

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/323424721>

De juridische status van waterveiligheidsnormen onder de Omgevingswet -- Een inventarisatie van voor- en nadelen van ee....

Technical Report · February 2018

CITATIONS

0

READS

2

4 authors, including:



[Willemijn van Doorn-Hoekveld](#)

Utrecht University

16 PUBLICATIONS 86 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



[H.K. Gilissen](#)

Utrecht University

24 PUBLICATIONS 110 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



[H.F.M.W. Van Rijswijk](#)

Utrecht University

311 PUBLICATIONS 804 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



All-Risk Project (NWO-domein TTW) [View project](#)



Governance of adaptation to climate change [View project](#)



Utrecht Centre for Water,
Oceans and Sustainability Law

Advies

DE JURIDISCHE STATUS VAN WATERVEILIGHEIDSNORMEN ONDER DE OMGEVINGSWET

*EEN INVENTARISATIE VAN VOOR- EN NADELEN VAN EEN KWALIFICATIE ALS
RESULTAATS- OF INSPANNINGSVERPLICHTING*

Onderzoek op verzoek van de Unie van Waterschappen

Contactpersoon: Judith van den Bos-Scholtes

jbos@uvw.nl

Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law
Universiteit Utrecht

mr.dr. W.J. van Doorn-Hoekveld

mr.dr. H.K. Gilissen

mr.dr. F.A.G. Groothuijse

Prof.mr. H.F.M.W. van Rijswick

H.vanRijswick@uu.nl

1 februari 2018

Dit onderzoek maakt deel uit van het NWO- Perspectief-onderzoeksprogramma 'All-Risk'
dossiernummer P15-21

Ter beschikking gestelde documenten

Wij baseren dit advies mede op de volgende documenten die ons ter beschikking zijn gesteld door de opdrachtgever:

- CPB Memorandum, *'Een algemeen toepasbare definitie voor de toetsnorm voor waterveiligheid'*, 11 maart 2009, verbeterd 3 januari 2011;
- Unie van Waterschappen, *Unierichtlijn Legger Waterkeringen*, 22 maart 2013
- Directeurenoverleg Kennis en Instrumentarium (t.b.v. implementatie overstromingskans), 19 mei 2015;
- Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Memo: *Omzetting waterveiligheidsnormen van Wtw naar Ow*, 28 november 2017; en
- Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (Danny van Twist), Memo: *Analyse juridische consequenties kwalificatie omgevingswaarden waterveiligheid*, 5 december 2017.

1. Adviesvraag

De Unie van Waterschappen vraagt advies over de juridische betekenis van waterveiligheidsnormen, waaronder de betekenis van de kwalificatie als resultaats- of inspanningsverplichting, met eventuele uitzonderingen, onder het regime van de Omgevingswet en de daarmee samenhangende aansprakelijkheid, mocht niet op tijd aan de normen worden voldaan. In het advies dient aandacht te worden besteed aan de voor- en nadelen van de kwalificatie als inspannings- of resultaatsverplichting, waarbij eveneens aandacht geschonken dient te worden aan mogelijke uitzonderingen of extra voorwaarden die bij resultaats- of inspanningsverplichting kunnen worden gesteld. In het advies wordt gevraagd naar het oordeel van de onderzoekers over de meest wenselijke variant.

Onderdelen die in het advies tevens aan de orde dienen te komen, zijn:

- Het uitgangspunt bij de omzetting naar de Omgevingswetgeving is dat deze zoveel mogelijk beleidsneutraal is. Wat is de invulling van de verplichting onder de Waterwet?
- Gesteld wordt door I&W dat het hier uitsluitend gaat om afspraken tussen overheden onderling. De vraag rijst of dit daadwerkelijk het geval is en of niet ook beargumenteerd kan worden dat de normering ook van belang is in de relatie tot de burger. Wat zijn de mogelijke gevolgen van de keuze voor een inspannings- of resultaatsverplichting als het gaat om een verplichting (en eventuele aansprakelijkheid) jegens de burger in het geval niet of niet op tijd aan de normen wordt voldaan?
- Betrek in het advies ook de rechtszaken inzake Urgenda en Wilnis als het gaat om de consequenties die een rechter kan verbinden aan een bestuurlijke keuze inzake het beheer. Besteed daarbij aandacht aan afrekenbaarheid, aansprakelijkheid en de verzekeraarbaarheid.
- Betrek in het advies de vraag of het logisch is om de verplichting te koppelen aan de omgevingswaarde, of kan de verplichting ook worden gekoppeld aan de andere parameter? En waarom wel/waarom niet? Wat is de juridische status van de 'andere parameter/de signaleringswaarde': een inspanningsverplichting?

2. Inleiding

In dit advies richten wij ons op de juridische consequenties van de eventuele aanwijzing van de ondergrenzen ex artikel 2.2, tweede lid Waterwet en de signaleringswaarden ex artikel 2.2, eerste lid Waterwet als omgevingswaarden in het systeem van de Omgevingswet (hierna: Ow).¹ Indien de normen worden vastgesteld als omgevingswaarden, dienen deze vervolgens te worden aangemerkt als resultaats-, inspannings-, of andere verplichting.

