

Aan De Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
De heer J. Atsma
Postbus 20901
2500 EX 's-GRAVENHAGE

Datum 20 april 2011
Onderwerp Europese en internationaalrechtelijke aspecten van de eventuele intrekking
van het Kierbesluit
Oms kenmerk CAW-2011/039

Geachte heer Atsma,

Zoals besproken tijdens het kennismakingsgesprek dat u met leden van de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving (verder: de Commissie) heeft gevoerd op 10 maart jongstleden, bied ik u hierbij een kort advies aan over de juridische risico's die naar het oordeel van de Commissie kunnen worden verwacht bij eenzijdige intrekking van het Kierbesluit. Ten behoeve van de opstelling van dit advies heeft de Commissie inzage gehad in interne verkenningen van uw ministerie.

Dit advies is als volgt opgebouwd. In de volgende paragraaf wordt het juridische kader geschetst waarin het Kierbesluit is genomen. Daarna gaat de Commissie kort in op de mogelijke juridische risico's die intrekking van het Kierbesluit met zich kan meebrengen. Hierbij wordt aandacht besteed aan internationaalrechtelijke, Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten. Het advies eindigt met enige slotopmerkingen.

Het juridische kader van het Kierbesluit

Het Kabinet is voornemens om gemaakte afspraken zoals die voortvloeien uit verschillende verdragen en Europeesrechtelijke verplichtingen eenzijdig te wijzigen. Het gaat daarbij met name om intrekking van het zogenaamde Kierbesluit uit 2000, welk besluit is gewijzigd in 2004 en 2007.¹ Het Kierbesluit is een maatregel die voortvloeit uit internationale en Europeesrechtelijke verplichtingen die Nederland is aangegaan. Het gaat daarbij meer in het bijzonder om de Kaderrichtlijn water (verder: KRW), de Habitatrichtlijn, de Aalverordening, het Maasverdrag, het Rijnverdrag en het Beneluxverdrag. Het Kierbesluit maakt deel uit van een uitgebreid pakket aan maatregelen dat op basis van de genoemde internationale en Europeesrechtelijke instrumenten is afgesproken om onder meer de vismigratie in de stroomgebieden van de Rijn en de Maas te bevorderen. Het Kierbesluit is daartoe opgenomen in de internationale stroomgebiedbeheerplannen voor de Maas en de Rijn, het beheerplan voor de rijkswateren 2010-2015 waarin het KRW-maatregelenprogramma is opgenomen, diverse beheerplannen voor Natura 2000-gebieden, het beheerplan ter uitvoering van de Aalverordening, het Masterplan Trekvis voor de Rijn en de Benelux-beschikking inzake vrije vismigratie. De effectiviteit van het totale pakket aan maatregelen is sterk afhankelijk van de maatregel de Haringvlietsluizen periodiek te openen, zoals nader is uitgewerkt in het Kierbesluit.

Mogelijke juridische risico's bij intrekking van het Kierbesluit

De Commissie is van oordeel dat er serieuze juridische risico's kleven aan het eenzijdig wijzigen van de gemaakte afspraken in internationaal en Europeesrechtelijk verband, zoals deze in de vorige paragraaf zijn genoemd. Het gaat daarbij immers om het niet nakomen van:

- internationaalrechtelijke afspraken voortvloeiend uit het Rijnverdrag, het Maasverdrag en het Beneluxverdrag;

¹ Besluit Beheer Haringvlietsluizen, Staatscourant 9 juni 2000, nr. 110, p. 10. De wijzigingen van dit besluit zijn te vinden in: Staatscourant 31 december 2004, nr. 254, p. 10 en Staatscourant 21 december 2007, nr. 248, p. 49.

- verplichtingen die voortvloeien uit de op basis van de KRW gezamenlijk opgestelde stroomgebiedbeheerplannen voor de Rijn en de Maas;
- verplichtingen uit de Aalverordening;
- en verplichtingen uit de Habitatrichtlijn.

Door het eenzijdig intrekken van het Kierbesluit zullen naar verwachting de doelstellingen zoals die zijn vastgelegd in de relevante regelgeving niet worden gehaald. Dat geldt niet alleen voor Nederland; ook de bovenstroomse lidstaten zullen door het intrekken van het Kierbesluit waarschijnlijk niet aan hun verplichtingen kunnen voldoen. Tevens speelt een rol dat bovenstroomse lidstaten al aanzienlijke investeringen hebben gedaan die hun waarde kunnen verliezen als het Kierbesluit wordt ingetrokken. Door het intrekken van het Kierbesluit wordt eveneens gehandeld in strijd met verplichtingen uit de Waterwet, in het bijzonder het Waterbesluit waarin is opgenomen dat maatregelen uit het maatregelenprogramma binnen drie jaar operationeel dienen te zijn.²

De Commissie wijst in het bijzonder op de volgende risico's.

