 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BI7438 (*X/Gemeente Kapelle*).

31 Rb. Gelderland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3114 (*X/Gemeente Maasdriel*).

32 HR 9 oktober 1981, *NJ* 981/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waterschap Bargerbeek/Juurlink*).

Interessant is de vraag welke partij, binnen het kader van artikel 150 Rv, de stelplicht, de bewijslast en het bewijsrisico van het gevoerde waterbeheer draagt. Al was het maar vanwege de technisch complexe discussies en het feit dat de waterbeheerders meestal over de ter zake relevante gegevens beschikken. En hoever moeten partijen gaan bij het motiveren van hun stellingen? De antwoorden op deze vragen zullen we hierna geven bij de bespreking van de onderwerpen die in de rechtspraak steeds terugkomen bij de beoordeling van het optreden van waterbeheerders.

3.1 *Beleid(svrijheid)*

Bij de afweging van de ‘verschillende bij het beleid betrokken belangen’ wordt vrijwel altijd eerst gekeken naar de naleving van toepasselijke normen en beleidsplannen, waaronder normen en plannen voor de inrichting van watersystemen zoals peilbesluiten, onderhouds- en beheerplanningen en maaibestekken.

Civielrechtelijk is van belang dat waar beleid wordt vastgesteld, de beleidsvrijheid daarmee wordt ingeperkt. Want, als waterbeheerder moet je je voorheen bestaande beleidsvrije ruimte invullen op de wijze waarop je in het beleid aangeeft dat te zullen gaan doen. Beleid levert dus aanknopingspunten op bij de beoordeling of waterbeheerders tekort zijn geschoten in hun waterbeheertaken. Of scherper gesteld, het helpt de aansprakelijkheid in te kleuren.

Dit geldt overigens niet alleen voor geschreven beleid, zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden³³ in een zaak waarin een waterschap tevergeefs probeerde zich onder verwijzing naar het *Bargerbeek*-arrest op de aan hem toekomende beleidsvrijheid te beroepen. Dat het waterschap had nagelaten schotten uit een duiker te verwijderen bij een naderende regenbui was volgens het hof ongebruikelijk, gelet op de tot dan toe bestaande praktijk. Dit maakte dat het beroep van het waterschap op beleidsvrijheid strandde.

Ook het enkele feit dat je als waterschap wél conform eigen beleid hebt gehandeld is niet allesbepalend, zo ondervond hetzelfde waterschap een maand eerder bij hetzelfde hof.³⁴ Het hof oordeelde:

“Het enkele feit dat het waterschap zich heeft gehouden aan het door hem vastgestelde onderhoudsbeleid betekent niet dat het waterschap niet in haar zorgplicht is tekortgeschoten.”

Het hof pakt in laatstgenoemde kwestie door bij de toetsing van het beleid waarop het waterschap zich beroept. Het hof stelt vast dat het waterschap weliswaar conform onderhoudsbeleid heeft gehandeld, maar dat het alsnog aansprakelijk is aangezien het handelen conform beleid kennelijk niet heeft kunnen voorkomen dat structureel sprake was van peiloverschrijdingen. Een dergelijke actieve toetsing van de deugdelijkheid van gehanteerd beleid door de civiele

rechter zien we ook terug in latere rechtspraak.³⁵ Een soortgelijke insteek zien we verder terug in een zaak waar sprake was van overschrijding van *streefpeilen*. Gelet op de aard daarvan leidt een peiloverschrijding op zichzelf nog niet tot aansprakelijkheid, maar indien dit structureel aan de orde is, is niet langer de burger aan zet om ontoereikend waterbeheer aan te tonen, maar is het aan de waterbeheerder om zich te disculperen.³⁶

Beleid beperkt dus de beleidsvrijheid en een enkel beroep op het naleven van beleid is niet per definitie voldoende om je als waterbeheerder te disculperen van aansprakelijkheid. Vooropstaat echter de vraag of, en zo ja hoe, beleidsvrijheid überhaupt is te rijmen met een zorgplicht. Ook wijziging in dat beleid moet worden geconfronteerd met de zorgplicht én de normen voor regionale wateroverlast³⁷ zoals Hartlief³⁸ naar onze mening overtuigend heeft duidelijk gemaakt:

“bij de toetsing van het overheidsoptreden in het kader van waterbeheer komt aan de factor beleidsvrijheid geen grote betekenis toe gegeven het hoog te waarderen belang van de veiligheid van de bevolking.”