In paragraaf 3 gaan wij in op het concept 'omgevingswaarden' in de Omgevingswet in relatie tot de te onderscheiden onderdelen van de normeringssystematiek rondom de waterveiligheid. Vervolgens beschouwen wij in paragraaf 4 hoe de ondergrenzen en signaleringswaarden in de Waterwet kunnen worden aangemerkt (als resultaats- of inspanningsverplichtingen). Hierna volgt paragraaf 5 waarin,

¹ Art. 2.15, eerste lid, sub d Ow vormt de grondslag voor het vaststellen van normen voor de waterveiligheid, althans wat betreft de primaire waterkeringen. Deze zullen hun plaats krijgen in het Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: Bkl). Het daartoe gereserveerde artikel in het Bkl (artikel 2.1) is tijdens het schrijven van dit advies nog 'leeg'.

wij bespreken hoe de ondergrenzen en signaleringswaarden in de Omgevingswet zouden kunnen worden gekwalificeerd, gelet op de wenselijkheid vanuit het oogpunt van wetsystematiek en rechtszekerheid ten aanzien van de verplichtingen van de beheerder. Paragraaf 6 beschrijft de juridische consequenties van de kwalificatie van de waterveiligheidsnormen als resultaatsverplichting en wij sluiten af met enkele conclusies in paragraaf 7.

3. Omgevingswaarden in de Omgevingswet

De adviesvraag spitst zich toe op de ondergrenzen, maar aangezien dit slechts een van de drie onderdelen van de nieuwe systematiek van veiligheidsnormering in de Waterwet is, dient ons inziens ook aandacht te worden besteed aan de andere twee onderdelen, het basisbeschermingsniveau en de signaleringswaarden.

Om te kunnen bepalen of (een van) deze drie onderdelen als omgevingswaarde(n) zou(den) kunnen worden aangemerkt, is het van belang te definiëren wat met omgevingswaarden in de Omgevingswet bedoeld wordt. Deze definitie is terug te vinden in de Memorie van Toelichting op de Omgevingswet:

“Omgevingswaarden zijn normen die de gewenste staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving of een onderdeel daarvan als beleidsdoel vastleggen. De omgevingswaarden worden uitgedrukt in meetbare of berekenbare eenheden of anderszins in objectieve termen.”²

Over de betekenis van omgevingswaarden zegt de MvT het volgende:

“Zij bieden duidelijkheid over de staat of kwaliteit die onderdelen van de fysieke leefomgeving op enig moment moeten hebben, of die moeten worden behouden of moeten worden nagestreefd. *Zij gelden als een juridisch bindend kwalitatief beleidsdoel voor de overheid die de omgevingswaarde heeft vastgesteld [cursief UU]*, dat met de inzet of aanwending van de bevoegdheden die aan dat bestuur zijn toegeedeeld moet worden gehaald of nagestreefd.”³

Aan de nieuwe normeringssystematiek ligt een *risicobenadering* ten grondslag. Het maximaal toelaatbare risico is uitgedrukt als een minimumbeschermingsniveau, ook wel aangeduid als het *basisbeschermingsniveau*.⁴ Dit basisbeschermingsniveau is ontegenzeggelijk een beleidsdoelstelling, maar leent zich desondanks niet goed voor aanmerking als omgevingswaarde, omdat het te weinig concreet en niet locatiespecifiek is. Het zou daarentegen wel als ‘andere beleidsdoelstelling’ kunnen worden aangemerkt. Duidelijk moge zijn dat de waterveiligheidsnormen (waarmee de overstromingskans wordt uitgedrukt) dienstbaar zijn aan het bereiken van het basisbeschermingsniveau als meer abstract en niet gebiedspecifiek geformuleerde overkoepelende waarde.

Om te garanderen dat de feitelijke overstromingskans de ondergrens niet overschrijdt en er tijdig versterkingsmaatregelen (kunnen) worden voorbereid en getroffen, zijn *signaleringswaarden*

² MvT bij de Omgevingswet, *Kamerstukken II*, 2013-2014, nr. 33962, nr. 3, p. 95.

³ *Ibid.* p. 96.

⁴ Zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswijk, ‘De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter’, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017/142.

vastgesteld.⁵ Ook deze signaleringswaarden vallen in onze ogen niet aan te merken als omgevingswaarden. Het zijn immers op zichzelf geen beleidsdoelstellingen, maar eerder ‘andere parameters’ voor de staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving, die door monitoring worden bewaakt. Dit is van belang omdat overschrijding van deze ‘andere parameter’ aangeeft dat er actie moet worden ondernomen om te voldoen aan de uiteindelijke beleidsdoelstelling (het niet overschrijden van de ondergrens), ook al zijn er geen verplichtingen aan ‘andere parameters’ gekoppeld in de Ow, buiten de monitoring ervan.

De minimale sterkte van primaire waterkeringen wordt uitgedrukt in *overstromingskansnormen*. Deze normen worden aangeduid als ‘ondergrenzen’. Deze ondergrenzen kunnen wel worden beschouwd als een omgevingswaarden. Een ondergrens is immers een beleidsdoelstelling die *objectief en meetbaar* is, toegespitst op een *concrete locatie*, en waaraan een *termijn* kan worden gekoppeld.

4. Kwalificatie van de waterveiligheidsnormen in de Waterwet

Aangezien het uitgangspunt van de Omgevingswet is om het geldende recht beleidsneutraal om te zetten, is ons de vraag gesteld hoe de waterveiligheidsnormen, zoals opgenomen in de Waterwet, gekwalificeerd moeten worden. Anders dan de Waterwet bepaalt artikel 2.10, eerste lid Ow dat omgevingswaarden moeten worden aangemerkt als resultaats- inspannings- of andere verplichtingen.

