

Meer zoden aan de dijk met resultaatgerichte normering van waterveiligheid in de Omgevingswet

– Mr. dr. W.J. van Doorn-Hoekveld, mr. dr. H.K. Gilissen, mr. dr. F.A.G. Groothuijse, prof. dr. ir. M. Kok en prof. mr. H.F.M.W. van Rijswijk¹

1. Inleiding

In ons artikel in TBR uit 2017 bespraken en commentarieerden wij de huidige (destijds nieuwe) systematiek van veiligheidsnormering in de Waterwet (Wtw).² In deze bijdrage bouwen wij voort op dat artikel en bespreken wij de consequenties van de inpassing van de huidige systematiek van veiligheidsnormering in het bredere systeem van de Omgevingswet (Ow).³ Deze systematiek kenmerkt zich door drie samenhangende elementen: het basisbeschermingsniveau (voor beperking van slachtoffers), de signaleringswaarden en de ondergrenzen (die beiden betrekking hebben op de maximale faalkans van de waterkering). Hoewel deze waarden ook reeds bestaan onder de Wtw, zal er naar verwachting toch veel veranderen, en niet slechts in cosmetische zin.⁴ Dit hangt vooral samen met het streven naar uniformiteit in de Ow en de centrale plaats die ‘omgevingswaarden’ in dat wettelijke systeem krijgen, en voorts door de fundamentele beslissing dat aan die omgevingswaarden een expliciete kwalificatie moet worden gegeven als

inspannings-, resultaats- of andersoortige verplichting.

In deze bijdrage richten wij ons op de juridische status en betekenis van de genoemde elementen binnen de bredere systematiek van de Omgevingswet. Daartoe gaan wij in paragraaf 2 eerst in op het huidige stelsel van waterveiligheidsnormering op grond van de Waterwet. In paragraaf 3 staat het nieuwe systeem centraal. Eerst besteden wij aandacht aan de juridische status van het basisbeschermingsniveau en de signaleringswaarden. Vervolgens bespreken wij de consequenties van de kwalificatie van de ondergrenzen als resultaatsverplichtingen en de wettelijke uitzonderingen die in verband met deze resultaatsverplichting zijn geformuleerd. In paragraaf 4 gaan wij in op de juridische implicaties van de kwalificatie van de veiligheidsnormen als resultaatsverplichtingen in verband met eventuele aansprakelijkheid.

2. De huidige normeringssystematiek (Waterwet)

2.1 Onderscheid onderhoudsplicht en versterkingsplicht

Voor we de huidige en toekomstige normeringssystematiek bespreken, is het van belang in te gaan op het onderscheid tussen de op beheerders rustende *herstel- en onderhoudsplicht* en hun eventuele *versterkingsplicht*. Dit onderscheid is van belang, omdat beide verplichtingen op een verschillende juridische grondslag en via een uiteenlopende juridische systematiek kunnen leiden tot maatregelen en werkzaamheden aan een waterkering. De *onderhoudsplicht* beoogt te garanderen dat een waterkering voldoet aan de eisen die daaraan in de legger zijn opgenomen wat betreft de fysieke gesteldheid. De *versterkingsplicht* ziet daarentegen op de vraag of een waterkering (zowel feitelijk als de legger-toestand) als zodanig nog wel het gewenste be-

¹ Willemijn van Doorn-Hoekveld, Herman Kasper Gilissen, Frank Groothuijse en Marleen van Rijswijk zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht, departement Rechtsgeleerdheid. Matthijs Kok is als hoogleraar Flood Risk verbonden aan de TU Delft. Dit artikel is geschreven in het kader van het NWO-TTW project ALLRISK, P15-21 Project 5.

² 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’, TBR 2017/142.

³ Zie T. Lavrijsen, ‘De veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen onder de Omgevingswet’, TO 2019/4.

⁴ Waar de ondergrenzen in het systeem van de Waterwet nog een wettelijke status hebben (zij staan in Bijlage II Waterwet), krijgen deze omgevingswaarden in het systeem van de Omgevingswet een plaats in het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl). Daartegenover staat dat het basisbeschermingsniveau nu als wettelijk uitgangspunt in de Omgevingswet zelf komt te staan, terwijl dit beschermingsniveau in het huidige systeem in de considerans van de wet en de Memorie van Toelichting is opgenomen (*Kamerstukken II 2015/16*, nr. 34 436, nr. 2 en 3).



schermingsniveau biedt. Beide verplichtingen zijn op een andere dimensie van het waterveiligheidsbeheer; maar zij zijn beide noodzakelijk voor een effectief waterveiligheidsbeheer. Dit onderscheid blijft ook onder de Omgevingswet relevant. In dit artikel staan de factoren centraal die van belang zijn bij het bepalen of er een versterkingsplicht bestaat. Zoals zal blijken, kan men de onderhoudsplicht daarbij echter niet uit het oog verliezen.

De onderhoudsplicht betreft de ‘alledaagse’ verantwoordelijkheid van de beheerder van een waterkering om ervoor te zorgen dat deze aan bepaalde eisen rondom de fysieke gesteldheid daarvan voldoet. Dergelijke eisen zijn neergelegd in de legger en bepalen de normatieve toestand waaraan een kering naar ligging, vorm, afmeting en constructie moet voldoen.⁵ Indien een kering niet aan die eisen voldoet, bijvoorbeeld doordat deze is beschadigd of verweerd, dan dient de beheerder herstel- of onderhoudsmaatregelen te treffen om de kering weer in de in de legger omschreven normatieve toestand terug te brengen.⁶ De beheerder kan deze onderhoudsplicht overigens (tot op zekere hoogte) ook opleggen aan een derde,⁷ maar dat ontslaat hem niet van zijn verantwoordelijkheid

voor de goede staat van de keringen onder zijn beheer. Hij dient de naleving van op derden rustende onderhoudsplichten dus nauwgezet te handhaven. Voor deze onderhoudsplicht geldt geen wettelijke toetsingscyclus of een voorgeschreven beoordelingssystematiek, zoals die wel geldt voor de versterkingsplicht.⁸ De beheerder dient regelmatig te inspecteren of de waterkeringen onder zijn beheer voldoen aan de in de legger omschreven toestand.⁹ De kosten die gemoeid zijn met de uitvoering van de reguliere onderhoudsplicht komen voor eigen rekening van de beheerder; in tegenstelling tot de kosten voor versterking komen zij niet voor rijks-subsidie via het Hoogwaterbeschermingsprogramma (HWBP) in aanmerking.¹⁰ Onder de noemer van beheer scharen wij in dit verband ook tijdelijke versterkingsmaatregelen die een beheerder kan treffen wanneer uit inspectie blijkt dat deze nodig zijn. Deze kosten komen, net als de kosten die gemoeid zijn met de reguliere onderhoudsplicht, voor rekening van de beheerder.

De versterkingsplicht onderscheidt zich van de onderhoudsplicht. Of er een *versterking* noodzakelijk is, wordt door middel van een twaalf jaarlijkse toetsing beoordeeld in hoeverre de fysieke

⁵ Hierbij kan gedacht worden aan het maaien van het gras, en het inspecteren van de kwaliteit van de bekleding, of er geen bevers in de dijk zitten.

⁶ Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6153 en ABRvS 16 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD7308.

⁷ Zie art. 78 lid 2 Wsv.

⁸ Er is echter wel door het rijk en de beheerders gezamenlijk een Kader Zorgplicht Primaire keringen opgesteld.

⁹ W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, en H.F.M.W. van Rijswick, *Juridische status waterveiligheidsnormen onder de Omgevingswet* (Advies aan UvW), 1 februari 2018 par. 6.5.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 465, nr. 3, p. 17.

toestand van de waterkering voldoet aan de wettelijke veiligheidsnormen. Van die beoordeling dient voorts verslag te worden gedaan aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat, die op haar beurt verantwoording aflegt aan de volksvertegenwoordiging.¹¹ Indien uit de beoordeling volgt dat de legertoestand van een primaire waterkering niet langer aan de wettelijke norm (signaleringswaarde en ondergrens; zie uitgebreid hieronder) voldoet, dan ontstaat er een versterkingsopgave en wordt de te versterken kering geprogrammeerd en geprioriteerd in het HWBP. De versterking dient te worden uitgevoerd conform een door de beheerder daartoe vast te stellen projectplan.¹² Na de uitvoering van het projectplan wordt de legger aangepast, waarmee tevens een nieuwe normtoestand en dus een nieuwe onderhoudsplicht komt te gelden. De versterking komt (deels) voor rijkssubsidie uit het HWBP in aanmerking.¹³ Op het punt van financiering is er dus een belangrijk verschil met maatregelen die worden getroffen op grond van de reguliere onderhoudsplicht.¹⁴

2.2 De systematiek van waterveiligheidsnormering in de Waterwet

Aan de huidige normeringssystematiek ligt een *Arisicobenadering* ten grondslag. In het algemeen geldt dat risico een functie is van de overstromingskans en de gevolgen van een overstroming. De gevolgen worden in de waterveiligheidswereld uitgedrukt in aantal (dodelijke) slachtoffers en de economische schade. Voor de kans op overlijden wordt als maximaal toelaatbare risico uitgedrukt als een minimumbeschermingsniveau (Lokaal Individueel Risico (LIR)), ook wel aangeduid als het *basisbeschermingsniveau*.¹⁵ Dit basisbeschermingsniveau is 10⁻⁵ per jaar. Dit basisbeschermingsniveau ligt als uitgangspunt ten grondslag aan de veiligheidsnormen, die momenteel zijn opgenomen in Bijlage II van de Waterwet. Het basisbeschermingsniveau heeft thans geen wettelijke status, maar wordt genoemd in de considerans en is nader toegelicht in de MvT bij de (wet tot wijziging van de) Waterwet.¹⁶ Naast het LIR wordt ook het Economisch

Risico (ER) beschouwd in een kosten-baten analyse, en in een formule kan het ER deze worden uitgedrukt als: economisch risico = kans op een overstroming x de schade van een overstroming. Voor elk gebied wordt het beschermingsniveau ook vanuit dit perspectief beschouwd, door de reductie in overstromingsschade te vergelijken met de investeringen om het risico te reduceren door dijkversterkingen (MKBA). In deze analyse wordt aan slachtoffers een schadebedrag van 7,8 miljoen euro per slachtoffer toegekend.

De veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen vormen de zogenoemde 'ondergrens' waaraan primaire keringen ten minste dienen te voldoen.¹⁷ Het spreekt voor zich dat de waterveiligheidsnormen, waarmee de maximaal toelaatbare overstromingskans van een dijktraject wordt uitgedrukt, dienstbaar zijn aan het bereiken van het basisbeschermingsniveau.

Om te garanderen dat de feitelijke overstromingskans de ondergrens niet overschrijdt en er tijdig versterkingsmaatregelen (kunnen) worden voorbereid en getroffen, zijn 'signaleringswaarden' vastgesteld. Ook deze staan in een bijlage bij de Waterwet. De signaleringswaarden vervullen een centrale rol in het huidige waterveiligheidsbeleid. Bij overschrijding van een signaleringswaarde komt er voor de beheerder een versterkingsopgave in zicht.¹⁸ Dit betekent dat hij dient te beoordelen op welke termijn een feitelijke versterking dient plaats te vinden. Op basis daarvan kan de versterking als project worden aangemeld bij het Hoogwaterbeschermingsprogramma (HWBP) en worden geprioriteerd. Aanmelding bij het HWBP van een dijktraject dat niet aan signaleringswaarde voldoet, is voor het waterschapsbestuur een voorwaarde voor het in aanmerking komen van rijkssubsidie voor de versterking van het dijktraject.

2.3 Kwalificatie van de waterveiligheidsnormen in de Waterwet

De 'ondergrenzen' worden onder de Omgevingswet aangemerkt als omgevingswaarden. Anders dan de Waterwet bepaalt artikel 2.10, eerste lid Ow dat omgevingswaarden moeten worden aangemerkt als resultaats-, inspannings- dan wel andere verplichtingen. Aangezien het uitgangspunt van de Omgevingswet is om het geldende recht beleidsneutraal om te zetten,¹⁹ rijst de vraag hoe de waterveiligheidsnormen, zoals opgenomen in de Waterwet, gekwalificeerd zouden moeten worden in het licht van de Omgevingswet. Dat is een lastige vraag, omdat dergelijke overwegingen bij de totstandkoming van het huidige systeem voor zover

¹¹ Zie art. 2.12 en 2.13 Wtw en (onder de Ow) art. 20.14 jo. art. 20.15 Ow jo. art. 10.5 en art. 10.5d Bkl.

¹² 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).

¹³ Zie art. 7.23 Wtw, zoals dit artikel zal worden gewijzigd door art. 8.9 onder J Invoeringswet Ow.

¹⁴ In de praktijk is het onderscheid tussen versterking en onderhoud in veel gevallen lastig te maken. Indien een grasmat afgekeurd wordt en daarnaast ook een algehele versterkingsopgave voor een kering geldt, zal ook de grasmat worden meegenomen in de integrale versterking van de kering en onderdeel uitmaken van de financiering door het HWBP.

¹⁵ Zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswick, 'De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', TBR 2017/142.

¹⁶ Kamerstukken II 2015/16, nr. 34 436, nr. 2 en 3.

¹⁷ Zie art. 2.2 lid 2 Waterwet.

¹⁸ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2015/16, 34 436, nr. 3, p. 25.

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, nr. 33 962, nr. 3, p. 303.

wij kunnen nagaan geen rol van betekenis hebben gespeeld.²⁰ De systematiek van de Waterwet biedt dan ook geen definities of nadere toelichting van de termen resultaats- of inspanningsverplichting. In de Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet wordt over omgevingswaarden het volgende vermeld:

'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 afwijkingsmogelijkheid. 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).'²¹

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.²² Een van deze kenmerken is dat de uitzonderingen bij resultaatsverplichtingen doorgaans limitatief bij wet geregeld zijn en bij inspanningsverplichtingen deel uitmaken van de beleidsruimte van het bevoegd 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 één 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.²³

Het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverplichtingen komt men in het omgevingsrecht, vooral op EU-niveau, overigens wel

vaker tegen. Een voorbeeld van resultaatsverplichtingen zijn de meeste waterkwaliteitsnormen in de zin van art. 4 Kaderrichtlijn water (hierna: Krw).²⁴ Deze normen hadden lidstaten uiterlijk in december 2015 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).²⁵ 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.²⁶ Nationale voorbeelden van inspanningsverplichtingen, hoewel niet expliciet als zodanig aangewezen, zijn de plicht van de beheerder om het in een peilbesluit aangegeven waterpeil zoveel mogelijk te handhaven²⁷ en de zorgplicht van de gemeente voor afvloeiend hemelwater.²⁸

Omdat op grond van de Waterwet de waterveiligheidsnormen niet als zodanig zijn gekwalificeerd, 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.²⁹ 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.³⁰

en:

²⁰ Dat blijkt bijvoorbeeld niet uit de Memorie van Toelichting bij de Wijzigingswet Waterwet, noch uit toelichtingen bij eerdere wetgeving waarin veiligheidsnormen werden vastgelegd.

²¹ MvT bij de Omgevingswet, *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 33 962, nr. 3, p. 406.

²² Zie J.J.H. van Kempen, *Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen?* (diss.), Boom juridische uitgevers, 2012; J.J.H. van Kempen, 'Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive', *Journal of Environmental Law and Practice*, 2012, 24(3), pp. 499-533; J.J.H. van Kempen, 'Obligations of the Water Framework Directive: Dealing With Problems of Interpretation', in: M. Peeters & R. Uylenburg (Eds.), *EU Environmental Legislation: Legal Perspectives on Regulatory Strategies* 2014, (pp. 146-172). London: Edward Elgar Publishing.

²³ J.J.H. van Kempen, 'Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive', *Journal of Environmental Law* 2012, 24(3), pp. 499-533; HvJ 1 juli 2015, C-461/13 (Wezer-arrest).

²⁴ J.J.H. van Kempen, *Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen?* (diss. UU), Boom juridische uitgevers, 2012.

²⁵ Zie art. 4 lid 4 t/ 7 Krw en art. 2 lid 1 Bkrmw 2009.

²⁶ Zie art. 7 lid 3 Krw en art. 12 Bkrmw 2009.

²⁷ Zie art. 5.2 Wtw; zie tevens Rb. Zwolle-Lelystad 3 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:BM8135.

²⁸ Zie art. 3.5 Wtw.

²⁹ H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, W.J. van Doorn-Hoekveld en H.F.M.W. van Rijswijk, 'De nieuwe veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', *TBR* 2017/142; D. van Twist, 'Een goed begin is het halve werk: omzetting van het wetsvoorstel primaire waterkeringen naar het stelsel van de Omgevingswet', *TO* 2016/5, p. 150.

³⁰ Artikel 2.2, tweede lid Waterwet.

‘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.’³¹

Echter, door het ontbreken van een van een wettelijke termijn waarbinnen het resultaat bereikt zou moeten worden³² en het ontbreken van wettelijke uitzonderingsgronden, kan evengoed worden beargumenteerd dat het inspanningsverplichtingen betreft. In de literatuur is deze vraag – overigens in verband met de omzetting naar de nieuwe systematiek – wel opgeworpen, maar ook dat heeft vooralsnog niet tot een eenduidig antwoord geleid.³³ De veelomvattendheid van de nieuwe overstromingskansnormering ten opzichte van de voorheen geldende overschrijdingskans-normen³⁴ in combinatie met de introductie van signaleringswaarden wijst in de richting van resultaatsverplichtingen.

Als ons wordt gevraagd om een knoop door te hakken, dan is in onze ogen hoofdzakelijk het ontbreken van wettelijke uitzonderingen waar een waterbeheerder beroep op kan doen, en waardoor de afweging en prioritering dus zijn gelegen in zijn beleidsruimte, aanleiding om het bereiken van de huidige waterveiligheidsnormen onder de Waterwet te kwalificeren als een zware inspanningsverplichting.³⁵

3. De systematiek van waterveiligheidsnormering onder de Omgevingswet

De hierboven reeds genoemde drie onderdelen van de veiligheidsnormering vormen ook de basis van de normeringssystematiek onder de Omgevingswet:

1. het basisbeschermingsniveau, dat is aangemerkt als uitgangspunt voor omgevingswaarden (art. 2.15, tweede lid Ow);

2. de ondergrenzen, die zijn uitgedrukt in omgevingswaarden (art. 2.15 lid 1 sub d jo. art. 2.0a e.v. Bkl); en
3. de signaleringswaarden, die zijn aangemerkt als ‘andere parameters’ voor de signalering over de veiligheid primaire waterkeringen (art. 10.8b Bkl).

Hieronder gaan wij nader in op de kwalificatie en juridische implicaties van deze drie onderdelen van de normeringssystematiek. Wij bespreken eerst het basisbeschermingsniveau en de signaleringswaarden (paragraaf 3.1 en 3.2), en vervolgens de ondergrenzen (paragraaf 3.3).