Met Hartlief zijn wij het (ook) eens waar hij concludeert:

“het gaat wel degelijk om een ‘volle’ toetsing op zorgvuldigheid, zij het dat in de betrokken zorgvuldigheidsnorm de specifieke positie van de aangesproken persoon gelet op de bijzondere aard van zijn taak of bevoegdheid kan zijn verwerkt.”

Ook dat past binnen de kaders van de bestendige rechtspraak in waterzaken.³⁹

3.2 *Financiën*

Uit het arrest over de dijkval bij Wilnis⁴⁰, evenals de arresten over de Paalrot in Dordrecht⁴¹ en de Plakokseltakken in de provincie Gelderland⁴² blijkt dat een beroep op beschikbare middelen bepaald niet kansloos is. Vandaag de dag worden er echter strenge eisen gesteld aan de inrichting van een dergelijk beroep op beperkte financiële draagkracht. Het arrest *Reaal/Deventer* is daarvan een sprekend voorbeeld. In dat arrest werd geoordeeld over een beroep van een ge-

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5257 (*X/Waterschap Zuiderzeeland*).

34 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4382 (*Waterschap Zuiderzeeland/X*).

35 Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4081 (*X/Waterschap Roer en Overmaas*).

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8931 (*Waterschap Reest & Wieden/X*).

37 Rb. Gelderland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:186 (*X/Waterschap Rijn en IJssel*).

38 T. Hartlief, ‘Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht: over schuld- en risicoaansprakelijkheid en de bijzondere positie van de overheid. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 17 december 2010, RvdW 2011, 7 (Dijkdoorbraak in Wilnis)’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 229.

39 HR 9 oktober 1981, NJ 981/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waterschap Bargerbeek/Juurlink*).

40 HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente de Ronde Venen Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

41 HR 30 november 2012, NJ 2012/689 (*Paalrot Dordrecht*).

42 HR 12 juli 2013, RvdW 2013/955 (*Plakokseltak*).

meente op (te) beperkte financiële middelen om een gevaarlijke richel langs een fietspad te voorkomen.⁴³ Duidelijk werd dat een abstract verhaal over een gesteld financieel tekort geen zoden aan de dijk zet. Bij een beroep op beperkte financiële middelen is de overheid dus aan zet en krijgt zij te maken met een zware bewijslast om op een voor de rechter inzichtelijke wijze aan te tonen dat en waarom er onvoldoende geld beschikbaar is voor het wegnemen van het gevaar. Het uitwerkingsarrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 2 juni 2015 spreekt in dat verband voor zich.⁴⁴

Voornoemde arresten speelden zich echter af binnen de context van kwalitatieve (opstal)aansprakelijkheid (artikel 6:174 BW), terwijl waterbeheerders, zoals hiervoor al gezegd, veelal ook te maken krijgen met vorderingen die zijn gebaseerd op de (schuld)aansprakelijkheid c.q. schending van de op hen rustende zorgplicht (beide artikel 6:162 BW). Dat daarbij ook de beschikbare mensen en middelen een rol spelen, in die zin dat het aan de waterbeheerders is om aan de hand van het beschikbare budget beleidskeuzes te maken en dat deze meewegen bij de rechterlijke toetsing van het gevoerde waterbeheer, bleek reeds uit het voornoemde *Bargerbeek*-arrest (criteria a en c).