In de MvT wordt dit als volgt toegelicht:

“Dit kan een resultaatsverplichting zijn om een in de omgevingswaarde aangegeven maximale of minimale waarde niet te overschrijden (vroeger: grenswaarde), al dan niet met geclausuleerde afwijkingmogelijkheid. Daarnaast kan een omgevingswaarde een inspanningsverplichting inhouden om een bepaalde waarde te bewerkstelligen, of een andere aan te geven realisatieverplichting. Bij deze juridische kwalificatie van de omgevingswaarde kan in zijn algemeenheid worden aangegeven wat de mogelijkheden tot afweging (zowel in zichzelf als ten opzichte van andere waarden) zijn en wat de mogelijkheden zijn voor afwijking of uitstel (bijvoorbeeld in het kader van Europeesrechtelijke derogatie).”⁶

Deze omschrijving kan worden aangevuld met enkele andere kenmerken van het onderscheid tussen beide verplichtingen zoals die uit de literatuur en jurisprudentie zijn af te leiden. Een van deze kenmerken is dat de uitzonderingen bij resultaatsverplichtingen limitatief bij wet geregeld zijn en bij inspanningsverplichtingen deel uitmaken van de beleidsvrijheid van het bevoegde bestuursorgaan. Wanneer niet aan het voorgeschreven resultaat wordt voldaan, ontbreekt onrechtmatigheid slechts voor zover diegene tot wie de omgevingswaarde zich richt zich kan beroepen op een van de wettelijke uitzonderingen. Bij een inspanningsverplichting dient diegene tot wie de omgevingswaarde zich richt te motiveren waarom niet aan het beoogde resultaat kon worden voldaan. Daarbij bestaat meer ruimte om uiteenlopende argumenten aan te voeren.⁷

⁵ Ibid.

⁶ MvT bij de Omgevingswet, *Kamerstukken II*, 2013-2014, nr. 33962, nr. 3, p. 406.

⁷ J.J.H. van Kempen, 2012, ‘Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive’, *Journal of Environmental Law* 24(3), pp. 499-533; HvJ 1 juli 2015, C-461/13 (Wezer-arrest).

Een voorbeeld van een resultaatsverplichting zijn de waterkwaliteitsnormen in de zin van art. 4 Kaderrichtlijn water (hierna: Krw). Deze normen hadden lidstaten uiterlijk in december 2009 moeten bereiken, tenzij zij zich met recht konden beroepen op een van de limitatieve uitzonderingsgronden van de Krw (fasering, doelverlaging, overmacht en nieuwe ontwikkelingen van groot openbaar belang).⁸ Een voorbeeld van een inspanningsverplichting is de verplichting van lidstaten om de kwaliteit van oppervlakte- en grondwater dat wordt gebruikt voor de bereiding van voor menselijke consumptie bestemd water te beschermen en achteruitgang daarvan te voorkomen, teneinde het zuiveringsniveau dat voor de productie van drinkwater is vereist, te verlagen.⁹ Andere voorbeelden van inspanningsverplichtingen zijn de plicht van de beheerder om het in een peilbesluit aangegeven waterpeil zoveel mogelijk te handhaven¹⁰ en de zorgplicht van de gemeente voor afvloeiend hemelwater.¹¹

Omdat de Waterwet geen kwalificatie als resultaats- of inspanningsverplichting vereist is het lastig om te beoordelen of de ondergrenzen, zoals die nu in de Waterwet zijn opgenomen, dienen te worden aangemerkt als resultaats- of als inspanningsverplichting.¹² Bezieet men de wettekst in de Waterwet, dan neigt de formulering naar een resultaatsverplichting:

“De ondergrens is voor:

- a. een dijktraject als bedoeld in het eerste lid, tweede zin, onderdeel a, de overstromingskans per jaar waarop het dijktraject ten minste berekend moet zijn;
- b. een dijktraject, genoemd in het eerste lid, tweede zin, onderdeel b, de faalkans per jaar waarop het dijktraject ten minste berekend moet zijn;
- c. dijktraject 16-5, vermeld in bijlage I, indien dit hydraulische belasting ondervindt door het overstromen van het door een voorliggend dijktraject beschermde gebied, de overstromingskans waarop het dijktraject dan ten minste berekend moet zijn.”¹³

en:

“De beheerder neemt, met inachtneming van de bij of krachtens hoofdstuk 2 gestelde regels, ten aanzien van de waterstaatswerken onder zijn beheer de nodige maatregelen voor het veilig en doelmatig gebruik daarvan, overeenkomstig de krachtens hoofdstuk 4 aan die waterstaatswerken toegekende functies.”¹⁴

Echter, door het ontbreken van een van een wettelijke termijn waarbinnen het resultaat bereikt zou moeten worden (de termijn 2050 komt overigens wel voor in de Memorie van Toelichting) en het

⁸ Zie art. 4 lid 4 t/ 7 Krw en art. 2 lid 1 Bkmw 2009.

⁹ Zie art. 7 lid 3 Krw en art. 12 Bkmw 2009.

¹⁰ Zie art. 5.2 Wtw.

¹¹ Zie art. 3.5 Wtw.

¹² H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, W.J. van Doorn-Hoekveld en H.F.M.W. van Rijswijk, ‘De nieuwe veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter’, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017/142; D. van Twist, ‘Een goed begin is het halve werk: omzetting van het wetsvoorstel primaire waterkeringen naar het stelsel van de Omgevingswet’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2016/5, p. 150.

¹³ Artikel 2.2, tweede lid Waterwet.

¹⁴ Artikel 5.3 Waterwet.

ontbreken van wettelijke uitzonderingsgronden maakt dat de bedoeling van de wetgever waarschijnlijk is geweest dit een (zware) inspanningsverplichting te laten zijn. Door de introductie van de signaleringswaarde, waardoor een verplichting tot handelen ontstaat bij overschrijding van de signaleringswaarde, wordt aan het behalen van de ondergrens meer gewicht toegekend. Met name het ontbreken van wettelijke uitzonderingen waar een waterbeheerder beroep op zou kunnen doen, waardoor de afweging en prioritering gelegen zijn in zijn beleidsvrijheid maakt dat wij deze normen kwalificeren als zware inspanningsverplichting.¹⁵

De kwalificatie van de normen in de Waterwet, zegt echter nog niets over hoe deze in de Ow zouden moeten worden vastgelegd en gekwalificeerd.