3.1 Kwalificatie van het basisbeschermingsniveau als ‘wettelijk uitgangspunt’

In het wetsvoorstel Invoeringswet Ow wordt het basisbeschermingsniveau van beleidsmatig uitgangspunt voor het overstromingsrisicobeheer opgevaardigd tot een ‘wettelijk uitgangspunt’ voor het vaststellen van de veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen.³⁶ Artikel 2.15, tweede lid Ow bepaalt immers dat als uitgangspunt voor het vaststellen van de omgevingswaarden [voor de veiligheid van de primaire waterkeringen] “ten minste een beschermingsniveau [geldt] waarmee in 2050 de kans om te overlijden als gevolg van een overstrooming achter een primaire waterkering niet groter is dan 1 op 100.000 per jaar [...]”. Bovendien zal dit basisbeschermingsniveau in de toekomst functioneren als toetsingsmaatstaf voor de beoordeling of de veiligheidsnormen als zodanig dienen te worden aangepast.³⁷ Het opnemen van het basisbeschermingsniveau in de wet is (mede) beoogd als compensatie voor het feit dat veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen niet langer in de wet zelf zijn opgenomen, maar onder de Ow krachtens amvb worden vastgesteld.³⁸ Vanuit het oogpunt van inzichtelijkheid in achterliggende doelstellingen valt zeker wat te zeggen voor deze opwaardering, maar de juridische betekenis daarvan moet, zoals hieronder zal blijken, niet worden overschat.

De regeling zoals neergelegd in de Omgevingswet is een nadrukkelijke formalisering van het basisbeschermingsniveau.³⁹ Het feit dat deze op 1:100.000 is gesteld, is een politieke keuze. Art. 2.15 lid 2 Ow dient desondanks te worden be-

³¹ Artikel 5.3 Waterwet.

³² De termijn 2050 wordt wel in de Memorie van Toelichting wel als beleidsdoelstelling genoemd. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, nr. 34 436, nr. 3.

³³ Van Twist 2017; Gilissen et al. 2017;

³⁴ Zie art. 2.2 Waterwet (oud). Zie hierover F.A.G. Groothuijse, *Water wren, Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming van wateroverlast en overstromingen*, IBR, Den Haag 2009; H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Nederlands waterrecht in Europese context*, Deventer: Kluwer, 2012; H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer - Verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid* (diss.), Kluwer, Deventer 2013; en M. Kaufmann, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen & H.F.M.W. van Rijswijk, *Analysing and evaluating flood risk governance in the Netherlands. Drowning in Safety*, Utrecht: STAR-FLOOD Consortium, 2015.

³⁵ 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’, *TBR* 2017/142.

³⁶ Deze opwaardering is het gevolg van een aangenomen amendement Ronnes/Dik Faber.

³⁷ Zie de verplichte toetsing van omgevingswaarden aan het basisbeschermingsniveau en verslaglegging daarvan o.g.v. 20.19 Ow in 2037.

³⁸ Een ontwerp van deze amvb (of een wijziging daarvan) moet op grond van art. 23.5 lid 1 Ow 4 weken bij de Eerste en Tweede Kamer worden voorgehangen, waarbij een van beide Kamers binnen die termijn kan bepalen dat de omgevingswaarden alsnog bij wet moeten worden vastgesteld (art. 23.5 lid 2 Ow).

³⁹ Vergelijkbare op een risicobenadering gebaseerde beschermingsniveaus komt men ook tegen in verband met de externe veiligheid (zie het Besluit externe veiligheid inrichtingen, *Stb.* 2004, 250).

schouwd als een 'instructieregel' (of opdracht) van de wetgever in formele zin aan de regering om bij de vaststelling van omgevingswaarden ten aanzien van primaire waterkeringen in het Bkl het basisbeschermingsniveau als uitgangspunt te hanteren. Het basisbeschermingsniveau is daarmee niet gericht tot decentrale bestuursorganen. Het betreft eerst en bovenal een maatstaf voor de regering aan de hand waarvan concrete waterveiligheidsnormering dient plaats te vinden, en waarmee de beleidsruimte van de regering ten aanzien van deze bevoegdheid wordt ingekaderd. De omgevingswaarden kunnen (in theorie) exceptief aan het basisbeschermingsniveau worden getoetst in het kader van een beroep tegen een besluit dat is gebaseerd op deze omgevingswaarden, zoals een projectplan voor een dijkversterking.

Aangezien het basisbeschermingsniveau een 'uitgangspunt' is en geen harde verplichting, lijkt de juridische afdwingbaarheid van het basisbeschermingsniveau, bijvoorbeeld door burgers of belangengroeperingen, in de praktijk gering. Daar komt bij dat voor het voldoen aan het basisbeschermingsniveau niet alleen de (gewenste) toestand van de waterkering van belang is, maar ook andere niet altijd objectief vast te stellen variabelen, zoals de ruimtelijke inrichting van een bepaald gebied, de daar geldende evacuatiefracties en de mate waarin inwoners en bedrijven in een bepaald gebied zijn voorbereid op overstromingen. Dit betekent dat het basisbeschermingsniveau niet alleen op de traditionele wijze door middel van versterking van waterkeringen (de zogenoemde 'eerste laag', ook wel kansbeperking genoemd) kan worden gerealiseerd, maar ook door ruimtelijke maatregelen ('tweede laag', bekend als gevolgbeperking) en maatregelen in het kader van de rampenbeheersing ('derde laag', eveneens vallend onder gevolgbeperking). Dit wettelijke uitgangspunt biedt met andere woorden ook mogelijkheden voor de ontwikkeling van beleidsconcepten als 'meerlaagse veiligheid'⁴⁰ en 'slimme combinaties'.⁴¹ Dat wordt weliswaar niet expliciet in de toelichting bij het amendement Ronnes/Dik Faber vermeld, maar dit amendement sluit dat ook niet uit. Wij achten een dergelijke ontwikkeling op zichzelf overigens niet onwenselijk, maar zullen daar hier niet nader op ingaan, nu het de reikwijdte van dit artikel te buiten gaat.

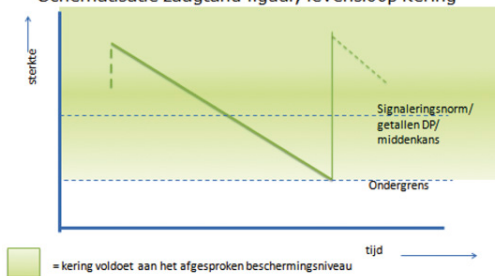
3.2 Kwalificatie van signaleringswaarden als 'andere parameters'

In de Waterwet vormt de signaleringswaarde de kern van het normeringssysteem.⁴² Deze waarde heeft betrekking op de faalkans van een dijktraject (een dijkkringdeel). In het geval uit de wettelijk verplichte beoordeling blijkt dat de faalkans van het dijktraject de signaleringswaarde overschrijdt, dan is het de bedoeling dat de beheerder actie onderneemt. De gedachte is dat op deze manier wordt voorkomen dat de ondergrens (de daadwerkelijke norm) niet wordt overschreden, omdat de beheerder de waterkering als het goed is vóór dat moment al heeft versterkt. Binnen de systematiek van de Omgevingswet heeft de signaleringswaarde in de hoedanigheid van 'signaleringsparameter' een sterk vergelijkbare rol. Deze waarde komt aan de orde in artikel 10.8b, waar het gaat om de monitoring van de signaleringsparameter. Volgens de Nota van Toelichting bij het Bkl vormt de

'signaleringsparameter (...) een indicatie (een signaal) bij het antwoord op de vraag of sprake is van een (dreigende) overschrijding van de omgevingswaarden. Het signaal geeft aan dat een start dient worden gemaakt met maatregelen om de waterveiligheid op de lange termijn te waarborgen.'⁴³

De juridische consequentie van een overschrijding van deze waarde is dat het dijktraject moet worden opgenomen in het twaalf jaarlijkse verslag aan de minister van I en W⁴⁴ en dat een versterkingsmaatregel voor rijkssubsidie in aanmerking komt als deze door de minister in het HWBP is geprogrammeerd.⁴⁵

Schematisatie zaagtand figuur, levensloop kering



Figuur 1: Zaagtandfiguur (bron: Kamerstukken II 2015/16, 34 436, p. 26).

Naar onze mening heeft de signaleringsparameter voor de praktijk van het waterkeringsbeheer een belangrijke functie. Om die functie extra kracht bij te zetten, verdient het wat ons betreft aanbeveling om een wettelijke fictie te construeren op grond waarvan een overschrijding van de signalerings-

⁴⁰ Zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, D. Korsse en H.F.M.W. van Rijswijk, *Wettelijke voorziening 'Slimme combinaties'* (Rapportage voor Ministerie van I en M, HBJZ), UCWOSL 2016.

⁴¹ H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, D. Korsse en H.F.M.W. van Rijswijk, *Wettelijke voorziening 'Slimme combinaties'* (Rapportage voor Ministerie van I en M, HBJZ), UCWOSL 2016.

⁴² Zie Kamerstukken II 2015/16, 34 436, nr. 3, p. 25.

⁴³ NvT Invoeringsbesluit Omgevingswet, deel 3, Wijzigingen Bkl, p. 317.