De vraag is of de zwaardere bewijslast die met *Reaal/Deventer* op overheden is komen te rusten, ook gevolgen heeft voor de verweren die een waterbeheerder kan voeren tegen claims die verband houden met ontoereikend waterbeheer uit hoofde van onrechtmatige daad. Wordt een waterbeheerder dus (ook) geconfronteerd met een verzwaarde stelplicht (zoals in *Reaal/Deventer*) zodra hij gemotiveerd stelt dat aan de zorgplicht is voldaan aangezien hij al het mogelijke binnen de grenzen van de beschikbare (financiële) middelen heeft gedaan? En moet de waterbeheerder in dat geval zijn stellingen nader onderbouwen tegen de achtergrond van het totale budget en de gemaakte (beleids)keuzes, een en ander met het uiteindelijke doel om te motiveren waarom sprake is van een risico dat voor rekening van ingelanden zou moeten blijven?⁴⁵ Uit *Reaal/Deventer* mag in onze optiek niet de algemene regel worden afgeleid dat waterbeheerders (ook) in geval van schuldaansprakelijkheid te maken hebben met een verzwaarde motiveringsplicht. Uit het hiervoor besproken arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin het achterliggende beleid nader onder de loep werd genomen, volgt dit evenmin. 's Hofs oordeel in die zaak was immers vooral ingegeven door het feit dat de structurele peiloverschrijding aanwijzing vormde dat het waterbeheer niet deugde. Hetgeen de wederpartij omtrent het (ondeugdlijke) waterbeheer stelde was uiteindelijk doorslaggevend binnen de besproken smalle marges van de beleidsvrijheid en niet zozeer een vooraf op de overheid rustende verzwaarde motiveringsplicht. Zo'n zware motiveringsplicht is wél aan de orde ingeval een waterbeheerder

zich in het kader van opstalaansprakelijkheid verweert met de stelling dat hij over onvoldoende financiële middelen beschikt om gebreken aan een opstal weg te nemen, in een situatie van gevaarstelling.⁴⁶

Dat in geval van schuldaansprakelijkheid op waterbeheerders geen verzwaarde motiveringsplicht rust, vindt naar onze mening steun in het recente arrest *X/Staat*.⁴⁷ Daarin oordeelde de Hoge Raad over (schuld)aansprakelijkheid voor gebrekkig overheidstoezicht. In de conclusie van A-G Hartlief bij dat arrest wordt uiteengezet dat in de literatuur weliswaar wordt bepleit dat er ruimte zou (moeten) zijn om de overheid te belasten met een verzwaarde motiveringsplicht als zij stellingen inneemt waarvan het bewijs zich in haar domein bevindt⁴⁸, maar de A-G meent uiteindelijk dat daarvoor bij toezichtsfalen geen ruimte is. De Hoge Raad heeft, in navolging van de A-G, een dergelijke verzwaarde motiveringsplicht nadrukkelijk niet aangenomen.⁴⁹ Hij oordeelde dat de mate waarin de overheid haar verweer dient te motiveren, afhangt van de omstandigheden van het geval en van hetgeen de benadeelde omtrent het tekortschieten van het toezicht heeft gesteld. Is er echter, zoals in het geval dat het Hof Den Haag⁵⁰ recent moest beoordelen, sprake van een gebrekkige opstal, dan zijn de verdedigingsmarges smal c.q. is de op de bezitter rustende bewijslast groot.

Al met al menen wij dat de stand van de jurisprudentie (nog steeds) is dat het bij de beoordeling van het gevoerde waterbeheer via de band van schuldaansprakelijkheid qua stelplicht en bewijslast eerst en vooral aankomt op hetgeen de eiser stelt en bewijst ten aanzien van eventuele normschendingen door de waterbeheerder. Pas als een eiser daarin slaagt, wordt toegekomen aan eventuele verzwaarde eisen die worden gesteld aan de onderbouwing van het gevoerde verweer, al dan niet gebaseerd op een gesteld tekort aan beschikbare mensen en middelen.

De vraag blijft staan welke betekenis er dan wél toekomt aan de door de Hoge Raad relevant geachte 'middelen' (financiële en andere). Wij sluiten op dat punt aan bij de visie van Bloembergen, Hartlief en Gijsselaar⁵¹, die zeggen dat de financiën die de Hoge Raad bij opstalaansprakelijkheid (artikel 6:174 BW) relevant acht – zoals in de *Bargerbeek*- en ook in de *Wilnis*-zaak – niet gelijk staan aan de kosten die bij de *Kelderluik*-criteria een rol (kunnen) spelen in het kader van de 'bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen'. Bij de toetsing aan de *Kelderluik*-criteria gaat het om de kosten, tijd en inspanningen die het treffen van de noodzakelijk geachte (veiligheids)maatregelen voor de aan-

43 HR 4 april 2014, NJ 2014/368, m.nt. T. Hartlief (*Reaal/Gemeente Deventer*).

44 Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022 (*Reaal/Gemeente Deventer*).

