

## **Boze Belgen. Hoe Nederland uitvoering geeft aan verdragen met betrekking tot de Westerschelde.**

Jonathan Verschuuren

### **1. Inleiding**

Eeuwenlang zijn er al spanningen rond de Westerschelde. Voorbeelden daarvan zijn een tweehonderd jaar durende blokkade van de toegang tot de haven van Antwerpen vanaf 1585 en een herhaling hiervan na de Belgische opstand in 1830. Maar ook nadat de vrije doorgang van schepen via Nederland in het Scheidingsverdrag van 1839 juridisch was gegarandeerd<sup>1</sup>, was sprake van een reeks incidenten. En nog steeds is het niet rustig. Na jarenlange onderhandelingen is met alle betrokken partijen een Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium<sup>2</sup> gemaakt en zijn in 2005 diverse verdragen gesloten. Hierin zijn de toegankelijkheid van Antwerpen, de bescherming van het land tegen overstroming, en verbetering van de natuur met elkaar in evenwicht gebracht door verdieping te koppelen aan 600 hectare natuurontwikkeling waarvan 300 hectare ontpoldering. Zelfs de beide tegenpolen, het Antwerps havenbedrijf en de milieubeweging, waren hierbij betrokken.<sup>3</sup> Dit unieke resultaat biedt een perspectief voor het behoud van dit bijzondere grensoverschrijdende natuurgebied op de lange termijn. De Westerschelde in Nederland en de Beneden Schelde in Vlaanderen is een van de weinig nog tamelijk natuurlijke estuaria in Europa waar door een sterke getijdenwerking zout water tot 60 kilometer ver stroomopwaarts wordt gebracht. Het Verdronken Land van Saeftinghe, een groot schorgebied van 3200 ha is daarvan een van de resultaten. De Westerschelde is een belangrijk gebied voor zehonden, verschillende soorten platvissen en schelpdieren, maar vooral voor vogels. In de trektijd kunnen vogelaantallen hier oplopen tot boven de 130.000.

Het gebied is dan ook aangemerkt als een 'wetland' van internationaal belang onder het Verdrag van Ramsar. Delen aan de Belgische zijde van de grens zijn al in 1984 onder het Verdrag van Ramsar aangewezen ('Schorren van de Beneden Schelde').<sup>4</sup> Nederland volgde in 1995 met aanwijzing van het Verdronken Land van Saeftinghe, in 2000 gevolgd door de rest van de Westerschelde (inclusief de diepe wateren zoals de vaargeul).<sup>5</sup> België wees ook verschillende gebieden van het noordelijk stroomgebied van de Schelde aan als speciale beschermingszone onder de Vogelrichtlijn,<sup>6</sup> en een groot aantal gebieden tussen de stad Gent en de Nederlandse

<sup>1</sup> Zie uitvoerig over deze boeiende geschiedenis S.V. Meijerink, Conflict and Cooperation on the Scheldt River Basin, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1999.

<sup>2</sup> Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium, ProSes, Bergen-op-Zoom 2005.

<sup>3</sup> Zie nader J.M. Verschuuren, Omgaan met internationaal milieurecht in de praktijk; het Wetlandsverdrag, in: M en R 2007/10, p. 600-605.

<sup>4</sup> Schorren van de Beneden Schelde 'Information sheet' (3BE002) (4 december 2002), beschikbaar via <http://www.wetlands.org/reports/ris/3BE002en.pdf>. Er is enige onduidelijkheid over de datum van aanwijzing als Ramsar gebied. De 'Information sheet' dateert van 27 september 1984, maar het 'Site Directory Report' noemt 4 maart 1986 als aanwijzingsdatum, zie [http://www.ramsar.org/pdf/sitelist\\_order.pdf](http://www.ramsar.org/pdf/sitelist_order.pdf).

<sup>5</sup> Het Ramsar-gebied Westerschelde en Verdronken Land van Saeftinghe (42.840 ha). Zie voor veel informatie en kaarten van het gebied de Gebiedendatabase van het Ministerie van LNV, <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000>. Zie ook de 'Information Sheet on Ramsar Wetlands, beschikbaar via <http://www.wetlands.org/reports/ris/3NL017en.pdf>.

<sup>6</sup> Zie de website van het Agentschap voor Geografische Informatie Vlaanderen, <http://geo-vlaanderen.agiv.be/geo-vlaanderen/natura2000>. De gebieden omvatten mede schorren en

grens als speciale beschermingszone onder de Habitatrictlijn, deels overlappend met Vogelrichtlijngebieden.<sup>7</sup> Nederland heeft vrijwel het gehele estuarium aangewezen onder beide richtlijnen.<sup>8</sup>