5. Kwalificatie van de ondergrenzen in de Omgevingswet

Omdat het onderscheid tussen een resultaats- of inspanningsverplichting alleen relevant is voor omgevingswaarden, beperken wij ons in deze paragraaf tot de ondergrenzen. In de Nota van Toelichting bij het Bkl wordt over het verschil tussen resultaatsverplichting en inspanningsverplichting het volgende vermeld:

“Omgevingswaarden die als resultaatsverplichting zijn vormgegeven moeten binnen een bepaalde termijn worden bereikt en mogen wanneer ze eenmaal zijn bereikt, niet meer worden overschreden. Aan omgevingswaarden die als inspanningsverplichtingen zijn vormgegeven moeten voor zover mogelijk voldaan worden en overschrijdingen moeten zoveel mogelijk voorkomen worden. Voor een aantal inspanningsverplichtingen is een termijn gesteld. Die termijn vormt in die gevallen dan het richtpunt voor het voldoen aan deze omgevingswaarden. Resultaatsverplichtingen hebben dus een meer verplichtend karakter. Bij een inspanningsverplichting wordt doorgaans in politiek-bestuurlijke zin minder hard afgerekend op het al of niet behalen van de waarde. Het ontslaat een bestuursorgaan echter niet van de plicht om te werken aan de realisatie en de maatschappelijke verantwoording ervan.”¹⁶

Hoewel wij de huidige op grond van de Waterwet vastgestelde ondergrenzen zouden kwalificeren als een verzwaarde inspanningsverlichting, verdient het aanmerken van de ondergrenzen als resultaatsverplichtingen met duidelijk en scherp omschreven uitzonderingen de voorkeur boven inspanningsverplichtingen. Het voordeel van een resultaatsverplichting met wettelijke uitzonderingen is dat vooraf duidelijk is welk resultaat moet worden gehaald, in welke uitzonderingsgevallen dat resultaat niet hoeft te worden gehaald en waarom dat resultaat niet wordt of kan worden gehaald. Deze benadering dient de rechtszekerheid en geeft burgers en overheden (waaronder de waterbeheerder zelf) duidelijkheid over de reikwijdte van de waterveiligheidsstaak.

Wanneer de ondergrenzen als inspanningsverplichting worden aangemerkt ontbreekt die rechtszekerheid vooraf en zal achteraf (door de rechter of het Rijk) pas kunnen worden vastgesteld of de beheerder zich voldoende heeft ingespannen. Dat zien wij als een belangrijk nadeel.

¹⁵ H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, W.J. van Doorn-Hoekveld en H.F.M.W. van Rijswijk, ‘De nieuwe veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter’, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017/142.

¹⁶ NvT bij Bkl, juni 2017, p. 78.

Het voordeel van rechtszekerheid die een resultaatsverplichting vooraf biedt, kan echter teniet worden gedaan als de wettelijke uitzonderingen op de resultaatverplichtingen (te) ruim of (te) vaag worden omschreven, aangezien in dat geval achteraf (door de rechter of het Rijk als toezichthouder) moet worden vastgesteld of al dan niet terecht een beroep kon worden gedaan op een uitzonderingsgrond. Zijn de uitzonderingen te ruim of te vaag geformuleerd, dan wordt er met een resultaatsverplichting schijnrechtszekerheid gecreëerd.

Ons inziens is, in geval gekozen wordt de ondergrenzen aan te merken als resultaatsverplichting, van cruciaal belang hoe de uitzonderingen omschreven zijn. In algemene zin zou kunnen worden aangesloten bij de uitzonderingsmogelijkheden die de Krw in art. 4 noemt: termijnverlenging (niet 2050, maar een later moment), doelverlaging, overmacht en innovatieve of duurzame projecten van groot openbaar belang (zoals een keuze voor meerlaagse veiligheid of ruimte voor de rivier i.p.v. traditionele dijkversterking).

Ook de wetsystematiek pleit ons inziens meer in de richting van een resultaatsverplichting, omdat het karakter van de ondergrenzen een meer verplichtend karakter dan slechts de verplichting om een inspanning te leveren om aan ondergrenzen te voldoen. Juist door de introductie van de signaleringswaarde, waarbij geldt dat een overschrijding daarvan leidt of zou moeten leiden tot actie om te voorkomen dat de ondergrens ook wordt overschreden, geeft aan dat het resultaat van het voldoen aan die ondergrens veel belang toekomt.

Bovenstaande lijkt overeen te komen met de voorgestelde vormgeving van de ondergrens als omgevingswaarde en als resultaatsverplichting door het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.¹⁷ Hierbij is van belang dat volgens deze NvT een termijn wordt gekoppeld aan alle resultaatsverplichtingen en eventueel aan enkele inspanningsverplichtingen. Dit zou voor de ondergrens betekenen dat hiervoor een termijn kan worden gesteld van – zoals voorgesteld door het Ministerie – uiterlijk 2050.

Overigens biedt de opname van de ondergrenzen met de uitzonderingen in het Bkl de nodige flexibiliteit, omdat – naast een beroep de uitzonderingsgronden - de ondergrenzen ook zelf kunnen worden aangepast. Indien een maatschappelijke kosten-batenanalyse bijvoorbeeld uitwijst dat een ondergrens te streng (en te kostbaar) blijkt, kan deze door wijziging van het Bkl worden versoepeld, eventueel door toepassing van een slimme combinatie. In theorie is het zelfs mogelijk om de kwalificatie van de ondergrenzen in de Bkl te wijzigen van resultaatsverplichting in een inspanningsverplichting.