45 Zie ook de rechtspraak na *Reaal/Gemeente Deventer*, waaronder Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4382 en het uitwerkingsarrest van *Reaal/Gemeente Deventer*: Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022 (*Reaal/Gemeente Deventer*).

46 Vergelijk HR 4 april 2014, JA 2014/78, m.nt. F.T. Oldenhuis & J. Veninga (*Reaal/Gemeente Deventer*), waarin wordt betoogd dat gemakzucht van de overheid bij het voeren van verweer wordt afgestraft, nu daarmee de verweerder onvoldoende houvast wordt geboden.

47 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*X/Staat*).

48 I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 202.

49 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*X/Staat*).

50 Hof Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2331 (*X/Gemeente Leiden*).

51 HR 19 november 1999, NJ 2000/234, m.nt. A.R. Bloembergen (*De Haas/Waterschap De Dommel*); T. Hartlief, 'Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht', p. 230; E.C. Gijsselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM/NJCM-bull.* 2016/11.

gesprokene met zich meebrengt (zowel bij schuld aansprakelijkheid als bij opstalaansprakelijkheid). Bij de voor een waterbeheerder relevant geachte (financiële) middelen gaat het echter niet zozeer om de draagkracht c.q. een draagkrachtverweer van het aangesproken overheidslichaam, maar om het kostenplaatje als een meer objectief gegeven, dus los van de (portemonnee van de) waterbeheerder in kwestie. Het gaat dan naar onze mening concreet om de vraag of het van het aangesproken 'soort' overheid redelijkerwijs gevegd kan worden om de noodzakelijk geachte maatregelen te treffen, gelet op de daarmee gepaard gaande kosten, zonder naar de inhoud van de portemonnee van de aangesproken overheid (op dat moment) te kijken. Dat onderscheid leidt ook tot een billijkere uitkomst, aangezien een waterbeheerder met meer vermogen dan niet andere of meer (veiligheids)maatregelen hoeft te treffen dan een waterbeheerder die krapper bij kas zit.⁵²

Dat de Hoge Raad de ter beschikking staande middelen een relevant criterium acht – zowel bij schuld- (*Bargerbeek*) als bij risicoaansprakelijkheid (*Wilnis*) – moet naar onze mening dan ook meer gezien worden als een noodrem tegen te vergaande overheidsaansprakelijkheid op grond van de gedachte dat de waterbeheerder onbeperkte middelen heeft en daarmee wordt geacht alle gevaar te kunnen voorkomen. Dit maakt dat het in concreto ontbreken van voldoende financiële middelen niet snel een reële verweermogelijkheid zal zijn, in die zin dat het waterbeheerders niet snel zal disculperen zodra er eenmaal een normschending is vastgesteld. In het eerdergenoemde uitwerkingsarrest *Reaal/Deventer*⁵³ heeft het pecunia non habet-verweer de gemeente in elk geval niet mogen baten nu het, gelet op de totale begroting van de gemeente, niet duidelijk was waarom die ene gevaarzettende richel niet opgevuld kon worden, zodat het gevaar weggenomen zou worden.

Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is er (ook) reden om te betwijfelen of een verweer gebaseerd op de beschikbaarheid van financiële middelen bij een individueel overheidslichaam stand kan houden. De relevantie van de stelling dat de overheid niet over onbeperkte financiële middelen beschikt, lijkt niet zonder meer in overeenstemming te zijn met het *Osman*-criterium.⁵⁴ De *Osman*-toets is bedoeld om vast te stellen of van een autoriteit, die op de hoogte was van situaties die een reëel en onmiddellijk risico vormen voor specifieke individuen, gevegd kan worden maatregelen te treffen ter afwijking van dat risico. De gelijkenis met gevaarzettende situaties in het waterbeheer is volgens ons niet ver te zoeken. Het is dus nog maar de vraag of er, gelet op de Straatsburgse jurisprudentie, überhaupt ruimte is om enige betekenis toe te kennen aan de vraag of de overheid maatregelen achterwege mag laten omdat zij niet over voldoende financiële middelen zou beschikken. Uit de rechtspraak van het Europese Hof kan dat in elk geval (nog) niet worden afgeleid, zodat het bepaald niet zeker is of het door