Internationaal:

Als niet-EU-lid kan Zwitserland een geschil waarin wordt gesteld dat Nederland in internationaal verband gemaakte afspraken, het Rijnverdrag in het bijzonder, niet nakomt unilateraal – dat wil zeggen: zonder toestemming van Nederland –, voorleggen aan een zogenoemd 'scheidsgerecht' (artikel 16 tweede lid Rijnverdrag). Deze mogelijkheid bestaat niet voor EU-lidstaten omdat zij een geschil dat mede het Europese Unie recht betreft, dienen voor te leggen aan het Europese Hof van Justitie (verder: Hof van Justitie of Hof).

² Zie artikel 8.1 van het Waterbesluit, dat als volgt luidt: "De maatregelen, bedoeld in artikel 11 van de KRW, die zijn opgenomen in een plan als bedoeld in de artikelen 4.1, 4.4 of 4.6 van de wet dat betrekking heeft op de jaren 2010 tot 2015, dienen uiterlijk op 22 december 2012 operationeel te zijn."

Europees:

Het grootste risico is dat de Europese Commissie – zelfstandig of op verzoek van de stroomgebiedpartners – een inbreukprocedure zal starten bij het Hof van Justitie omdat Nederland zijn verplichtingen zoals die voortvloeien uit het Europese recht niet nakomt. De kans dat Nederland zal worden veroordeeld acht de Commissie bijzonder groot.

Andere lidstaten kunnen een klacht indienen bij het Hof van Justitie waarin zij er – terecht – op wijzen dat Nederland gemaakte afspraken zelf niet nakomt, maar ook verhindert dat andere lidstaten aan hun verplichtingen kunnen voldoen. Het risico dat het Hof zal oordelen dat dit een terechte klacht is, acht de Commissie eveneens bijzonder groot.

Bij een procedure voor het Hof van Justitie kunnen de volgende aspecten aan de orde worden gesteld: de algemene doelstellingen (art. 1 KRW) en milieudoelstellingen (art. 4 KRW), de reikwijdte van de uitzonderingsbepalingen, de stroomgebiedbeheerplannen en de maatregelenprogramma's, de coördinatieverplichtingen, de publieke participatieverplichtingen, de verplichtingen op grond van de Vogel- en Habitatrichtlijn, evenals de verplichtingen zoals die voortvloeien uit de Aalverordening en de relevante internationale verdragen.

Nationaal:

Niet-gouvernementele organisaties, benadeelde particulieren en benadeelde overheden uit het buitenland kunnen hun schade proberen te verhalen bij de nationale civiele rechter of naar aanleiding van een concreet besluit zich in een bestuursrechtelijke procedure beroepen op Europeesrechtelijke verplichtingen. Het kan daarbij zowel gaan om de in de vorige paragraaf genoemde aspecten als om de doelstellingen van de Waterwet in relatie tot vergunningverlening, de milieukwaliteitseisen uit het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009 (BKMW) en de wijze waarop deze eisen dienen door te werken in de besluitvorming, de inhoud van de waterplannen en maatregelenprogramma's. Daarnaast kan het ook gaan om de doorwerking van de betreffende Europese verplichtingen naar concrete besluitvorming in vele projecten op het terrein van water- en natuurbeheer.

Indien de bepalingen waar zij zich op beroepen voldoende concreet zijn geformuleerd en rechten beogen toe te kennen aan particulieren, bestaat het risico dat de nationale rechter rechtstreekse werking toekent aan Europeesrechtelijke bepalingen die door Nederland niet goed zijn geïmplementeerd. Indien er onduidelijkheden bestaan over een juiste uitleg van de betreffende Europese verplichtingen kan de nationale rechter bovendien prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie. Dit draagt niet alleen het risico in zich dat er grote vertragingen ontstaan in de uitvoering van projecten, maar ook dat wordt geoordeeld dat de Nederlandse implementatie van – bijvoorbeeld – de KRW niet conform de Europeesrechtelijke verplichtingen is geschied.

Een volwaardig alternatief

Een mogelijkheid om deze juridische risico's te verkleinen bestaat uit een formele herziening van de stroomgebiedbeheerplannen en de maatregelenprogramma's, waarbij wordt voorzien in een volwaardig alternatief voor het Kierbesluit. De Commissie wijst er op dat naar haar oordeel alleen een volledig volwaardig alternatief de juridische risico's weg kan nemen, waarbij afstemming dient plaats te vinden met alle betrokken partijen. Tevens zal dit alternatief een plaats dienen te krijgen in een formele herziening van de stroomgebiedbeheerplannen en maatregelenprogramma's op grond van de KRW en de relevante beheerplannen op grond van de Habitatrichtlijn. Daarbij merkt de Commissie op dat de verplichtingen inzake publieke participatie zoals die voortvloeien uit de KRW zullen moeten worden gerespecteerd. Een volwaardig alternatief dient tevens binnen de afgesproken termijn uitgevoerd te worden en gegarandeerd dient te zijn dat met het alternatief aan alle relevante internationale en Europese verplichtingen wordt voldaan. De Commissie wijst er op dat voorts vereist is dat ook de Europese Commissie en de betrokken lidstaten het alternatief als adequaat zullen moeten beschouwen.