6. Juridische consequenties van de kwalificatie als resultaatsverplichting

6.1 Systemverantwoordelijkheid Rijk

Met betrekking tot de juridische consequenties van de kwalificatie als resultaatsverplichting wijzen wij op artikel 2.15, eerste lid onder d, Ow, waarin staat waar het Rijk omgevingswaarden voor dient vast te stellen:

¹⁷ Zie bijlage 1 bij de memo van de Bestuurskern van Dir. Algemeen Waterbeleid en Veiligheid van het Ministerie van I&W van 28 november 2017, waarin een voorschot wordt genomen op een aantal uitzonderingen.

“de veiligheid van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen primaire waterkeringen, voor elk bij de maatregel aangewezen dijktraject,”

De MvT bepaalt dat de omgevingswaarden [...] gelden als een juridisch bindend kwalitatief beleidsdoel voor de overheid die de omgevingswaarde heeft vastgesteld.¹⁸

Aangezien de omgevingswaarden inhoudende de ondergrenzen worden vastgesteld bij AMvB, betekent dit dat de omgevingswaarden een verplichting inhouden voor het Rijk. Dit betekent niet automatisch dat de keringen door het Rijk onderhouden en versterkt moeten worden, maar wel dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid bij het Rijk ligt, wat ook past bij het feit dat het Rijk systeemverantwoordelijke is. De Omgevingswet kent voldoende instrumenten om de uitvoering van deze verplichting bij andere bestuursorganen neer te leggen, zoals artikel 3.10 Ow (programmaplicht bij (dreigende) overschrijding omgevingswaarde neer te leggen bij het meest passende bestuursorgaan). Desondanks kan vaststelling van de ondergrenzen als omgevingswaarden door het Rijk beschouwd worden als een stimulans voor het ook op lange termijn beschikbaar houden van bijvoorbeeld financiering via het Deltafonds en het Hoogwaterbeschermingsprogramma. Bij mogelijke belemmeringen in de besluitvorming dient/kan het Rijk van zijn sturings- en toezichtsbevoegdheden gebruik (te) maken.

Om de omgevingswaarden ook verbindend te laten zijn voor de lagere overheden/waterbeheerders dient in deze doorwerking juridisch te worden voorzien. Dat kan door een taaktoedeling in de Omgevingswet en door in de betreffende AMvB (Bkl) op te nemen dat lagere overheden de omgevingswaarden in acht dienen te nemen (bij een kwalificatie als resultaatsverplichting) of er rekening mee dienen te houden (bij een kwalificatie als inspanningsverplichting) bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden.

6.2 Consequenties signaleringswaarde

In het geval de signaleringswaarde als ‘andere parameter’ wordt aangemerkt, vervalt het vereiste uit de Waterwet dat een overschrijding van deze norm gemeld moet worden aan de Minister. Dit is onwenselijk vanuit de gedachte van de nieuwe systematiek, omdat de signaleringswaarde daarmee slechts een symbolische rol rest en er problemen kunnen ontstaan bij de toekenning van financiering vanuit bijvoorbeeld het HWBP, terwijl de signaleringswaarden juist een belangrijke functie hebben binnen het nieuwe systeem van veiligheidsnormering. Daarom is het belangrijk dat er een fictie wordt geconstrueerd dat overschrijding van de signaleringswaarde automatisch leidt tot een dreigende overschrijding van de omgevingswaarde, zodat voor de beheerder een programmaplicht ontstaat. Om de systematiek beleidsneutraal om te zetten, dient deze stap ons inziens ingebouwd te worden in de Omgevingswet. Denkbaar is eveneens dat de huidige systematiek wordt opgenomen in de Omgevingswet, zonder dat er een programmaplicht *in de zin van de Omgevingswet* ontstaat. Daarbij kan worden gedacht een ‘bijzondere waarde in verband het overstromingsrisicobeheer’. Dit zou overeenkomen met het voorstel van het Ministerie, waarbij de programmaplicht, die gekoppeld zou worden aan de overschrijding van de signaleringswaarde, vormvrij wordt gehouden. Wij zouden opteren voor de verplichting een paragraaf toe te voegen aan het reeds verplichte beheerprogramma. In deze paragraaf verantwoordt de beheerder zijn handelen na het overschrijden van de signaleringswaarde. Dit komt de zorgvuldigheid, open(baar)heid en motivering van de

¹⁸ MvT bij de Omgevingswet, *Kamerstukken II*, 2013-2014, nr. 33962, nr. 3, p. 96.

belangenafweging van beslissingen ten goede. Ons inziens levert dit geen extra administratieve lasten op, omdat de waterbeheerder tevens een meldplicht heeft aan de Minister bij het overschrijden van de signaleringswaarde. De motivering voor het handelen na overschrijding van de signaleringswaarde (ook in geval dit tot niet handelen leidt) kan van belang zijn in geval van een aansprakelijkheidsstelling (zie meer in paragraaf 6.3), omdat daarmee helderheid wordt verschaft over hoe wordt omgegaan met de versterkingsopgave.

6.3 Aansprakelijkheid

De juridische consequenties van het aanmerken van de ondergrenzen als resultaatsverplichting zien met name op de (angst voor) aansprakelijkheid, in het geval niet aan de norm (ondergrens) wordt voldaan binnen de daarvoor gestelde termijn.