de Hoge Raad ten principale relevant geachte criterium van de beschikbaarheid van (financiële) middelen de Straatsburgse toets der kritiek zal kunnen doorstaan.⁵⁵ Dat pleit eens temeer voor een kritische bejegening van deze escape.

3.3 Specifieke (objectieve) normen

Voor waterschappen zijn er normen voor de inrichting en het onderhoud van watersystemen, zoals de ontwaterings-, droogleggings- en afvoernormen die zijn neergelegd in het Cultuur Technisch Vademecum en de reeds besproken (provinciale) overlastnormen, welke zijn gebaseerd op het NBW. Ook voor (gemeentelijke) rioleringen bestaan (ontwerp)normen.⁵⁶ Zo wordt de dimensionering van rioleringen sinds de invoering van de Leidraad Riolerings afgestemd op de daarin genoemde (norm)afvoercapaciteit van een rioolstelsel naar de overstorten.⁵⁷ Dat dergelijke normen een rol spelen bij het beoordelen van (overheids)handelen, als invulling van de relatief open normen van de artikelen 6:162 BW en 6:174 BW, is intussen wel gebleken uit de rechtspraak.⁵⁸ Daaruit blijkt dat deze normen gezien kunnen worden als een reflectie van de stand van de techniek en, hoewel het geen algemeen verbindende voorschriften zijn, als bindend worden aangemerkt en minimumgaranties in het leven roepen c.q. het element onrechtmatigheid 'inkleuren'.

Hoe doorslaggevend dergelijke normen kunnen zijn, wisten we eigenlijk al sinds het *Bargerbeek*-arrest. Daaruit bleek onder andere dat waterbeheerders hun handelen onder meer moeten afstemmen op de wetenschap dat bepaalde gronden door hun ligging kwetsbaar zijn voor wateroverlast (criterium b). En, als het aankomt op opstalaansprakelijkheid (artikel 6:174 BW), zoals bij dijken en rioleringen, weten we sinds het arrest *Wilnis* dat objectieve normen, evenals de stand van de techniek (toentertijd) en de kenbaarheid van eventuele gebreken, bepalend zijn⁵⁹. HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente de Ronde Venen Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

De hiervoor reeds besproken NBW-normen zijn naar hun aard overlastnormen, wat inhoudt dat daarmee de kans wordt uitgedrukt dat het peil van het oppervlaktewater het niveau van het maaiveld overstijgt. De beschermingsnormen variëren, naargelang het te beschermen belang, van een kans van 1/10 jaar bij grasland tot 1/100 jaar voor bebouwd gebied.⁶⁰ Civielrechtelijk gezien, vanuit de zorgplicht van waterbeheerders, is van belang dat het NBW tot

52 T. Hartlief, 'Een dijkdoorbraak in het aansprakelijkheidsrecht', p. 230.

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5057; zie ook HR 4 april 2014, AB 2014/228, m.nt. A.H.J. Hofman (*Reaal/Gemeente Deventer*).

54 EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*).

55 Zie in dit kader verder: E.C. Gijsselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM/NJCM-bull.* 2016/11.

56 Bijvoorbeeld de leidraden van Stichting RIONED.

57 Het gaat in dat geval om een afstemming op een ontwerp bui 08, zijnde een neerslag van 20 mm in 1 uur (110 l/sec/ha) met een herhalingsstijd van 1 x per 2 jaar.

58 Zie voor de NEN-normen: HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), voor de CROW-normen het uitwerkingsarrest na *Reaal/Gemeente Deventer*: Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022 (*Reaal/Gemeente Deventer*) en een recente toepassing van NEN-normen: HR 3 februari 2017, NJF 2017/162.

59 HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente de Ronde Venen Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).

