

Korte internationaal juridische analyse van de gevolgen voor het niet uitvoeren van het Kierbesluit¹

Opgesteld door Anna Jonkhoff, mei 2011

Deze analyse gaat in op de mogelijke juridische gevolgen voor Nederland van het voornemen van Staatssecretaris J.J. Atsma om de Haringvlietdam (nog) niet op een kier te zetten. De mogelijke strijdigheid met de Habitatrictlijn, de afspraken van de Internationale Commissie ter Bescherming van de Rijn (ICBR) en de internationale afspraken in het kader van de Kaderrichtlijn Water komen aan de orde. Mogelijk heeft het niet uitvoeren van het Kierbesluit ook nationaal financiële consequenties, bijvoorbeeld voor overheden, bedrijven of burgers die al maatregelen hebben genomen in het kader van het Kierbesluit en daarvoor schadevergoeding gaan opeisen.

Feitelijke achtergrond

Het Haringvliet, het Hollandsch Diep en de Biesbosch vormden voor het Deltaplan het natuurlijk overgangsgebied tussen de Noordzee en de Rijn en de Maas. Door de Haringvlietdam werd dit gebied van de directe zee-Invloed afgesloten. Dit heeft geleid tot verlies aan natuurlijke samenhang en kwaliteit. Het Kierbesluit met het beheer volgens MER-alternatief 'Getemd Getij' doet meer recht aan de doelstellingen van integraal waterbeheer. Met dit beheer kan gesproken worden van een 'gunstige staat van instandhouding' van de natuur van estuarium en Voordelta. Daarnaast zal met dit sluisbeheer de vis(in)trek verbeteren en de geleidelijke zoet-zoutovergang gedeeltelijk herstellen². Afspraak is dat de Haringvlietsluizen pas op een kier gaan als de zoetwatervoorziening geborgd kan worden (de compenserende maatregelen Kierbesluit). Deze maatregelen waren niet gereed op de geplande openingsdatum van 1 december 2010.

Deel 1: Natura 2000

Natura 2000 is het netwerk van Europese natuurgebieden, gebaseerd op de Vogel- en Habitatrictlijn. Elke lidstaat is verplicht om die dier- en plantensoorten en habitats te beschermen die bijzonder zijn op zijn

¹ Besluit Beheer Haringvlietsluizen van 5 juni 2000, zie www.wetten.nl

² Zie Overwegingen Besluit Beheer Haringvlietsluizen van 5 juni 2000

grondgebied³. Het Kierbesluit heeft betrekking op meerdere Natura 2000 gebieden: de Voordelta op de Noordzee en het Haringvliet, het Hollands Diep en de Biesbosch in het estuarium. De estuaria gebieden zijn allemaal aangewezen omdat het doortrekgebieden zijn voor vissoorten – Zeeprik (H1095), Rivierprik (H1099), Elft (H1102), Fint (H1103) en Zalm (H1106) - die vanuit de Noordzee de Rijn en Maas opzwemmen. Voor de vissoorten Zeeprik, Rivierprik en Fint vormt de Voordelta een schakel tussen de voortplantingsgebieden in het stroomgebied van de Rijn, de doortrekgebieden (zoals Natura 2000-gebied Haringvliet) en de (andere) mariene gebieden waar deze soorten opgroeien en overwinteren.

Na afsluiting van de Haringvlietdam is het oppervlak van het habitattypen Slikkige rivieroever (H3270) waarvoor de Biesbosch is aangewezen, aanzienlijk afgenomen.

Om meer duidelijkheid te krijgen over hoe de soorten en habitats het beste beschermd kunnen, moet elke lid-staat instandhoudingsdoelstellingen te formuleren⁴. Het budget mag hierbij en bij de te nemen maatregelen, nooit bepalend zijn. De instandhoudingsdoelstellingen moeten altijd gericht zijn om een gunstige staat van instandhouding te bereiken. In Nederland gebeurt dit middels Aanwijzingsbesluiten waarin de maatregelen staan hoe per soort of habitat de gunstige staat van instandhouding bereikt wordt of in stand gehouden. Deze Aanwijzingsbesluiten hadden er voor 7 december 2010 moeten zijn⁵. Voor alleen de Voordelta is er een definitief Aanwijzingsbesluit, de andere drie zijn in ontwerp⁶.

Uit deze (ontwerp)besluiten en het Profielendocument⁷ blijkt dat de vier vissoorten landelijk in een niet gunstige staat van instandhouding verkeren. Om de kwaliteit van het leefgebied van de vissoorten te verbeteren is het openstellen van de Haringvlietdam een vereiste en als maatregel in de (ontwerp)besluiten opgenomen⁸.