Nu lijkt ons dat deze situatie voorkomen zou moeten kunnen worden met de nieuwe systematiek van signaleringswaarden, aangezien bij een overschrijding daarvan genoeg tijd zou moeten zijn om de waterkering dusdanig te versterken dat deze niet tevens de ondergrens zou overschrijden. In het geval dit toch gebeurt én een burger een civiele procedure zou starten, moet er onderscheid worden gemaakt naar drie civielrechtelijke aansprakelijkheidsacties:

1. de onrechtmatige daadsactie (6:162 BW),
2. de opstalaansprakelijkheid (6:174, Wilnis) en
3. de gebodsactie (3:296, Urgenda).

Bij zowel de onrechtmatige daadsactie (1), als bij de opstalaansprakelijkheid (2) is het van belang dat er schade moet zijn opgetreden. Hierbij geldt dat bij (1), de bewijslast bij de eiser ligt, waarbij het lastig zal zijn om aan te tonen dat er sprake is van het overschrijden van de ondergrens. In geval van opstalaansprakelijkheid (2) ligt de bewijslast bij de beheerder om aan te tonen dat de falende waterkering wel voldeed aan de ondergrens.¹⁹ Bij deze technische exercitie is het onderscheid tussen resultaats- of inspanningsverplichting nog niet van belang. Echter, als eenmaal wordt geconstateerd dat er sprake is van onrechtmatigheid (er wordt niet voldaan aan de norm), dan maakt het feit dat de ondergrens als resultaatsverplichting is aangemerkt een beroep op een rechtvaardigingsgrond wel minder eenvoudig, aangezien de beheerder zich niet alleen moet inspannen om aan de norm te voldoen, maar daartoe ook wettelijk verplicht is en de beheerder dus minder beleidsvrijheid heeft om andere zaken prioriteit te geven dan hij in het kader van een inspanningsverplichting heeft. Daar staat tegenover dat in het geval van een resultaatsverplichting uitzonderingen kunnen worden opgenomen in het Bkl zelf, waardoor een gerechtvaardigd beroep op een uitzondering maakt dat er een rechtvaardiging voor de onrechtmatige situatie wordt aangenomen en er dus naar alle waarschijnlijkheid geen aansprakelijkheid wordt gevestigd. In tegenstelling tot de inspanningsverplichting, waarbij de beheerder over beleidsvrijheid beschikt om te prioriteren, zit de beleidsvrijheid bij de resultaatsverplichting bij het invoeren en invullen van een van de

¹⁹ Bij opstalaansprakelijkheid gaat het in eerste instantie niet over de vraag of voldaan is aan de ondergrens, maar of de opstal (de waterkering) opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (m.a.w. dat hij gebrekkig is). In geval van falen is dat duidelijk niet het geval, maar dan zal het feit dat de kering voldeed aan de ondergrens wel een indicatie zijn dat het gebrek wellicht objectief onbekend (gelet op de toenmalige stand der techniek en wetenschap) was op het moment van falen. Zie: HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:6236 (Wilnis).

uitzonderingen. Hierbij is van cruciaal belang dat de uitzonderingen goed worden omschreven en opgenomen in het Bkl.

De derde civielrechtelijke actie onderscheidt zich van de hierboven genoemde twee vanwege het feit dat hiervoor geen schade hoeft te zijn opgetreden. Het betreft een preventieve actie, om te voorkomen dat onrechtmatig zal worden gehandeld.²⁰ Het (dreigende) optreden van schade is hierbij geen zelfstandig vereiste. Indien de rechter constateert dat de ondergrens zal kunnen worden overschreden kan hij het overheidsorgaan (dit kan zowel de amvb-wetgever als de keringsbeheerder zijn, afhankelijk van de vraag hoe de omgevingswaarden hun doorwerking zullen krijgen) sommeren om actie te ondernemen.²¹ Hierbij is het echter zeer onaannemelijk dat dit leidt tot iets anders dan hetgeen de waterbeheerder reeds op basis van het overschrijden van de signaleringswaarde zou moeten doen, namelijk een plan maken om het betreffende dijktraject te versterken.

In het kader van aansprakelijkheid moet een onderscheid gemaakt worden tussen verschillende typen schade, namelijk fysieke schade als gevolg van een overstroming, maar ook ‘theoretische’ schade, zoals mogelijke waardedaling van onroerend goed en emotionele schade, zoals de angst voor overstromingen.

Buiten het feit dat een resultaatsverplichting de rechtszekerheid ten goede komt – immers, het is voor alle partijen helder welk resultaat behaald moet worden en op grond van welke (limitatieve) gronden van dit resultaat afgeweken kan worden – heeft het mogelijk ook consequenties voor de voorzienbaarheid van schade en de invulling van het normaal maatschappelijk risico in het nadeelcompensatietraject.²² Bij het vereiste van voorzienbaarheid is de zogenaamde ‘redelijk denkend en handelend burger’ van belang. Deze burger wordt geacht bij (investerings-)beslissingen mogelijke toekomstige ontwikkelingen mee te wegen die van invloed kunnen zijn op deze (investerings-)beslissing indien deze kenbaar waren ten tijde van de investeringsbeslissing. Zo moet hij rekening houden met de ruimtelijke ontwikkelingen die mogelijk gemaakt worden door een bestemmingsplan. Daarnaast worden versterkingswerkzaamheden beschouwd als een normale maatschappelijke ontwikkeling waarmee rekening gehouden zou moeten worden (normaal maatschappelijk risico).²³ Ook zou deze burger moeten kunnen inschatten dat als gevolg van de resultaatsverplichting bepaalde maatregelen zouden moeten worden genomen om aan deze verplichting te kunnen voldoen. Hierbij geldt, net als bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid, dat het lastig is hier in algemene zin voorspellingen over te doen, omdat het afhangt van alle omstandigheden van het geval.