60 Nationaal Bestuursakkoord Water, bijlage 4.

doel heeft om te komen tot een situatie waarin de kans op wateroverlast gereduceerd is tot een maatschappelijk aanvaardbaar niveau.⁶¹ Van een 'harde resultaatsplicht' voor waterschappen zou echter geen sprake zijn, zo blijkt ook uit artikel 21 NBW-actueel, waarin letterlijk staat dat het NBW 'niet afdwingbaar' is.

De rechtspraak (b)lijkt daar tot op heden niet anders over te denken. Het geringe aantal civielrechtelijke uitspraken die ons tot nu toe bekend zijn, waarin de NBW-normen ter discussie stonden, passen wel in de hiervoor geschetste 'zachte lijn'. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2011⁶² als volgt over de aard en strekking van het NBW:

"Weliswaar kunnen dergelijke doelstellingen van belang zijn bij een nadere invulling van de taak van het waterschap, maar zij vormen als zodanig geen maatstaf om de vraag te beantwoorden of het waterschap in zijn taak is tekortgeschoten."

Wij zien redenen om aan te nemen dat op niet al te lange termijn de NBW-soep wel eens heter gegeten kan gaan worden dan hij tot nu toe beleidsmatig is opgediend. In dat kader is allereerst van belang om vast te stellen dat voornoemde uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2011, uit de tijd stamt dat de inrichting en het onderhoud van watersystemen nog niet aan de NBW-normen hoefden te voldoen (vóór 2015).⁶³ Ook in de tekst van het NBW zelf kan aanleiding worden gevonden voor het aannemen van een verdergaande beschermingsverplichting voor waterbeheerders. Zie om te beginnen artikel 1, waar wordt bepaald dat het NBW tot doel heeft het watersysteem per 2015 'op orde te hebben en daarna op orde te houden'. Dat klinkt bepaald niet vrijblijvend, maar eerder als een concrete doelstelling voor waterbeheerders en zo benadert de Rechtbank Gelderland deze normen ook, zo blijkt uit genoemde uitspraak van 18 januari 2017.

Het Handboek Water biedt in dat kader ook interessante gezichtspunten.⁶⁴ Zoals blijkt uit het Nationaal Waterplan 2009-2015 – het Rijksplan voor het nationale waterbeleid – is het door het Ministerie van IenM opgestelde Handboek Water een document 'waarin de rolverdeling en verantwoordelijkheden en de werking van het instrumentarium worden samengevat en toegelicht'.⁶⁵ Kortom, het handboek soldaat voor waterbeheerders, waarin de overheid zelf uitlegt hoe de taak- en risicoverdeling bij waterbeheer is geregeld. Opvallend is dat dit document de (provinciale) overlastnormen zodanig scherp neerzet dat er een risicoverdeling tussen burger en overheid ontstaat:

"De normering bakent de zorgplicht af die het waterschap heeft op het vlak van het voorkomen, of beperken van wateroverlast door inundatie vanuit oppervlaktewater wegens neerslag. Daarmee is er helderheid voor burgers en bedrijven over het restrisico en hun eigen verantwoordelijkheid voor de bescherming van eigen percelen, bouwwerken en roerende zaken."⁶⁶

Afgaande op deze uitleg zouden de NBW-normen dus wél een minimumgarantie behelzen en zijn ze naar hun aard afdwingbaar. Want hoe kan er anders een 'restrisico' bij burgers en bedrijven komen te liggen? Wij menen dat de NBW-normen (uiteindelijk) dus wél rechtstreeks als minimumnormen uitgelegd en toegepast zullen worden. In ieder geval zullen ze functioneren als stand van de techniek of 'Normaal Amsterdams Peil', waar de goed geïnformeerde burger op mag rekenen, één en ander op een soortgelijke wijze als bij de ontwaterings-, droogleggings- en afvoernormen uit het Cultuur Technisch Vademecum is/wordt gedaan en vergelijkbaar met de manier waarop het niet voldoen aan eigen beleid wordt bestraft.⁶⁷

In de hiervoor al besproken uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 18 januari 2017 spelen de regionale wateroverlastnormen inderdaad al een prominentere rol.⁶⁸ Genoemde normen, gebaseerd op het NBW, vullen de zorgvuldigheidsnorm in en worden het waterschap tegengeworpen. Het waterschap wordt aansprakelijk gehouden vanwege het aanpassen van het maaibeeld, zonder vooraf deugdelijk te toetsen wat daarvan de gevolgen zouden kunnen zijn, met wateroverlast en -schade tot gevolg.