⁴⁴ Zie artikel 10.8e lid 1 onder b Bkl

⁴⁵ Zie art. 7.23 lid 1 jo. art. 2.2 lid 1 sub a Wtw.

waarde wordt aangemerkt als een dreigende overschrijding van de omgevingswaarde in de zin van art. 3.10 lid 2 Ow, zodat voor de beheerder een programmaplicht ontstaat. De beheerder dient vervolgens in het beheerprogramma te verantwoorden op welke wijze hij omgaat met de overschrijding van de signaleringsparameter voor een bepaald dijktraject.⁴⁶ Dit komt de zorgvuldigheid, transparantie en motivering van de belangenafweging die ten grondslag ligt aan acties van de beheerder naar aanleiding van een overschrijding van de signaleringsparameter ten goede. Ook zou - in lijn met de participatieambities die de regering met de Omgevingswet heeft⁴⁷ - de omgeving, waaronder burgers, bedrijven en de gemeenten, daardoor tijdig(er) op de hoogte kunnen raken van een dijkversterkingsopgave. Zij worden daardoor in staat gesteld om in een vroegtijdig stadium mee te denken over de mogelijke oplossingen voor de versterkingsopgave in hun omgeving.

Beheerders hebben de plicht om een overschrijding van de signaleringswaarde aan de minister te melden en zijn verplicht om hun beheerprogramma elke zes jaar te actualiseren.⁴⁸ Een dergelijke constructie zal daarom naar verwachting nauwelijks extra administratieve lasten opleveren. Bovendien hebben beheerders op grond van art. 16.27 lid 2 Ow de bevoegdheid om afd. 3.4 Awb buiten toepassing te laten bij de voorbereiding van een (herziening van een) waterbeheerprogramma als het gaat om een wijziging van ondergeschikte aard. De beschrijving in het waterbeheerprogramma van welke acties de beheerder na een overschrijding van de signaleringswaarde op welke termijn zal nemen, kan mede van belang zijn in verband met een aansprakelijkheidsstelling (zie paragraaf 4). Aan de hand van het waterbeheerprogramma kan dan door een ieder worden vastgesteld in hoeverre de beheerder de in het vooruitzicht gestelde acties in gang heeft gezet na de overschrijding van de signaleringswaarde.

3.3 Kwalificatie van de ondergrenzen als resultaatsverplichtingen met wettelijke uitzonderingsgronden

3.3.1 Ondergrenzen als omgevingswaarden

Het minimale waterkerende vermogen (o.m. hoogte en sterkte) van primaire waterkeringen wordt uitgedrukt in *overstromingskansnormen*. Deze normen worden aangeduid als 'ondergrenzen'. Omdat deze ondergrenzen onder de Omgevingswet worden aangemerkt als omgevingswaarden, is

het allereerst van belang te definiëren wat omgevingswaarden zijn. Deze definitie is terug te vinden in de Memorie van Toelichting bij 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.'⁴⁹

Over de betekenis van omgevingswaarden wordt in de MvT het volgende vermeld:

'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 [*cur-sief auteurs*], dat met de inzet of aanwending van de bevoegdheden die aan dat bestuur zijn toegeedeeld moet worden gehaald of nagestreefd.'⁵⁰

Dat deze ondergrenzen zijn aangemerkt als omgevingswaarden, is in onze ogen logisch, omdat een ondergrens een beleidsdoelstelling is, die *objectief en meetbaar* is, die is toegespitst op een *concrete locatie*, en waaraan een concrete *termijn* (2050) is gekoppeld.⁵¹

3.3.2 Ondergrenzen als resultaatsverplichting

De Omgevingswet dwingt vervolgens om een keuze te maken: zijn de geformuleerde omgevingswaarden resultaats-, inspannings- of andersoortige verplichtingen? In de Nota van Toelichting bij het Bkl wordt over het verschil tussen resultaatsverplichting en inspanningsverplichting het volgende opgemerkt:

'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 een meer verplichtend

⁴⁹ MvT bij de Omgevingswet, *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 33 962, nr. 3, p. 95.

⁵⁰ *Ibid.* p. 96.

⁵¹ Aanvankelijk dwong het systeem van de Omgevingswet nog tot het opnemen van een termijn waarbinnen aan resultaatsverplichtingen moest worden voldaan. Deze verplichting is komen te vervallen en vervangen door de bevoegdheid om een termijn te stellen. Zie art. 1.1, onderdeel H, lid 1 Wetsvoorstel Invoeringwet.

⁴⁶ In het beheerprogramma dient de beheerder aan te geven op welke wijze hij het beheer voert en welke maatregelen hij met het oog daarop tref. Zie art. 3.7 jo. art. 3.5 sub b Ow.

⁴⁷ Zie o.m. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 12 en *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 23 en *Stb.* 2018, 290, p. 131 e.v.

⁴⁸ Art. 10.16 lid 2 Ob.

karakter, omdat binnen een bepaalde termijn aan de omgevingswaarden moet zijn voldaan. 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.⁵²

Hoewel wij de op grond van de Waterwet vastgestelde ondergrenzen, zoals eerder is betoogd, zouden kwalificeren als (zware) inspanningsverplichtingen, zijn deze op grond van de Omgevingswet aangemerkt als resultaatverplichtingen.⁵³ Hieraan dient uiterlijk op 1 januari 2050 te zijn voldaan.⁵⁴ Deze termijn stelt met name de Minister in staat om te kunnen prioriteren in het kader van de subsidieverlening voor versterking van afgekeurde dijktrajecten.⁵⁵ De keuze voor een kwalificatie als resultaatverplichtingen is op zichzelf niet onlogisch, aangezien de ondergrenzen zich daar naar hun aard en formulering goed voor lenen en ook goed passen in de systematiek van de Omgevingswet. Juist het bestaan van signaleringswaarden, waarmee wordt beoogd om tijdig een potentiële overschrijding van de ondergrens en daarmee een versterkingsopgave te signaleren, wijst er immers op dat de ondergrens een harde norm is die niet mag worden overschreden, tenzij er een goede reden bestaat om een uitzondering te maken.⁵⁶ Dergelijke uitzonderingsmogelijkheden dienen bij voorkeur een wettelijke basis te hebben.

Het voordeel van resultaatverplichtingen met duidelijke wettelijke uitzonderingen is dat vooraf duidelijk is welk resultaat moet worden behaald en in welke uitzonderingsgevallen en onder welke voorwaarden dat resultaat (tijdelijk) niet hoeft te worden behaald. Deze benadering dient de rechtszekerheid en geeft burgers en overheden (waaronder de beheerder zelf) duidelijkheid over de omvang van de waterveiligheidsstaak. De uitzonderingen moeten dan uiteraard wel voldoende eenduidig en concreet zijn geformuleerd en geen ruimte laten voor onbegrensde toepassing. Naarmate uitzonderingen vager zijn geformuleerd en meer ruimte laten voor nadere afweging of invulling, zal de duidelijkheid omtrent de veiligheidstaak afnemen, omdat in dat geval vooraf onduidelijk is of er al dan niet

terecht een beroep op een uitzondering kan worden gedaan. Wij gaan hieronder nader in op de uitzonderingen, zoals deze zijn geformuleerd in het Bkl.

Wanneer de ondergrenzen als inspanningsverplichting zouden worden aangemerkt, ontbreekt de hierboven genoemde rechtszekerheid en duidelijkheid vooraf in belangrijke mate. Er zal dan in concrete gevallen pas achteraf, na een incident, door de rechter (of het Rijk) worden beoordeeld of de beheerder zich voldoende heeft ingespannen om het vereiste veiligheidsniveau te bieden of dat er goede redenen bestonden om met een lager veiligheidsniveau te volstaan. Ingezetenen weten dan nooit zeker of zij voldoende worden beschermd; voor de beheerder blijft dan onduidelijk wat er onder welke omstandigheden precies van hem wordt verwacht. Deze onduidelijkheden beschouwen wij als een belangrijk argument tegen het aanmerken van waterveiligheidsnormen als inspanningsverplichtingen.

Het feit dat de veiligheidsnormen worden aangemerkt als resultaatverplichtingen betekent overigens niet dat deze voortgevoerd in beton zijn gegoten. Het systeem zelf biedt nog de nodige flexibiliteit, omdat - naast een beroep op de uitzonderingsgronden - de veiligheidsnormen ook zelf bij amvb kunnen worden aangepast.⁵⁷ Indien een maatschappelijke kosten-batenanalyse bijvoorbeeld uitwijst dat het handhaven van een veiligheidsnorm te streng en/of te kostbaar is, dan kan deze door wijziging van het Bkl worden versoepeld. Daarbij dient men zich te realiseren dat een verlaging van de omgevingswaarden voor een dijktraject de overstromingskans vergroot. Indien daardoor het wettelijk basisbeschermingsniveau in een bepaald gebied niet langer zou worden gegarandeerd, zullen er gevolgbeperkende maatregelen in het ruimtelijke spoor (2^e laag) en/of in het kader van de rampenbeheersing (3^e laag) moeten worden getroffen waarmee het basisbeschermingsniveau kan worden gegarandeerd.⁵⁸

⁵² NvT bij Bkl, juni 2017, p. 78.

⁵³ Art. 2.15 lid 1 sub d Ow jo. 2.0d lid 2 Bkl. Zie ook W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, en H.F.M.W. van Rijswijk, *Juridische status waterveiligheidsnormen onder de Omgevingswet* (Advies aan UvW), 1 februari 2018 par. 4.

⁵⁴ Art. 2.15 lid 1 sub d Ow jo. 2.0d lid 1 Bkl.

⁵⁵ Het budget van het HWBP is op dit moment al 'vol' c.q. bestemd tot 2025, dus alle nieuw aan te melden projecten zullen geen subsidie kunnen ontvangen voor die tijd.

⁵⁶ Zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswijk, 'De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter', *TBR* 2017/142.