Slotopmerkingen

Het besluit om de Haringvlietsluizen te openen is niet vastgelegd in de relevante richtlijnen of verdragen, maar in besluiten, maatregelen en plannen die veelal op zichzelf formeel niet juridisch bindend van aard zijn.³ De Commissie wijst er echter op dat het Hof van Justitie als zij moet beoordelen of een lidstaat voldoet aan haar verplichtingen zoals vastgelegd in Europese richtlijnen, bijvoorbeeld maatregelenprogramma's vereist op basis van de KRW (artikel 11), en beheerplannen vereist op basis van de Aalverordening (artikel 2), instandhoudingsdoelstellingen en beheerplannen zoals vereist op grond van de Vogel- en Habitatrichtlijn,⁴ alsmede plannen die opgesteld zijn in het kader van verdragen, zoals bijvoorbeeld het Masterplan Trekvis in het kader van het Rijnverdrag,⁵ betreft in haar oordeel. Ook wijst de Commissie er op dat uitzonderingsbepalingen door het Hof van Justitie over het algemeen restrictief worden uitgelegd.

Het Hof zal er zeer waarschijnlijk vanuit gaan dat specifieke maatregelen, opgenomen in dergelijke maatregelenprogramma's, beheerplannen en plannen, zoals het Kierbesluit, invulling geven aan de verplichtingen in de richtlijnen en, behoudens volwaardig alternatief, geïmplementeerd dienen te worden.

De Commissie kan niet beoordelen of een dergelijk alternatief voorhanden is. Uitgaande van een alternatief dat dezelfde positieve gevolgen heeft voor de (ecologische) toestand van de stroomgebieden van de Rijn en de Maas en eveneens op dezelfde wijze voldoet aan de afspraken gemaakt in internationaal verband, alsmede dezelfde positieve gevolgen heeft voor de goede staat van instandhouding zoals die geldt voor de betrokken Natura 2000-gebieden in het kader van de Vogel- en Habitatrichtlijn, acht de Commissie het gebruik van een alternatief voor het Kierbesluit mogelijk. Dat neemt echter niet weg dat in dat geval nog *niet* wordt voldaan aan de resultaatsverplichting het vastgestelde maatregelenprogramma op

³ Uitzondering daarop is de Beschikking M (2009)1 van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie inzake de vrije migratie van vissoorten in de hydrografische stroomgebieden van de Beneluxlanden.

⁴ Zie ook: HvJ EG, nr C-237/07 (Janecek).

⁵ Zie bijvoorbeeld: Zaak C- 57/89 (*Mondiet*) [1991] ECR I-883 en Zaak C-405/92 (*Commissie v. Frankrijk*) [1993] ECR I-16133.

grond van de KRW eind 2012 operationeel te hebben (art. 11 lid 7 KRW en artikel 8.1 Waterbesluit).

Ook wijst de Commissie er op dat voor het vaststellen van een volwaardig alternatief overleg, goedkeuring en medewerking van de stroomgebiedbeheerpartners (andere lidstaten en Zwitserland) en de Europese Commissie nodig is en een formele herziening van de stroomgebiedplannen en maatregelenprogramma's noodzakelijk is, inclusief het voldoen aan de vereisten van publieke participatie.

De Commissie verwacht dat de Europese Commissie en het Hof van Justitie sterk hechten aan het nakomen van gemaakte afspraken in het kader van de gecoördineerde stroomgebiedbeheerplannen en maatregelenprogramma's, omdat samenwerking, coördinatie en gezamenlijke verantwoordelijkheid kernelementen van de KRW zijn. Ook voor Nederland als benedenstrooms gelegen land, is deze gezamenlijke verantwoordelijkheid, waarbij erop gerekend moet kunnen worden dat gemaakte afspraken nagekomen worden, cruciaal om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen.

De Commissie wordt te zijner tijd graag geïnformeerd over de nadere besluitvorming met betrekking tot dit onderwerp.

Mocht u het op prijs stellen nader met de Commissie over de inhoud van dit advies van gedachten te wisselen, dan is zij daartoe gaarne bereid.

Met de meeste hoogachting,

Alfred van Hall

Voorzitter