³ VRL = 79/409/EEG, zie Pb EG L323 HRL = 92/43/EEG, zie PbEU L363, in de bijlagen hiervan staan de te beschermen soorten en habitats genoemd.

⁴ Artikel 2 HRL

⁵ Artikel 4, vierde lid HRL, de Europese Commissie heeft NL hierover al vragen gesteld ter voorbereiding van een mogelijke inbreukprocedure.

⁶ Zie bijvoorbeeld het ontwerp-aanwijzingsbesluit voor het haringvliet op http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/documenten/gebieden/109/N2K109_WB%20HVN%20Haringvliet.pdf

⁷ Een verdere motivering hiervan wordt gegeven in het Profielendocument: http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/documenten/profielen/soorten/profiel_soort_H1106.pdf

⁸ In het Ontwerp-Aanwijzingsbesluit Haringvliet is het Kierbesluit als verbetermaatregel opgenomen, de andere besluit verwijzen hiernaar: 'De gewenste verbetering kwaliteit leefgebied heeft betrekking op onder andere verbinding met het Natura 2000-gebied Voordelta, zoals voorgesteld in de vorm van de 'Kier'.

NL kan alleen afzien van het uitvoeren van het Kierbesluit wanneer deze aantoonbaar dat met een andere - alternatieve - maatregel de gunstige staat van instandhouding voor de vier vissoorten landelijk ook bereikt kan worden⁹. Aangezien andere doortrekgebieden waar deze vissoorten mogelijk voorkomen (nog) niet zijn aangemeld door NL bij de Europese Commissie en er hoogstwaarschijnlijk niet zijn, lijkt mij dat een moeilijke opgave.

Op grond van Europese recht moet uiteindelijk voor alle soorten en habitats een gunstige staat van instandhouding worden bereikt. Daar geldt alleen geen duidelijke termijn voor. Volgens het Planbureau voor de Leefomgeving¹⁰ (PBL) zou NL het bereiken van de gunstige staat van instandhouding wat kunnen uitstellen. Gezien de duidelijke reactie van de Europese Commissie op het voornemen van NL om de Haringvlietdam niet te openen, lijkt er echter geen ruimte voor uitstel¹¹:

'Moreover, with regard to the Birds en Habitats Directives, the partial opening of the Haringvliet floodgate is of crucial importance to achieve the conservation objectives set for the Haringvliet Natura 2000 Site. A decision not to proceed would make it impossible to restore the favourable conservation status of a number of habitat types or species of Community interest, including the Atlantic salmon for which the Haringvliet was designated as a site of Community importance. The Habitats Directive requires taking all measures necessary to achieve a favourable conservation status of such habitats and species, particularly within the Natura 2000 network'

Mede gezien de strikte interpretatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn door het EG-Hof is het niet nemen van maatregelen en het lang uitstellen voor het halen van een gunstige staat van instandhouding een riskante aangelegenheid¹².

De staat van instandhouding van de vier vissoorten is ongunstig. Het Europese recht eist daarnaast dat deze staat van instandhouding niet verder verslechtert (verslechteringsverbod). Het EG- Hof legt de lat hoog en

⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verlangt landelijk gunstige staat van instandhouding per soort en habitat.

¹⁰ Zie *Natura 2000 in Nederland, Juridische Ruimte, Natuurdoelen en Beheerplanprocessen*, Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) Den Haag 2011, zie <http://www.pbl.nl/publicaties/2011>

¹¹ Brief van 26 november 2010 van Europese Commissie (J. Potocnik)

¹² Zie hierover mr. F.M. Fleurke en mr. dr. A. Trouwborst *Kolencentrales, robuuste verbindingen en EU-milieurichtlijnen: balanceren tussen nationale en Europese doelstellingen*, in NtEr April 2011, nr. 3, pagina 95-103.

veroordeelt lid-staten met hoge boetes (bijvoorbeeld Frankrijk waar een vogelsoort aanzienlijk afnam en Ierland waar beschermde venen en heide substantieel waren afgenomen)¹³. Om veroordelingen met dwangsommen van het EG-Hof te voorkomen moeten in ieder geval herstel-maatregelen worden genomen die ecologisch nodig zijn om elke achteruitgang te voorkomen¹⁴. Of de staat van in standhouding sinds de plaatsing van de gebieden in december 2004 op de Communautaire lijst verder is verslechterd, is niet mijn expertise. Uit de beschrijving van de zalm in de Soortendata-base lijkt wel op te maken dat de staat van instandhouding daarvoor verslechterde: 'Echter, van een zichzelf in stand houdende populatie in de Rijn nog geen sprake; de aantallen terugtrekkende zalmen zijn tussen 2000 en 2004 weer dalende'¹⁵.