⁵⁷ Voor de aanpassing van het Bkl geldt wel een verzwaarde voorhangprocedure (art. 23.5 lid 2 Ow). Op basis daarvan kan de Tweede of Eerste Kamer, indien de regering een wijziging van een omgevingswaarde voorstelt, bij gewone meerderheid eisen dat deze omgevingswaarde bij wet in plaats van bij amvb wordt vastgesteld (*Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 167; amendement Van Veldhoven c.s.). Zie ook T. Lavrijsen, 'De veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen onder de Omgevingswet', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*, 2019/4.

⁵⁸ Ter handhaving van het wettelijke basisbeschermingsniveau zal in dat geval dan ook een 'slimme combinatie' moeten worden toegepast. Zie daarvoor uitbreider: H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, D. Korsse en H.F.M.W. van Rijswijk *Wettelijke voorziening Slimme combinaties*. Rapportage voor Ministerie van I en M, HBZZ, UCWOSL 2016. Zie <<https://www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law/adviezen>>.

3.3.3 Systematiek monitoring omgevingswaarden en programmaplicht

Een omgevingswaarde moet worden gemonitord. De Omgevingswet bevat voor de omgevingswaarden voor primaire waterkeringen dan ook specifieke monitoringsverplichtingen.⁵⁹ Als op grond van de monitoringsresultaten aannemelijk is dat een dijktraject uiterlijk op 1 januari 2050 niet zal voldoen aan de voor dat dijktraject geldende omgevingswaarde, dan is de beheerder wettelijk verplicht een programma vast te stellen.⁶⁰ Daarin zal hij concrete uitvoeringsgerichte (versterkings)maatregelen moeten opnemen die gericht zijn op het tijdig bereiken van de omgevingswaarde. Deze specifieke programmaplicht bij een (dreigende) overschrijding van de ondergrens kent de Waterwet niet en is dus een nieuwe verplichting voor de beheerder. Wij wijzen erop dat deze programmaplicht met inwerkingtreding van de Omgevingswet ontstaat voor alle dijktrajecten die op dat moment niet aan de ondergrens voldoen (en wellicht ook voor keringen die de signaleringswaarde hebben overschreden). Voor dergelijke dijktrajecten is immers zeer waarschijnlijk dat deze (zonder versterking) ook op 1 januari 2050 niet aan de omgevingswaarde zullen voldoen.

De beheerder van een watersysteem is overigens op grond van art. 3.7 Ow verplicht om voor watersystemen in zijn beheer een beheerprogramma vast te stellen, zodat deze programmaplicht wegens een (aannemelijke) overschrijding van de omgevingswaarde feitelijk zal neerkomen op een wijziging (of aanvulling) van dit beheerprogramma. De programmaplicht voor een dijktraject kan ook leiden tot een andere prioritering van reeds in het beheerprogramma opgenomen versterkingsmaatregelen voor andere dijktrajecten.

Als uit monitoring blijkt dat met de in het programma opgenomen (versterkings)maatregelen - bijvoorbeeld vanwege de wijziging van de hydraulische randvoorwaarden, zoals stijging van de zeespiegel en/of rivierafvoeren - niet per 1 januari 2050 aan de omgevingswaarde kan worden voldaan, dan moet de beheerder het programma aanpassen. Die wijziging zal ertoe moeten leiden dat binnen een passende termijn wel aan de omgevingswaarde wordt voldaan.⁶¹ Wat een passende termijn is, is niet in de wet omschreven. Onduidelijk is of dit kan leiden tot een afwijking van de termijn waarbinnen aan de in de omgevingswaarde neergelegde resultaatsverplichting moet zijn voldaan (1 januari 2050). Als dat de bedoeling is, dan zal die termijn zo kort mogelijk moeten worden gehouden. Als de beheerder moet afwijken van

de omgevingswaarde voor een dijktraject, dan zal hij bovendien een beroep moeten kunnen doen op een van de hierna te bespreken limitatieve wettelijke uitzonderingsgronden.

De beheerders zullen dan ook aan de hand van de monitoringsresultaten moeten beoordelen welke dijktrajecten niet aan de daarvoor geldende signaleringsparameter en/of omgevingswaarde voldoen. Er zijn verschillende situaties denkbaar.

- Voor zover dijktrajecten op dit moment al niet voldoen aan de daarvoor geldende omgevingswaarde (ondergrens), geldt zonder meer een programmaplicht, omdat aannemelijk is dat deze dijktrajecten per 1 januari 2050 niet aan de omgevingswaarde zullen voldoen.⁶² Voor deze dijktrajecten zullen versterkingsmaatregelen in het beheerprogramma moeten worden opgenomen, tenzij een gerechtvaardigd beroep op een uitzonderingsgrond kan worden gedaan.
- Voor zover dijktrajecten wel aan de ondergrens voldoen, maar niet aan de signaleringsparameter, zal een inschatting moeten worden gemaakt of aannemelijk is dat dit dijktraject in januari 2050 aan de ondergrens voldoet. Als aannemelijk is dat dit niet het geval is, dan moeten er ook voor deze dijktrajecten versterkingsmaatregelen in het beheerprogramma worden opgenomen, tenzij een gerechtvaardigd beroep kan worden gedaan op een uitzonderingsgrond.
- Ook als de signaleringsparameter wordt overschreden, maar niet aannemelijk is dat het dijktraject de ondergrens op 1 januari 2050 zal overschrijden, zal dat in onze ogen gemotiveerd in het beheerprogramma moeten worden vermeld (zie paragraaf 3.2).
- Ook voor dijktrajecten die op dit moment aan zowel de signaleringswaarde als de ondergrens voldoen, zal moeten worden ingeschat of ze ook op 1 januari 2050 aan de ondergrens zullen voldoen. Is aannemelijk dat dit niet het geval is, dan zullen voor deze dijktrajecten eveneens versterkingsmaatregelen in het beheerprogramma moeten worden opgenomen, behoudens een gerechtvaardigd beroep op een wettelijke uitzondering.

De beheerder moet in het beheerprogramma dus voor ieder dijktraject dat hij in beheer heeft monitoren of op 1 januari 2050 wordt voldaan aan de ondergrens. Het oordeel dat dit het geval is, zal in het beheerprogramma moeten worden gemotiveerd. Als aannemelijk is dat niet op 1 januari 2050 aan de ondergrens zal worden voldaan, dan moet de beheerder versterkingsmaatregelen in het beheerplan opnemen, tenzij de beheerder een gerecht-

⁵⁹ Zie paragraaf 10.1.2 Bkl.

⁶⁰ Art. 3.10 Ow.

⁶¹ Art. 3.11 lid 2 Ow.

⁶² Dat is mogelijk anders als de hydraulische randvoorwaarden op grond waarvan de veiligheid van een dijktraject moete worden beoordeeld wijzigen, bijvoorbeeld door wijzigende inzichten in de zeespiegelstijging en verhoogde rivierafvoeren.

vaardigd beroep kan doen op een uitzondering. Het beroep op een uitzondering zal de beheerder ook in het beheerprogramma moeten motiveren. In het beheerprogramma zou dan ook de status van een dijktraject moeten kunnen worden geraadpleegd. Ook zal de beheerder daarin gemotiveerd moeten aangeven welke acties de beheerder al dan niet ten aanzien van deze dijktrajecten onderneemt.

3.3.4 Wettelijke uitzonderingen

Algemene opmerkingen

Art. 2.0e lid 2 Bkl bepaalt, zoals gezegd, dat op de verplichting om te voldoen aan de omgevingswaarden voor de waterveiligheid in een aantal gevallen een uitzonderingen kan worden gemaakt. Het gaat om de volgende situaties:

- De maatregelen om te voldoen aan de omgevingswaarde staan geprogrammeerd in het Hoogwaterbeschermingsprogramma, en zijn noodzakelijk geworden wegens een in art. 7.24 lid 1 sub a, b of c genoemde verandering in de normerings- of beoordelingsystematiek.
- De maatregelen om te voldoen aan de omgevingswaarde zijn onevenredig kostbaar.
- Er is sprake van gewijzigde omstandigheden buiten de invloedssfeer van het waterschapsbestuur waardoor niet aan de resultaatverplichting wordt of kan worden voldaan.
- Ondanks inspanningen van het waterschapsbestuur kan vanwege de lange doorlooptijd van het treffen van de maatregel niet aan de omgevingswaarde worden voldaan.

Een waterschapsbestuur kan zich niet op andere dan deze uitzonderingsmogelijkheden beroepen. De opsomming in art. 2.0 lid 2 Bkl is limitatief. Wij benadrukken hier dat de uitzonderingen niet automatisch gaan gelden wanneer daaraan wordt voldaan; de beheerder dient hierop expliciet een beroep te doen.⁶³ Desalniettemin komt de beheerder nog de nodige beoordelingsvrijheid toe ten aanzien van het inroepen van uitzonderingen. Het beroep op een uitzondering dient naar ons oordeel met het oog op de rechtszekerheid, legitimiteit, transparantie en kenbaarheid van het overstromingsrisicobeheer deugdelijk te worden gemotiveerd. Hoewel de Nota van Toelichting bij het Bkl impliceert dat de beheerder een beroep op een uitzondering in het beheerprogramma motiveert als dat nodig en mogelijk is,⁶⁴ zou in het Bkl naar onze mening ook daadwerkelijk een uitdrukkelijke plicht moeten worden opgenomen om een beroep op een uitzon-

dering in het beheerprogramma te motiveren. Met een beroep op een uitzondering moet, met andere woorden, niet lichtzinnig worden omgesprongen; daar hoort een deugdelijke motivering bij.⁶⁵

Uit de systematiek van de Omgevingswet volgt dat indien een beheerder een gerechtvaardigd beroep op een uitzondering doet, er voor hem voor het betreffende dijktraject geen programmaplicht bestaat. Zolang de uitzonderingsgrond zich voordoet, is hij niet verplicht versterkingsmaatregelen in zijn beheerprogramma op te nemen. In plaats daarvan zal hij in zijn beheerprogramma echter wel het beroep op de uitzonderingsgrond moeten motiveren. Kortom: voor elk dijktraject dient het beheerprogramma te worden aangegeven wat de status daarvan is en elke beslissing in dat verband dient te worden gemotiveerd. Daarbij is voorts nog van belang dat een beroep op een uitzonderingsgrond de beheerder niet ontslaat van zijn hierboven reeds besproken onderhoudsverplichting. De beheerder dient er zorg voor te dragen dat de betreffende kering voldoet aan de in de legger opgenomen normtoestand, ongeacht of hij zich op een uitzondering beroept.