²⁰ Deze gebodsactie stond centraal in de Urgenda-zaak: Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

²¹ Meer hierover: T.R. Bleeker, ‘Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak’, *NTBR* 2018/2, afl. 1.

²² Schadevergoeding voor de rechtmatige overheid.

²³ Zie o.a. ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0631, en ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2396.

6.4 Verzekeraarbaarheid

Momenteel is het niet mogelijk voor particulieren om zich te verzekeren tegen overstromingen (op een pilot na). Ook overheden kunnen zich niet verzekeren tegen dergelijke schade.²⁴ Nederland wordt gekenmerkt door een publiek systeem voor *ex post* schade,²⁵ namelijk de Wet tegemoetkoming schade bij rampen. Hiermee onderscheidt Nederland zich van omringende landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk, die alle drie wel een overstromingsverzekering kennen.²⁶ Voor Nederland zou alleen een publiek-privaat systeem, waarbij de overheid als vangnet fungeert (zoals het systeem in België en Frankrijk) mogelijk kunnen functioneren, maar aangezien Nederland hiertoe op dit moment niet genegen is, blijft het enige vangnet het publieke systeem van de Wts.²⁷

6.5 Onderscheid versterkingsplicht en onderhoudsplicht

Van de twaalf jaarlijkse toetsing van de primaire waterkeringen door de beheerder aan de wettelijke veiligheidsnormen (signaleringswaarden en ondergrenzen) en de eventuele daarop volgende versterkingen, moet de (dagelijkse) onderhoudsplicht van de beheerder of een onderhoudsplichtige worden onderscheiden.

Bij de toetsing aan de veiligheidsnormen wordt bezien in hoeverre de toestand van de waterkering zoals deze is beschreven op de legger voldoet aan de daarvoor geldende signaleringswaarden en ondergrenzen. Indien de waterkering niet aan één van beide waarden voldoet, voldoet de toestand van de kering zoals deze beschreven is op de legger niet langer en zal deze moeten worden versterkt (*versterkingsplicht*).²⁸ Dat betekent dat van de bestaande legertoestand zal moeten worden afgeweken en de beheerder daarvoor een projectplan zal moeten vaststellen.²⁹ Na de uitvoering van het projectplan zal de legger moeten worden aangepast en zal daarin de nieuwe versterkte toestand moeten worden opgenomen.

Naast deze versterkingsplicht, heeft de beheerder ook de taak om de waterkering te onderhouden overeenkomstig de in de legger omschreven toestand of toezicht te houden op de naleving van onderhoudsplichten die op onderhoudsplichtige derden rusten (*onderhoudsplicht*). Wanneer een waterkering niet voldoet aan de in de legger omschreven toestand, zal de beheerder onderhoud- of herstelwerkzaamheden moeten treffen of de onderhoudsplicht van onderhoudsplichtigen moeten

²⁴ Schade door overstromingen moet worden onderscheiden van wateroverlast. Zie over dit laatste: H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Wateroverlast en aansprakelijkheid', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht*, 2017, 5, p. 231-239.

²⁵ Dit wil zeggen, schade die optreedt door een overstroming.

²⁶ C. Suykens, S.J. Priest, W.J. van Doorn-Hoekveld, T. Thuillier & H.F.M.W. van Rijswijk, 'Dealing with flood damages: will prevention, mitigation, and ex post compensation provide for a resilient triangle?', *Ecology & Society* 21(4):1.

²⁷ De Wts is van groot belang bij calamiteiten. Daar waar de waterbeheerder niet aansprakelijk kan worden gehouden voor schade als gevolg van een ramp (de waterkering faalt en dat is niet toe te rekenen aan het handelen of nalaten van de waterbeheerder), kan de Wts worden ingeroepen. Op grond van de Wts kunnen particulieren (gedeeltelijk) door het Rijk gecompenseerd worden voor de schade veroorzaakt door de overstroming.

²⁸ Als de kering niet meer voldoet aan de ondergrenzen zal dat zo snel mogelijk moeten gebeuren. Als deze alleen niet voldoet aan de signaleringswaarde, maar nog wel aan de ondergrens, dan zal op termijn versterking moeten plaatsvinden.

²⁹ Tenzij de minister van I en W of PS kiezen voor de vaststelling van een Rijksinpassingsplan of een provinciaal inpassingsplan (art. 5.4 lid 6 Wtw).

handhaven om de desbetreffende feitelijke toestand van de waterkering weer in overeenstemming te brengen of te laten brengen met de in de legger omschreven normatieve toestand. Voor deze onderhoudstaak of het toezicht op de naleving van de onderhoudsplicht van derden geldt geen wettelijke toetsingscyclus. De beheerder zal regelmatig moeten inspecteren of de waterkeringen die zij beheren voldoen aan de in de legger omschreven toestand. Voor zover een waterkering niet aan de in de legger omschreven toestand voldoet, zal de beheerder zo snel mogelijk onderhoud of herstel aan de waterkering moeten plegen indien de onderhoudsplicht op de beheerder rust. Rust de onderhoudsplicht op een derde, dan zal de beheerder de derde door middel van handhaving daartoe moeten bewegen.

7. Conclusies

In dit advies staat de juridische status van de waterveiligheidsnormen binnen de systematiek van de Omgevingswet centraal. De vraag snijdt zich toe op de implicaties van de kwalificatie van deze normen als inspannings- dan wel resultaatsverplichting, mede met het oog op de aansprakelijkheid voor overstromingsschade.