Mede vanwege het (meer) dwingende karakter van de NBW-normen willen wij vervolgens stilstaan bij de vraag hoe deze een rol kunnen krijgen binnen het besproken jurisprudentiële kader van stelplicht en bewijslast. In dat kader willen wij twee aspecten belichten.

Allereerst het aspect neerslagintensiteit versus overlastnormen. Bij waterschades die in het pré-NBW-tijdperk zijn ontstaan, werd vaak eerst gekeken naar de totale neerslagsom in een bepaald gebied, over een bepaalde periode c.q. de statistische herhalingstijd van buien.⁶⁹ Deze neerslagsom werd vergeleken met de (norm)afvoercapaciteit van waterstelsels (vaak tussen de 10 en 15 mm/etmaal). Indien de neerslagsom de normafvoer overschreed, dan was dat de opmaat naar een overmachtsverweer van de zijde van de waterbeheerders. Van hen kan nu eenmaal niet gevergd worden dat zij hun watersystemen inrichten op het kunnen verwerken van excessieve neerslag. Dit ligt sinds 2015 in zoverre anders, dat de gebieds(overlast)normen zijn vastgesteld, die eenvoudigweg aangeven wat de maximale frequentie van wateroverlast mag zijn. Die overlastnormen zijn echter niet

61 Handboek Water, Kenniscentrum InfoMil, www.infomil.nl/onderwerpen/klimaat-lucht/handboek-water/ (bezocht op 26 oktober 2017).

62 Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, HD 200.021.212 (niet gepubliceerd).

63 Dat is ons inziens de eenvoudige verklaring voor het feit dat er nog nauwelijks jurisprudentie over deze gebiedsnormen is. Zie H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Wateroverlast en aansprakelijkheid', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht*, mei 2017, nr. 5, p. 235.

64 www.infomil.nl/onderwerpen/lucht-water/handboek-water/ (bezocht op 26 oktober 2017).

65 Nationaal Waterplan 2009-2015, p. 37.

66 www.infomil.nl/onderwerpen/lucht-water/handboek-water/thema's/wateroverlast-0/normen-wateroverlast/ (bezocht op 26 oktober 2017).

67 Vergelijk P. Oskam & J.S. Overes, 'De juridische status en het gebruik van CROW-richtlijnen bij wegbeheerdersaansprakelijkheid', *VR* 2015/60.

68 Rb. Gelderland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:186 (*X/Waterschap Rijn en IJssel*).

69 Zie bijvoorbeeld Zeeland-West-Brabant 9 juli 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6274 (*X/Waterschap Scheldestromen*), Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4382 (*Waterschap Zuiderzeeland/X*).

een-op-een vergelijkbaar met de statistische herhalings-tijd van buien en/of afmetingen van watergangen. Deze normen spelen in dat kader weliswaar een belangrijke rol, maar er zijn meer relevante factoren bij het bepalen van overstromingsfrequenties, zoals de grondwaterstanden ter plaatse. Ons inziens maakt dit het voor eisers in beginsel niet eenvoudiger om aan te tonen dat sprake is van een normschending bij het gevoerde waterbeheer. Wij kunnen ons echter wel iets voorstellen bij de gedachte dat eisers door de rechtspraak tegemoetgekomen zullen worden, in die zin dat in gevallen waarin (bijvoorbeeld) de statistische herhalings-tijd van een bui lager ligt dan de (maximale) overslastfrequentie/-norm er een bewijsvermoeden wordt aangenomen dat er iets 'mis' was met het watersysteem/-beheer. Dat is in onze visie in overeenstemming met de hiervoor besproken beperkte ruimte voor beleidsvrijheid in dit soort zaken.