In de Nota van Toelichting bij het Invoeringsbesluit (Bkl) stelt de regering dat een beroep op een uitzondering in beginsel alleen *uitstel* van de resultaatverplichting inhoudt. Dat komt in het Bkl zelf echter niet tot uitdrukking. Ook op dit punt verdient het aanbeveling om aanvullende verplichtingen in het Bkl op te nemen op grond waarvan de beheerder:

- zich inspant om de situatie die aanleiding geeft tot een beroep op een uitzonderingsmogelijkheid zo kort mogelijk te laten voortduren;
- voor zover mogelijk in zijn waterbeheerprogramma aangeeft wanneer naar verwachting wel aan de omgevingswaarde zal worden voldaan en welke maatregelen hij daartoe binnen welke termijn zal treffen; en
- aangeeft op welke wijze hij de veiligheid gedurende een beroep op de uitzonderingsgrond door 'andere beheersmaatregelen' zoveel mogelijk wil verzekeren, eventueel door afstemming met het bevoegd gezag voor de tweede en de derde laag in het waterveiligheidsbeleid.⁶⁶

⁶³ Indien dit een tussentijdse wijziging van het beheerprogramma inhoudt, kan de beheerder afd. 3.4 met gebruikmaking van art. 16.27 lid 2 Ow buiten toepassing laten. Dit achten wij niet onwenselijk. Het belangrijkste is volgens ons dat gebruikmaking van een uitzondering openbaar wordt gemaakt en deugdelijk wordt gemotiveerd. Het beheerprogramma is daarvoor inderdaad een geschikt medium.

⁶⁴ NvT Invoeringsbesluit Bkl, pp. 59 en 449.

⁶⁵ Voor de rijksbeheerder van primaire waterkeringen gelden op grond van art. 2.0f Bkl dezelfde uitzonderingsmogelijkheden, behalve de uitzondering onder a) genoemd, omdat rijksmaatregelen niet voor subsidie via het HWBP in aanmerking komen. Het Rijk vermeldt de uitzonderingen in het nationale waterprogramma, vanzelfsprekend ook onder een deugdelijke motivering.

⁶⁶ De verplichtingen die gelden bij een beroep op de uitzonderingen op de milieudoelstellingen van art. 4 Krw zouden daarbij als inspiratiebron kunnen dienen.

Uitzondering a: Veranderingen in normerings- of beoordelingssystematiek

De eerste uitzonderingsmogelijkheid heeft betrekking op situaties waarin een waterkering niet (langer) aan de gestelde norm voldoet, doordat die norm, de daaraan ten grondslag liggende normeringssystematiek, of de hydraulische randvoorwaarden die voor de monitoring als uitgangspunt worden genomen, zijn gewijzigd. Het betreft situaties, zoals genoemd in art. 7.24 lid 1 sub a, b of c Wtw. Het gaat om gevallen waarin:

1. de overgang naar de nieuwe normeringssystematiek op 1 januari 2017 ertoe heeft geleid dat een dijktraject niet aan de nieuwe overstromingskansnorm voldoet;
2. de voor de beoordeling van de veiligheid van een dijktraject opgestelde hydraulische randvoorwaarden zijn gewijzigd ten opzichte van de situatie zoals die was vóór 1 januari 2017, waardoor een waterkering de beoordeling niet langer doorstaat; of
3. een toekomstige aanpassing van de aan een dijktraject toegekende omgevingswaarde of de hydraulische randvoorwaarden tot gevolg heeft dat er een strengere norm dan wel een strenger beoordelingsregime komt te gelden, waardoor een bepaald dijktraject niet (langer) voldoet.

Als een van deze situaties zich voordoet en de versterkingsmaatregel is aangemeld bij het HWBP, dan kan de beheerder een beroep doen op deze uitzonderingsgrond. Dit betekent dat voor niet bij het HWBP aangemelde dijktrajecten geen beroep op deze uitzondering kan worden gedaan. Ook dat is volgens ons terecht, want een beheerder dient het op grond van art. 10.9a Bkl aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat te melden, wanneer een dijktraject de signaleringsparameter c.q. de ondergrens overschrijdt. Nalaten dit te melden valt de beheerder toe te rekenen; de gevolgen daarvan komen voor zijn rekening. Aanmelding is een voorwaarde om in het HWBP opgenomen te worden, hetgeen overigens niet automatisch betekent dat de noodzakelijke versterkingsmaatregelen dan ook meteen worden geprioriteerd en gesubsidieerd. Daartoe zal nadere besluitvorming van de minister plaatsvinden binnen het HWBP.⁶⁷ Daarop heeft de beheerder geen invloed, zodat het niet vreemd is dat hij zich gedurende die besluitvorming op deze uitzondering op de resultaatsverplichting kan beroepen. De verantwoordelijkheid voor het voortvarend en zorgvuldig prioriteren en programmeren van versterkingsmaatregelen rust in dat geval op de

minister. De minister kan naar onze mening dan ook op deze verantwoordelijkheid - onverminderd de onderhoudsplicht van de beheerder - worden aangesproken, bijvoorbeeld in politieke zin of in het kader van civielrechtelijke procedure (zie par. 4.1). Na oplevering van een versterkingsmaatregel, zal deze van het HWBP worden afgevoerd, zodat de beheerder vanaf dat moment geen beroep meer kan doen op deze uitzonderingsgrond.

Uitzondering b: Maatregelen zijn onevenredig kostbaar

Als de maatregelen om aan een omgevingswaarde voor een dijktraject te voldoen onevenredig kostbaar zijn, kan de beheerder zich ook op een uitzonderingsgrond beroepen. Naar ons oordeel is het opmerkelijk dat de beheerder deze uitzonderingsgrond kan invoeren, omdat de beheerder zelf niet bevoegd is om daarover een oordeel te vellen. Of het bereiken van een omgevingswaarde voor een dijktraject in een concreet geval onevenredig kostbaar is en of deze omgevingswaarde om die reden moet worden aangepast, is uiteindelijk aan de regering, die bevoegd is tot wijziging van de in het Bkl opgenomen omgevingswaarden voor dijktrajecten. De beheerder kan dan ook slechts de regering erop wijzen dat naar zijn oordeel de maatregelen om aan de omgevingswaarde te voldoen onevenredig kostbaar zullen zijn en haar verzoeken om bijstelling van de omgevingswaarde.

De regering zal op basis van een kosten-batenanalyse moeten beoordelen of de kosten om de omgevingswaarde te bereiken inderdaad onevenredig zijn. Daarbij zal de regering ook het wettelijke basisbeschermingsniveau als uitgangspunt moeten nemen. Het kan in dat geval noodzakelijk zijn dat de regering in de kosten-batenanalyse dan eveneens mogelijke gevolgbeperkende maatregelen in het ruimtelijke spoor (laag 2) of in het kader van de rampenbeheersing (laag 3) in de besluitvorming betreft.

De beheerder is niet bevoegd tot het treffen van maatregelen in de tweede en derde laag bevoegd. Er komen dan andere publieke of eventueel particuliere verantwoordelijkheden in beeld. In dergelijke gevallen verdient het aanbeveling dat de bestuursorganen die verantwoordelijk zijn voor het treffen van maatregelen in de tweede en derde laag, eventueel samen met de waterbeheerder, een gezamenlijk programma vaststellen.⁶⁸ In dat gezamenlijke programma dient duidelijk te worden aangegeven wie, wanneer, welke maatregelen zal treffen én handhaven om uiteindelijk ten minste het overkoepelende basisbeschermingsniveau te verwezenlijken. Lastig daarbij is dat effectiviteit van compenserende maatregelen in tweede en

⁶⁷ In de praktijk betekent dit dat het programmabureau HWBP, bestaande uit vertegenwoordigers van de waterschappen en Rijkswaterstaat, aangestuurd door een stuurgroep, prioriteert. De minister is echter formeel-juridisch verantwoordelijk voor het HWBP en de prioritering (zie Memorie van Toelichting bij de Deltawet waterveiligheid en zoetwatervoorziening: *Kamerstukken II 2009/10, 32 304, nr. 3, p. 10*).

⁶⁸ Art. 3.13 Ow.

derde laag niet altijd objectief te meten en te monitoren is.⁶⁹

Mocht de regering niet bereid zijn tot bijstelling van de omgevingswaarde, dan blijft voor de beheerder in onze ogen de resultaatsverplichting in beginsel gelden. Pas wanneer de regering van oordeel is dat het voldoen aan de omgevingswaarde inderdaad onevenredig kostbaar is, komt deze uitzondering wat ons betreft in beeld. Een beroep daarop zou in dat geval pas kunnen worden gedaan als de regering de procedure tot bijstelling van de omgevingswaarde in gang heeft zet. Zodra de omgevingswaarde (naar beneden) is bijgesteld, geldt er voor de beheerder geen of een minder omvangrijke versterkingsopgave die niet (langer) onevenredig kostbaar is.