De Waterwet (en de daarop gebaseerde regelgeving) maakt geen expliciet onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen. Desalniettemin kunnen de veiligheidsnormen op grond van het huidige systeem volgens ons – zeker in vergelijking met die op grond van het tot januari 2017 geldende systeem – het best worden aangemerkt als ‘zware’ inspanningsverplichtingen. Dit komt vooral door het opnemen van gekwantificeerde ondergrenzen in combinatie met (eveneens gekwantificeerde) signaleringswaarden. De zorg voor de waterveiligheid is daarmee nadrukkelijk niet omgeven met vrijblijvendheden. Op een beheerder rust een zware last om aannemelijk te maken dat het hem niet kan worden verweten dat een kering niet aan de gestelde minimumeisen voldeed, terwijl hij wist dat de signaleringswaarde reeds was overschreden. Het voordeel van de twijfel ligt, met andere woorden, niet aan de zijde van de beheerder, indien eenmaal komt vast te staan dat de ondergrens is overschreden. Over de kans op aansprakelijkheid valt in algemeenheid weliswaar niet veel zinnigs te zeggen, behalve dat het de rechter is die achteraf beoordeelt in hoeverre de door de beheerder ter rechtvaardiging aangevoerde argumenten hout snijden. Men kan zich afvragen of dat wenselijk is.

Anders dan de Waterwet, dwingt de Omgevingswet wel tot een expliciete kwalificatie van de in het kader daarvan geformuleerde omgevingswaarden. Dat roept in de eerste plaats de vraag op welke wettelijke waarden in het kader van het overstromingsrisicobeheer als omgevingswaarde in de zin van de Omgevingswet dienen te worden aangemerkt. Naar ons oordeel lenen zich daartoe slechts de ondergrenzen. Het basisbeschermingsniveau leent zich er meer voor te worden aangemerkt als een ‘andere beleidsdoelstelling’; de signaleringswaarden kunnen beter worden beschouwd als ‘andere parameters (voor monitoring)’ of als bijzondere, buiten de algemene terminologie van de Omgevingswet vallende waarden. Aan de overschrijding van de signaleringswaarde zou (naast de reeds bestaande plicht om dit te melden aan de minister) de verplichting kunnen worden verbonden om in het beheerprogramma te aan te geven of en wanneer de beheerder actie op zal ondernemen.

Aangezien alleen de ondergrenzen zijn aan te merken als omgevingswaarden, dient alleen daarvoor te worden bepaald of deze door het leven moeten gaan als inspannings- of resultaatverplichtingen. Bij deze keuze kunnen verschillende aspecten een rol spelen, waaronder de rechtszekerheid en de

flexibiliteit. In het licht van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling de ondergrenzen aan te merken als resultaatsverplichtingen. Zodoende is het niet alleen voor ingezetenen duidelijk waar zij op welke termijn (2050) op kunnen rekenen, maar ook – en wellicht bovenal – voor beheerders waarvoor zij aan de lat staan. De benodigde flexibiliteit kan worden geboden via de formulering van wettelijke uitzonderingen in het Bkl (zie hieronder). Dergelijke uitzonderingen dienen echter wel in aantal beperkt en zo duidelijke mogelijk te zijn. Een grote hoeveelheid ruim te interpreteren uitzonderingen doet de rechtszekerheid immers weinig goeds en zal schijnrechtszekerheid creëren. Overigens ligt in de systematiek van de veiligheidsnormering, zoals nu beoogd, ook de nodige flexibiliteit besloten. Waar nodig kunnen normen zelf worden bijgesteld en kunnen termijnen worden verlengd. Bovendien kan de limitatieve lijst van uitzonderingen zelf worden aangepast of aangevuld. Hoewel van deze mogelijkheid terughoudend gebruik moet worden gemaakt, moet deze evenmin uit het oog worden verloren.

Een belangrijk voordeel van het aanmerken van ondergrenzen als resultaatsverplichtingen is dat het niet langer *de rechter* is die achteraf langs de lijnen van vaak ongeschreven (en noodgedwongen zelf te formuleren) zorgvuldigheidsnormen dient te bepalen of een beheerder in een concreet geval nalatig is geweest. Indien *de wetgever* (in casu de regering) reeds een (duidelijke) norm heeft gesteld en heeft bepaald in welke situaties uitzonderingen mogelijk zijn, heeft de rechter betere handvatten om de (on)rechtmatigheid van de gedragingen van beheerders te beoordelen. Zoals gezegd, neemt daarmee ook de rechtszekerheid aan de zijde van zowel beheerders, als potentiële benadeelden toe. Deze rechtszekerheid betreft ook de mogelijke aansprakelijkheid. Een en ander is in onze ogen een grote winst ten opzichte van het huidige systeem van veiligheidsnormering en ligt bovendien in lijn met de recente ontwikkelingen op dat terrein. Een ander voordeel ligt in het feit dat de Omgevingswet als uitgangspunt neemt dat omgevingswaarden gelden als een juridisch bindend kwalitatief beleidsdoel voor de overheid die de omgevingswaarde heeft vastgesteld. Het Rijk is dan uiteindelijk (mede)verantwoordelijk voor het bereiken van de omgevingswaarden en kan om die reden sturings- en toezichtsinstrumenten inzetten of de financiering voor waterveiligheid zeker stellen.

Wij concluderen dat de effectiviteit van de waterveiligheidsnormering in de Omgevingswet (bij een keuze voor een resultaatsverplichting) staat of valt bij de formulering van de uitzonderingen. Deze dienen eenduidig en realistisch te zijn. Het verdient dus aanbeveling om in de toekomst de aandacht daarop te vestigen, en minder op de vraag welke juridische kwalificatie aan de ondergrenzen dient te worden gegeven. Wij houden ons aanbevolen om mee te denken en te adviseren over de formulering van deze uitzonderingen.