Conclusie Natura 2000

Nederland heeft op grond van de Habitatrictlijn de plicht om maatregelen te formuleren om de gunstige staat van instandhouding van de vijf vissoorten (Zeeprik, Rivierprik, Elft, Fint en Zalm) te bereiken. In de ontwerp-Aanwijzingsbesluiten van de Natura 2000 gebieden Haringvliet, Hollands Diep en Biesbosch, het definitieve Aanwijzingsbesluit Voordelta en het Profielendocument staat dat deze maatregel, het openstellen van de Haringvlietdam is. Alleen met een alternatieve maatregel waarmee de landelijke gunstige staat van instandhouding voor de vijf vissoorten is gegarandeerd, kan de Staatssecretaris afzien van het Kierbesluit. Aangezien alleen deze vier Natura 2000 als doortrekgebied voor de vissoorten zijn aangewezen, lijkt dit een onmogelijke opgave. Wanneer NL niet met een dergelijke alternatieve maatregel komt, dan mag bij het formuleren van het definitieve Aanwijzingsbesluit Haringvliet – wat al op 7 december 2010 gebeurd had moeten zijn – de Staatssecretaris van Natuur niet om financiële redenen afzien van het opnemen van het Kierbesluit als maatregel. Hoewel er geen termijn voor het bereiken van de gunstige staat van instandhouding van de vissoorten geldt, is gezien de duidelijke reactie van de Europese commissie op het voornemen tot uitstel van het Kierbesluit en de strikte interpretatie van het EG-hof, uitstel een riskante financiële aangelegenheid.

Daarnaast geldt op grond van de Habitatrictlijn het verslechteringsverbod. Om veroordelingen met dwangsommen van ongeveer 300.000 Euro per dag tot een maximum van 57 miljoen Euro van het EG-Hof te voorkomen moeten in ieder geval herstel-maatregelen worden genomen die ecologisch nodig zijn om achteruitgang van de vier vissoorten te voorkomen.

¹³ Strijd met artikel 6, tweede lid HRL, o.a.. PBL paragraaf 2.1.2

¹⁴ Dwangsommen van 300.000 euro per dag tot maximum 57 miljoen euro

¹⁵ Zie: http://www.minInv.nederlandsesoorten.nl/get?site=Inv.db&view=Inv.db&page_alias=soort&sid=1788

Deel 2: Rijnverdrag en Kaderrichtlijn Water

In het Rijnverdrag staat dat de lid-staten de noodzakelijke maatregelen moeten nemen om onder meer de vrije vismigratie te verbeteren¹⁶. In het verdrag staat niet direct dat NL verplicht is om de Haringvlietdam te openen. Maar omdat uit het alternatievenonderzoek van de Rijncommissie (ICBR) blijkt dat alleen met het openen van het Haringvliet, de vrije vismigratie van de zalm bereikt kan worden, is NL hiertoe verplicht

"There is no alternative to the opening of the Haringvliet for a long part of the year. The almost permanent opening of the Haringvliet is particularly urgent and should take place as soon as possible¹⁷:"

Uit de recente brief van de voorzitter van de Rijncommissie blijkt dat NL al in 2007 heeft toegezegd de Haringvlietdam te openen¹⁸. Daarna is tijdens de Rijksministersconferentie op 18 oktober 2007 het Masterplan Trekvis Rijn vastgesteld. In dit plan staat dat de inrichting van de Haringvlietsluizen een van de eerste maatregelen is, die bedoeld zijn om het de opwaartse vistrek op de Rijn te verbeteren en voor 2015 moeten zijn uitgevoerd.

Dit Masterplan trekvis Rijn maakt voor de periode 2010-2015 ook deel uit van het internationale stroomgebiedsbeheerplannen Rijn en Moezel¹⁹. Deze plannen zijn een sleutelinstrument om de verplichte goede toestand van waterlichamen tegen 2015 conform de Europese Kaderrichtlijn Water²⁰ te bereiken. Het openstellen van de Haringvlietsluizen is gezien het Masterplan Trekvis Rijn een basismaatregel die in Nederland voor 22 december 2012 operationeel moet zijn.²¹ In maart 2010 is de Europese Commissie hierover en over de nationale stroomgebiedbeheerplannen op de hoogte gesteld. Nederland heeft het Kierbesluit ook als maatregel in deze nationale plannen voor Haringvliet-west en Haringvliet-Oost opgenomen.