Uitzondering c: Gewijzigde omstandigheden buiten de invloedssfeer beheerder

De derde uitzonderingsgrond ziet op situaties waarin sprake is van gewijzigde omstandigheden buiten de invloedssfeer van de beheerder, waardoor niet aan de resultaatsverplichting wordt of kan worden voldaan. In de Nota van Toelichting wordt een aantal voorbeelden genoemd: onvoldoende capaciteit in de markt, schade aan de kering door mens of natuur, of nieuwe inzichten over de sterkte en belasting van de kering waardoor deze onverwachts (opeens) niet meer aan de omgevingswaarden voldoet. Het kan gaan om oorzaken waardoor tijdelijk niet aan de omgevingswaarden kan worden voldaan (de eerste twee voorbeelden), maar het kan ook gaan om oorzaken die een permanent karakter hebben (het laatste voorbeeld).⁷⁰ Het gaat met andere woorden steeds om objectief onvoorzienbare risico's. Deze uitzonderingsgrond is ruim geformuleerd, waardoor de beheerder bij het inroepen hiervan veel beoordelingsruimte heeft. De beheerder dient daarom in zijn beheerprogramma aannemelijk te maken dat de onverwachte gewijzigde omstandigheden, waarop hij zelf geen invloed heeft (gehad), de oorzaak zijn van het niet (kunnen) voldoen aan de omgevingswaarde. Hij dient daarbij naar onze mening, in lijn met hetgeen wij hierboven reeds in algemene zin opmerkten, eveneens aan te geven welke maatregelen hij beoogt te treffen om de uitzonderings situatie zo kort mogelijk te laten voortduren en aan te geven wanneer hij verwacht (weer) aan zijn resultaatsverplichting te kunnen voldoen.

Uitzondering d: Lange doorlooptijd van maatregelen

De laatste uitzonderingsgrond betreft situaties waarin ondanks de inspanningen van een beheerder vanwege de lange doorlooptijd van het treffen van een versterkingsmaatregel niet aan de omgevingswaarde wordt voldaan. Deze uitzonderingsgrond zal wat ons betreft beperkt moeten worden uitgelegd. Termijnen die normaliter gemoed zijn met de voorbereidings-, totstandkomings- en rechtsbeschermingsprocedures rondom besluiten die voor een versterkingsmaatregel nodig zijn zullen daarbij naar ons oordeel niet kunnen worden betrokken. Deze termijnen kunnen door de beheerder immers worden ingecalculleerd. Onrechtmatigheid van de door een beheerder genomen besluiten in het kader van een dijkversterkingsmaatregel en de vertragingen die daaruit voortvloeien, zoals reparatiebesluiten - al dan niet na een bestuurlijke lus -, komen in onze ogen voor rekening van de beheerder zelf, zodat deze in zoverre geen reden kunnen zijn voor een beroep op deze uitzondering. Het gaat volgens ons uitsluitend om uitzonderlijke situaties waarop de beheerder niet of nauwelijks invloed heeft, bijvoorbeeld vertraging ten gevolge van een prejudiciële vraag van de bestuursrechter aan het Hof van Justitie van de EU over een kwestie die speelt in het kader van de besluitvorming over de versterking van een primaire waterkering. Ook 'onverwachte' juridische of politieke ontwikkelingen die van invloed zijn op de voortvarende uitvoering van versterkingsmaatregelen, zoals de recente PAS- en PFAS-problematiek, maken in onze ogen een gerechtvaardigd beroep op deze uitzonderingsgrond mogelijk.

4. Aansprakelijkheid en afdwingbaarheid van de resultaatsverplichtingen

4.1 Afdwingen programmaplicht en daarin opgenomen versterkingsmaatregelen

De verplichting van de beheerder om versterkingsmaatregelen in zijn beheerprogramma op te nemen kan alleen worden afgedwongen bij de civiele rechter, omdat er tegen de vaststelling of wijziging van een beheerprogramma geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.⁷¹ Indien de civiele rechter constateert dat er sprake is van een (dreigende) overschrijding van de ondergrens en de beheerder heeft in strijd met art. 3.10 Ow geen versterkingsmaatregel in zijn beheerprogramma opgenomen die is gericht op het voldoen

⁶⁹ Zie H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse, D. Korsse en H.F.M.W. van Rijswijk, Wettelijke voorziening 'Slimme combinaties' Rapportage voor Ministerie van I en M, HBJZ, UCWOSL 2016. Zie <<https://www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law/adviezen>>.

⁷⁰ Zie NvT Invoeringsbesluit, p. 59.

⁷¹ De vaststelling van een beheerprogramma zal op de negatieve lijst van art. 8:5 Awb worden geplaatst. Zie art. 2.2, onderdeel B, lid 1 onder d, ontwerp Invoeringswet.

aan de ondergrens,⁷² dan kan hij de keringbeheerder sommeren om daartoe alsnog toe over te gaan. Indien de beheerder een beroep op een uitzonderingsgrond heeft gedaan, zal de civiele rechter beoordelen of dat beroep gerechtvaardigd is. Als dat niet het geval is, zal hij de beheerder sommeren alsnog een versterkingsmaatregel in het beheerprogramma op te nemen. Indien er een beroep wordt gedaan op de 'HWBP-uitzonderingsgrond', dan zal de civiele rechter ook het prioriterings- en subsidiëerings-beleid van de minister kunnen beoordelen, maar bedacht moet worden dat de minister daarbij veel beleidsruimte heeft, zodat de civiele rechter niet snel tot de conclusie zal komen dat dit beleid onrechtmatigheid is.

Wanneer een beheerder een in het beheerprogramma opgenomen versterkingsmaatregel niet of niet tijdig neemt, kan een belanghebbende hem daartoe proberen aan te zetten door de beheerder te verzoeken om daarvoor een projectbesluit vast te stellen. Tegen weigering van de beheerder om daartoe over te gaan kan een belanghebbende beroep instellen bij de bestuursrechter.⁷³ Dat de beheerder de resultaatsverplichting heeft om de primaire waterkeringen per 1 januari 2050 aan de omgevingswaarde te laten voldoen, betekent evenwel niet dat de beheerder de uitdrukkelijke wettelijke verplichting heeft om de concrete versterkingsmaatregel uit het beheerprogramma ook daadwerkelijk uit te voeren.⁷⁴ De beheerder kan gemotiveerd van het eigen beleid afwijken. Vanwege de ruime beleidsruimte die de beheerder bij de vaststelling van een projectbesluit heeft, zal de rechter de weigering om een projectbesluit vast te stellen terughoudend toetsen.

4.2 Aansprakelijkheid voor schade bij falen primaire kering

Indien een waterkering faalt en er daardoor schade optreedt, kan de beheerder civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden op grond van de onrechtmatige daad (art. 6:162 Burgerlijk Wetboek) of op grond van de opstalaansprakelijkheid (art. 6:174 BW). In deze civiele zaak speelt de vraag of de kering op het moment van falen voldoet aan de ondergrens een rol. Daarnaast bestaat een publiekrechtelijk compensatieregime voor schade als

gevolg van rampen, zoals een overstroming; de Wet Tegemoetkoming Schade bij Rampen (WTS).

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 een gestelde onrechtmatige daad, 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 ligt de bewijslast bij de beheerder om aan te tonen dat de falende waterkering wel voldeed aan de ondergrens.⁷⁵ Als eenmaal wordt geconstateerd dat er sprake is van onrechtmatigheid (er wordt niet voldaan aan de omgevingswaarde), dan is dit onderscheid wel van belang. Een resultaatsverplichting schrijft immers een concreet resultaat voor. Als dat niet tijdig is bereikt, dan zal er in beginsel sprake zijn van aansprakelijkheid voor schade die optreedt ten gevolge van het niet bereiken van het voorgescreven resultaat. Dat is alleen anders als de beheerder een gegrond en deugdelijk onderbouwd beroep op een wettelijke uitzonderingsgrond kan doen. Om die reden zijn de uitzonderingsgronden die in art. 2.0e en 2.0f Bkl zijn opgenomen van belang in het kader van de vraag of de beheerder aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het niet voldoen aan de als resultaatsverplichting aangemerkte omgevingswaarde voor een primaire waterkering. Deze hebben een belangrijke vrijwarende werking.

Het relevante onderscheid tussen een inspanningsverplichting en een resultaatsverplichting is gelegen in het moment waarop beoordeeld wordt of de beheerder verweten kan worden dat hij niet aan zijn verplichting heeft voldaan. Bij een inspanningsverplichting komt de motivering aan de orde bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag, waarbij de rechter oordeelt of de beheerder gegeven de omstandigheden in redelijkheid tot de betreffende gedraging had kunnen komen dan wel een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan doen. In geval van een resultaatsverplichting komt de motivering reeds aan de orde op het moment dat de beheerder een beroep doet op de limitatieve opgesomde uitzonderingsmogelijkheden. Vanwege de grote mate van beleidsruimte die de beheerder daarbij heeft, zal het onderscheid met een inspanningsverplichting in de praktijk echter minder groot zijn dan in theorie. Vanwege de grote achterliggende belangen van de veiligheidsnormen voor

⁷² Als een in het beheerprogramma opgenomen versterkingsmaatregel niet langer gericht is op het (tijdig) voldoen aan de ondergrens, dan moet de beheerder het beheerprogramma ingevolge art. 3.11 Ow zodanig wijzen dat wel tijdig aan de ondergrens wordt voldaan.