Verder is relevant dat de geldende gebiedsnorm wordt bepaald aan de hand van het grondgebruik ter plaatse (grasland, akkerbouw, stedelijk gebied etc.). Dat grondgebruik is gebaseerd op het Landelijk Grondgebruikersbestand Nederland (LGN).⁷⁰ Het aan de hand van het LGN vastgestelde grondgebruik zal echter niet in alle gevallen corresponderen met het feitelijke grondgebruik ter plaatse, temeer nu de achterliggende data niet dagelijks, maar hooguit periodiek en soms zelf pas na enkele jaren worden geactualiseerd. Dit maakt dat het feitelijk grondgebruik ter plaatse kan afwijken van het grondgebruik waarop de ter plaatse geldende overlastnorm is gebaseerd.⁷¹

De vraag wie er verantwoordelijk is voor dergelijke afwijkingen is bepaald niet eenvoudig te beantwoorden. Het komt ons voor dat bij een dwingend NBW-kader, in de zin van een beschermingssysteem waarbij de burger weet waar hij aan toe is, het ook zo hoort te zijn dat zijn overheid weet waar hij aan toe is. Dat betekent dat (tussentijds) gewijzigd grondgebruik in onze optiek zou moeten worden gemeld aan de waterschappen. Waterschappen zouden er goed aan doen dit punt van tussentijdse wijzigingen serieus te nemen en daarop een meldingssysteem te ontwikkelen. De noodzaak daarvan volgt uit de besproken jurisprudentie, te weten de vraag of het waterschap wist of behoorde te weten dat bepaalde gebieden kwetsbaar waren⁷² in het licht van bekend veronderstelde kennis en wetenschap.⁷³

4. Afsluitende opmerkingen

In dit artikel hebben we een overzicht willen geven van het juridisch kader en de relevante (jurisprudentiële) ontwikkelingen op het gebied van aansprakelijkheid voor waterschade. Dit enerzijds omdat de klimaatveranderingen beleidsprocessen in gang hebben gezet die een relevant

normenkader zijn gaan vormen voor de inkleuring van het begrip 'goed waterbeheer'. Anderzijds omdat dezelfde klimaatveranderingen het aantal civiele waterzaken doet toenemen.

De documentaire 'Achter de dijken' van KRO-NCRV van 8 september 2017 op NPO, 2 maakte duidelijk dat de omgang met het water en het besef van kwetsbaarheid de Nederlander vooral nuchter en pragmatisch heeft gemaakt. Onze oproep is om deze insteek ook (meer) te kiezen in dit deel van het aansprakelijkheidsrecht. Dit door te accepteren dat een waterschap beperkte financiële middelen heeft en (beleids)keuzes moet maken, maar tegelijkertijd de beoordelingsmarges niet te ruim te laten zijn. Binnen dit spanningsveld is het in ieder geval ten principale van belang om het onderscheid te blijven maken tussen risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid.

Bij opstalaansprakelijkheid zal de overheid na *Reaal/Deventer* dan ook niet snel aan haar ruime risicoaansprakelijkheid ontkomen met een beroep op het ontbreken van financiële draagkracht of beleidsvrijheid. Schuldaansprakelijkheid, zo leert het arrest *X/Staat* van 2 juni 2017, geeft meer ruimte voor dergelijke verweren. Ook als de overheid is betrokken, geldt op basis van de normale regels van stelplicht en bewijslast conform artikel 150 Rv, dat onrechtmatig handelen of nalaten 'gewoon' bewezen moet worden. Dat betekent dat in die waterzaken schending van de zorgplicht minst genomen aannemelijk moet worden gemaakt. Anderzijds moet het daar ook niet zo zijn dat de burger wordt gevangen in een net van technisch en feitelijk geweld. De waarheids- en informatieplicht van de artikelen 21 en 22 Rv gelden immers zeker ook voor de overheid als civiele partij.

70 LGN is een rasterbestand met een resolutie van 25 x 25 meter. Dit bestand wordt sinds eind jaren '80 door Wageningen Environmental Research (Alterra) gemaakt.

71 De eerstvolgende update in het kader van de NBW normen staat gepland voor 2018.

72 Vergelijk criterium b uit het *Bargerbeek*-arrest.

73 HR 17 december 2010, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente de Ronde Venen Tussenboezemkade Ringvaart Wilnis*).