Op zich is de Kaderrichtlijnwater wel flexibel ten aanzien van doelen, normen, te nemen maatregelen, in te zetten instrumenten en te hanteren

¹⁶ Artikel 3d en 5 Verdrag ter bescherming van de Rijn

¹⁷ Zie het ICBR-rapport Analyse ichtyo-écologique globale et évaluation de l'efficacité des mesures en cours et des mesures envisagées dans le bassin du Rhin pour réintroduire les poissons migrateursemer para 4.2.1, pagina 100: http://www.iksr.org/uploads/media/Bericht_167_f_03.pdf

¹⁸ Brief van 2 september 2010 aan Minister C. Eurlings van Voorzitter J. Sichertman, Chairman ICBR
file:///net1/Env_Units/U24/34 WATER/02 WFD/4.WFD.Implementation/4.4-Legal issues/WFD information on implementation/NL/Haringvliet/Information from IKS\10-09-02 Letter_IKSR to Dutch Minister Eurlings.pdf

¹⁹ Zie artikel 13 EU-kaderrichtlijn Water (richtlijn 2000/60/EG), dit moest 22 december 2009 zijn vastgesteld

²⁰ Zie artikel 4 EU-kaderrichtlijn Water

²¹ Zie artikel 11, derde en zevende lid EU-kaderrichtlijn Water

uitzonderingen²². Maar volgens professor Van Rijswick heeft Nederland op alle fronten de ruimte die de richtlijn biedt, al verbruikt en kan NL dus voor wat betreft het niet uitvoeren om financiële redenen van het Kierbesluit geen beroep doen op de uitzonderingsgronden²³. Een beroep op uitstel van de termijn van 22 december 2012 zou alleen kunnen als NL aantoont dat met het gesloten houden van de Haringvlietdam er geen gevolgen zijn voor het bereiken van de goede toestand van het stroomgebied van de Rijn en Moezel. Aangezien uit meerdere rapporten blijkt dat juist het openen van de Haringvlietdam hier essentieel voor is, kan NL om die reden mijns inziens geen beroep op deze uitzonderingsbepaling doen²⁴. Stel dat NL dat wel zou kunnen aantonen dan is uitstel alleen toegestaan wanneer de toestand van het aangetaste waterlichaam niet verder verslechterd en moeten er redenen zijn dat het openstellen van de dam binnen de termijn technisch niet haalbaar is of dat de maatregelen binnen de gestelde termijn buitenproportioneel hoge kosten met zich meebrengt. NL doet met name een beroep op de financiën. Het zal niet eenvoudig voor NL zijn om aan te tonen dat de kosten voor het openen van de dam (tussen de 36 en 42 miljoen Euro verspreid over zes jaar) buitenproportioneel zijn. Met name niet wanneer ten eerste de ecologische gevolgen voor de watertoestand van de Rijn, ten tweede het BNP van NL en ten derde de kosten die de andere landen al gemaakt hebben, in ogenschouw worden genomen. De voorzitter van de Rijncommissie stelt over die gemaakte kosten:

'Since 1990, investments of the order of 50 million Euro have been made by the countries in the Rhine catchment area. The total costs of measures planned for the period 2010-2015 are estimated to be of the order of 170 million Euro. Overall, the costs of the programme are estimated to be of the order of 500 million Euro²⁵'.

Wanneer NL besluit om de afgesproken maatregelen tot het openen van de Haringvlietdam uit te stellen, handelt NL in strijd met de afspraken gemaakt in het kader van het Rijnverdrag en handelt NL in strijd met de Kaderrichtlijn Water.

Het niet nakomen van de internationale afspraken in het kader van het Rijnverdrag en de verplichtingen onder de Kaderrichtlijnwater heeft tot gevolg

²² Zie artikel 4.4 Kaderrichtlijn water.