⁷³ Art. 6:2 Awb.

⁷⁴ Ingevolge art. 3.12 Ow kan bij amvb een dergelijke wettelijke verplichting wel worden geïntroduceerd, maar dat is ten aanzien van versterkingsmaatregelen gericht op het bereiken van de omgevingswaarden voor primaire waterkeringen niet gebeurd. Voor de maatregelen ter uitvoering van de milieudoelstellingen van de Krw is met het oog op de implementatie van art. 11 Krw een dergelijke uitvoeringsplicht wel geïntroduceerd (zie art. 10.16 lid 3 Omgevingsbesluit).

⁷⁵ 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 gebrekig 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).

primaire waterkeringen, hechten wij dan ook veel waarde aan een stevige wettelijke motiveringsplicht voor de beheerder als hij een beroep doet op een van deze uitzonderingsgronden.

Naast deze civielrechtelijke aansprakelijkheidsmogelijkheden, bestaat de WTS, het publiekrechtelijke compensatieregime voor schade als gevolg van een natuurlijke overstroming. Indien sprake is van een ramp als bedoeld in de wet, wordt een ministeriële regeling opgesteld, met regels over de compensatie aan gedupeerden. Het doel is dat deze gedupeerden bij één bevoegd gezag, de Minister van Binnenlandse Zaken, terecht kunnen voor de compensatie. Dit regime bestaat naast de hierboven genoemde civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falen van een waterkering. Bijvoorbeeld, in de hierboven reeds genoemde Wilnis-zaak, werden gedupeerden deels gecompenseerd op basis van de WTS, maar werd de beheerder ook civielrechtelijk aangesproken op grond van artikel 6:162 en 6:174 BW.

5. Conclusies

In dit artikel hebben wij de inbedding van de huidige veiligheidsnormeringssystematiek voor primaire waterkeringen in de Omgevingswet beschreven en geanalyseerd. De huidige wettelijke signaleringswaarden en veiligheidsnormen uit de Waterwet worden omgezet in signaleringsparameters en omgevingswaarden, die bij amvb (in het Bkl) worden vastgesteld. Ook wordt er een wettelijk basisbeschermingsniveau geïntroduceerd dat de regering als uitgangspunt moet nemen voor de vaststelling of wijziging van omgevingswaarden voor primaire waterkeringen. Hoewel de wettelijke verankering van het basisbeschermingsniveau het belang van dit uitgangspunt onderstreept, is de juridische afdwingbaarheid daarvan in onze ogen beperkt.

Het meest in het oog springende verschil tussen de normeringssystematiek onder de Waterwet en die onder de Omgevingswet is de nadrukkelijke kwalificatie van de veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen (de ondergrenzen) als resultaatsverplichtingen waaraan uiterlijk per 1 januari 2050 moet worden voldaan. Onder het huidige recht kenschetsen wij de veiligheidsnormen - mede vanwege de rol die signaleringswaarden in de normeringssystematiek spelen en het ontbreken van uitzonderingen - als zware inspanningsverplichtingen. Aangezien niet onder alle omstandigheden het voorgeschreven resultaat kan worden bereikt, voorziet het Bkl in een limitatieve lijst met wettelijke uitzonderingsgronden. Voordeel van een dergelijke systematiek is dat voor een ieder op voorhand duidelijk is wanneer en op welk resultaat men de beheerder kan afrekenen of - bij een gerechtvaardigd beroep op een uitzonderingsgrond - waarom dat in een bepaald geval niet mogelijk is. Bij een inspan-

ningsverplichting is het de rechter, die pas achteraf in een concreet geval kan vaststellen of de beheerder zich in voldoende mate heeft ingespannen om de wettelijk voorgeschreven veiligheidsnorm te bereiken.

Voor de beheerder geldt te allen tijde de plicht om de dijktrajecten overeenkomstig de geldende legertoestand te beheren en te onderhouden. Gewijzigde omstandigheden, zoals veranderende hydraulische randvoorwaarden, zoals zeespiegelstijging en verhoogde rivierafvoeren, kunnen tot gevolg hebben dat een dijktraject zoals omschreven in de legger niet (langer) aan de geldende omgevingswaarde voldoet. Daarvan kan ook sprake zijn als de omgevingswaarden worden aangescherpt. Als met de legertoestand niet (langer) aan de omgevingswaarde wordt voldaan, dient het dijktraject te worden versterkt. Daarvoor moet de beheerder een projectplan vaststellen.

In de systematiek van de Omgevingswet moet de beheerder versterkingsmaatregelen opnemen in het beheerprogramma als aannemelijk is dat niet wordt voldaan of niet zal worden voldaan aan de omgevingswaarde. Ook moet het programma worden gewijzigd als uit de monitoring blijkt dat met het beheerprogramma niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan. Daarvan is niet noodzakelijkerwijs sprake als een dijktraject de signaleringsparameter overschrijdt, zodat overschrijding van de signaleringsparameter in juridisch opzicht enkel tot gevolg heeft dat een dijktraject kan worden aangemeld bij het HWBP.

Voor de beheerder geldt de programmaplicht en de wijzigingsplicht niet, indien hij een gerechtvaardigd beroep kan doen op een van vier uitzonderingsgronden vermeld in art. 2.0e lid 2 Ow. Als een dijktraject is aangemeld bij het HWBP en aannemelijk is dat voor een dijktraject op 1 januari 2050 niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan, kan de beheerder zich beroepen op een uitzonderingsgrond. Voor de beheerder geldt in dat geval de resultaatsverplichting niet, totdat de minister heeft besloten om het aangemelde dijktraject te prioriteren en te subsidiëren. Dat betekent in onze ogen dat de minister gedurende de periode dat het dijktraject is aangemeld bij het HWBP (in rechte) kan worden aangesproken op deze (prioriterings) verantwoordelijkheid.

De mogelijkheid voor de beheerder om zich te beroepen op een uitzondering wegens onevenredig hoge kosten kunnen wij niet goed in het stelsel plaatsen, omdat het niet aan de beheerder, maar aan de regering is om daarover - na een gedegen kosten-batenanalyse - te beslissen. Is de regering van oordeel dat om deze reden niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan, dan ligt bijstelling van de omgevingswaarde door regering in de

rede. Gedurende de procedure tot bijstelling van de omgevingswaarde door de regering achten wij een tijdelijk beroep op een uitzondering vanwege onevenredige kosten voor de beheerder voorstelbaar. De huidige uitzonderingsgrond is in onze ogen te ruim geformuleerd en biedt daardoor oneigenlijke beoordelingsruimte aan de beheerder.

De wettelijke uitzonderingsgrond ten aanzien van onverwacht langere doorlooptijden van maatregelen moet wat ons betreft strikt worden uitgelegd. Termijnen die gelden voor reguliere totstandkomings- en rechtsbeschermingsprocedures of langere doorlooptijden ten gevolge van onrechtmatige besluitvorming door de beheerder, rechtvaardigen naar onze mening geen beroep op deze uitzonderingsgrond.

In algemene zin zijn wij van mening dat het Bkl ten onterechte niet voorziet in een uitdrukkelijke plicht voor de beheerder om een beroep op een uitzonderingsgrond te motiveren in het beheerprogramma. Bovendien zou in onze ogen in het Bkl moeten worden voorgeschreven dat een beheerder zich zoveel mogelijk dient in te spannen om een beroep op een uitzonderingsgrond zo kort mogelijk te laten duren, dat hij in het beheerprogramma aangeeft wanneer naar verwachting wel aan de omgevingswaarden zal worden voldaan en welke maatregelen hij daartoe binnen welke termijn zal treffen.

Bovendien pleiten we voor een bredere verantwoordingsplicht van het keringbeheer door de beheerder in het beheerprogramma. Op grond van die verantwoordingsplicht moet de status van alle dijktrajecten in het beheerprogramma kunnen wor-

den geraadpleegd door een ieder, evenals de acties die de beheerder met het oog op die status al dan niet zal ondernemen. Dat betekent onder meer dat de beheerder ook een overschrijding van de signaleringsparameter in het beheerprogramma zal moeten vermelden, waarbij hij aangeeft welke acties hij binnen welke termijn zal treffen om een overschrijding van de omgevingswaarde te voorkomen. Deze verbrede verantwoordingsplicht maakt het keringsbeheer en de in dat kader gemaakte keuzes niet alleen transparanter en controleerbaar, maar biedt ingezetenen bovendien vroegtijdig de mogelijkheid om mee te denken over de oplossing van dijkversterkingsopgaven in hun omgeving.

De wettelijke verplichting van de beheerder om een versterkingsmaatregel in zijn beheerprogramma op te nemen (of deze te wijzigen) als een dijktraject niet aan de ondergrens voldoet of aannemelijk is dat daaraan op de gestelde termijn niet zal worden voldaan, kan alleen bij de civiele rechter worden afgedwongen. Als de beheerder een beroep op een uitzonderingsgrond heeft gedaan, zal de civiele rechter toetsen of dat beroep gerechtvaardigd is. Indien een beroep wordt gedaan op de HWBP-uitzondering, dan zal de civiele rechter ook het prioriteringsbeleid van de minister (terughoudend) kunnen toetsen. Het afdwingen van een concrete versterkingsmaatregel door een belanghebbende kan plaatsvinden door de beheerder te verzoeken om een projectbesluit vast te stellen. Vanwege de ruime beleidsruimte die de beheerder ten aanzien van de projectbesluitbevoegdheid heeft, zal de bestuursrechter een eventuele weigering van dat verzoek terughoudend toetsen. ●