²³ Prof mr. H.M.F.W van Rijswick verbonden aan het Centrum voor Omgevingsrecht Universiteit Utrecht, zie <http://milieurecht.nl/file.php?id=505>

²⁴ Zie artikel 4.4, achtste lid Kaderrichtlijn Water

²⁵ Brief van 2 september 2010 aan Minister C. Eurlings van Voorzitter J.Sicherman, Chairman ICBR en zie ook pagina 5 Masterplan Trekvisseren Rijn.

dat NL zijn vertrouwen en geloofwaardigheid verliest. Deze plannen zijn het resultaat van een lang – 60 jaar - intensief internationaal participatieproces. Nederland zal dan de stroomgebiedbeheerplannen en maatregelenprogramma's in het kader van de Kaderrichtlijnwater moeten aanpassen. Zij zal met alternatieve maatregelen moeten komen en aangezien al uit het onderzoek van de Rijncommissie blijkt dat er geen alternatief is voor het openen van de Haringvlietdam, lijkt me dat niet eenvoudig. Met andere woorden het is een onmogelijke opgave om voor december 2012 met een andere maatregel dan het openen van de Haringvlietdam te komen die de verplichte goede toestand in de Rijn voor 2015 gaat waarborgen.

Aangezien de Europese Unie ook partij is bij het Rijnverdrag, handelt NL ook in strijd met het EU-verdrag²⁶ wanneer zij geen uitvoering geeft aan afspraken in het kader van het Rijnverdrag. NL schendt hiermee het beginsel van loyale samenwerking met betrekking tot het uitvoeren van verplichtingen uit verdragen. De Europese Commissie stelt het als volgt:

'The opening of the Haringvliet was agreed in the Master Plan for Migratory Fish adopted at the 2007 Ministerial Meeting of the International Convention for the Protection of the Rhine (ICPR) by the EU and its Rhine Member States. A decision by the Netherlands not to open the Haringvliet would therefore put the international credibility of the EU at risk'²⁷.

Naast het verlies aan geloofwaardigheid kan NL ook claims van andere lid-staten langs de Rijn verwachten omdat deze al kosten zoals het aanleggen van vistrappen, voor het project hebben gemaakt. Tot 2010 worden de kosten al op 50 miljoen Euro geschat. Verschillende lid-staten hebben NL per brief al gewezen op deze gemaakte kosten en NL benadrukt om zich aan de gemaakte afspraak om de Haringvlietdam te openen te houden.

Conclusie Rijnverdrag en Kaderrichtlijn Water

Het opstellen van de Haringvlietluizen om de opwaartse vistrek op de Rijn en zijn zijrivieren zoals de Moezel te verbeteren, is een maatregel die NL op grond van het Rijnverdrag en de Europese Kaderrichtlijn Water moet nemen. Uit onderzoek van de Rijncommissie blijkt dat er geen alternatief is voor de het opstellen van de Haringvlietdam, dat deze maatregel essentieel is voor de vistrek en dat deze spoedig moet worden genomen. Op de Rijksministersconferentie in 2007 heeft NL al toegezegd deze maatregel uit te voeren. Tot 2010 zijn er al voor 50 miljoen Euro aan kosten gemaakt om

²⁶ Artikel 4, derde lid EU verdrag

²⁷ Brief van 26 november 2010 van Europese Commissie (J. Potocnik)

opwaartse vistrek op de Rijn te verbeteren. Wanneer NL besluit de Haringvlietdam niet te openen, zouden andere lidstaten kunnen besluiten de door hen gemaakte kosten – rond de 50 miljoen Euro - op NL te verhalen. Het niet nakomen van afspraken in het kader van het Rijnverdrag tast daarnaast het vertrouwen en geloofwaardigheid van NL aan. Aangezien de Europese Unie ook partij is bij het Rijnverdrag, handelt NL ook in strijd met het EU-verdrag wanneer zij geen uitvoering geeft aan afspraken in het kader van het Rijnverdrag.

Op grond van de Kaderrichtlijn Water heeft NL om de verplichte goede toestand van waterlichamen te bereiken, het openstellen van de Haringvlietssluis als maatregel opgenomen. Dit is een basismaatregel die in Nederland voor 22 december 2012 operationeel moet zijn. Hoewel de Kaderrichtlijn flexibiliteit en mogelijkheden tot uitstel van deze termijn kent, kan NL - aangezien uit meerdere rapporten blijkt dat juist het openen van de Haringvlietdam essentieel is voor het gehele Rijnstroomgebied - geen beroep op uitzonderingsbepalingen doen. NL doet met name een beroep op de financiën. Het zal niet eenvoudig voor NL zijn om aan te tonen dat de kosten voor het openen van de dam buitenproportioneel zijn. Met name niet wanneer ten eerste de positieve ecologische gevolgen voor de watertoestand van de Rijn, ten tweede het BNP van NL en ten derde de kosten die de andere landen al gemaakt hebben, in ogenschouw worden genomen.