Helaas loopt de uitvoering van de in 2005 getekende verdragen stroef. In de zomer van 2009 uitten de Belgen op verschillende manieren hun ongenoegen over de gang van zaken in Nederland. Directie aanleiding was de schorsing op 28 juli 2009 door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van de vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998 als gevolg waarvan geen uitvoering kan worden gegeven aan het Tracébesluit 'Verruiming vaargeul Westerschelde'. Kort daarvoor, in april 2009, besloot het kabinet om, in elk geval voorlopig, niet over te gaan tot uitvoering van het geplande natuurontwikkelingsproject, de ontpoldering van de Hedwigepolder, vanwege het ontbreken van maatschappelijk draagvlak in Zeeland, aldus het kabinet. Het kabinet ging toch nog maar eens een keer op zoek naar alternatieve natuurontwikkelingslocaties die buitendijks zijn gelegen en waarvoor dus geen (landbouw)grond hoeft te worden opgeofferd. Dit is zeer opmerkelijk, ook in het licht van de resultaten van het onderzoek van de Commissie Nijpels, die in opdracht van het kabinet begin 2009 de diverse natuurontwikkelingslocaties onderzocht. De commissie concludeerde dat er nauwelijks alternatieven beschikbaar zijn, en dat ontpolderen of vergelijkbare maatregelen onontkoombaar zijn, en eveneens dat het ontpolderen van de Hedwigepolder de best denkbare maatregel is.<sup>9</sup> Overigens staat in hetzelfde besluit dat toch tot ontpoldering wordt overgegaan, zo nodig na onteigening, indien blijkt dat 'de buitendijkse alternatieven op onoverkomelijke juridische bezwaren stuiten in het kader van de EU-regelgeving'.<sup>10</sup> Uit hetgeen hierna volgt zal blijken dat dit inderdaad onvermijdelijk het geval was, waardoor ik moeilijk de kwade gedachte kan onderdrukken dat het kabinet met dit besluit vooral zijn straatje wilde schoonvegen en niet de verantwoordelijkheid durfde te nemen om zelf een keuze te maken die juridisch onontkoombaar is maar politiek op dit moment niet op veel gejuich kan rekenen.

In deze bijdrage zal ik de vraag behandelen hoe uit de ontstane impasse kan worden gekomen, zodat uitvoering kan worden gegeven aan de internationaalrechtelijke verplichting die op Nederland rust ten opzicht van België, zonder dat in strijd wordt gehandeld met de Vogel- en Habitatrictlijn.

## **2. De voorzittersuitspraak van 28 juli 2009**

### *De appellanten*

---

polders van de Beneden Schelde (meer dan 7000 ha), grenzend aan vergelijkbare habitattypen in Nederland.

<sup>7</sup> Idem. Schelde en Durme estuaria tussen de Nederlandse grens (6000 ha), aangewezen als zodanig op 24 mei 2002, Belgisch Staatsblad 17 augustus 2002 (incl. kaarten van het gebied).

<sup>8</sup> Zie de gebiedendatabase van LNV genoemd in noot 5.

<sup>9</sup> Het rapport 'Wennen aan de Westerschelde', beschikbaar op de website van de commissie <http://www.commissienatuurherstelwesterschelde.nl>.

<sup>10</sup> Brief aan de Tweede Kamer van 17 april 2009, beschikbaar op de website van het ministerie van LNV.

Drie milieuorganisaties die weliswaar betrokken waren bij de totstandkoming van de Ontwikkelingsschets en het eens waren met de hierin en in de verdragen neergelegde afspraken, maar die vervolgens met lede ogen aanzagen dat van de geplande natuurontwikkeling niet veel terecht ging komen,<sup>11</sup> verzetten zich tegen vier besluiten ten behoeve van de uitvoering van het Tracébesluit 'Verruiming vaargeul Westerschelde'. Dit is op zichzelf al een interessant gegeven. De totstandkoming van het akkoord waarin verdieping, bescherming tegen overstroming, en verbetering van de natuur met elkaar in evenwicht zijn gebracht en als drie gelijkwaardige pijlers naast elkaar zijn gezet, is een schoolvoorbeeld van wat in de wetenschappelijke literatuur 'cooperative governance' wordt genoemd. De betrokken partijen worden samengebracht en komen, doorgaans na jaren van een gevoelig onderhandelingsproces met 'ups and downs', tot een gezamenlijke oplossing. Ik heb dit proces, en een vergelijkbaar proces rond een grensoverschrijdend wetland in zuidelijk Afrika, uitvoerig onderzocht.<sup>12</sup> Eén van de conclusies was dat de meeste problemen doorgaans ontstaan *na* afronding van het onderhandelingsproces, namelijk in de fase waarin de gemaakte afspraken moeten worden omgezet in juridische besluiten binnen de bestaande wet- en regelgeving.<sup>13</sup> Die wet- en regelgeving sluit doorgaans niet goed aan op het gebiedsgerichte niveau waarop de afspraken zijn gemaakt, afspraken die vaak dwars door de sectoraal georganiseerde wetgeving heengaan. Maar daar nog wel uit te komen. Lastiger wordt het wanneer bepaalde actoren de 'vertaling' van afspraken in juridische besluiten aangrijpen om af te wijken van hetgeen is afgesproken. Dat kan bewust gebeuren, bijvoorbeeld door nieuw gekozen bestuurders die geen boodschap hebben aan eerder gemaakte afspraken, of onbewust, bijvoorbeeld door ambtenaren die niet betrokken waren bij het onderhandelingsproces en het belang van bepaalde onderdelen van de afspraken onvoldoende inzien.

Gevolg van zo'n onjuiste uitvoering van de gemaakte afspraken is dat (een van de) partijen alsnog juridische middelen gaat aangrijpen om voor de eigen belangen op te komen. Overigens moet worden gezegd dat ook kritiek kan worden geuit op de deelnemers aan het proces dat geleid heeft tot de Ontwikkelingsschets. Zij hebben naar mijn mening het grote publiek onvoldoende geïnformeerd over de richting waarin het proces ging en de denkstappen die zijn gezet onvoldoende laten meezetten door hen die niet bij de directe onderhandelingen aanwezig waren.

### *Het besluit*

De minister van LNV heeft een vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998 afgegeven omdat volgens haar de zekerheid bestaat dat de verdiepingswerkzaamheden de natuurlijke kenmerken van de Westerschelde niet zullen aantasten (art. 19g lid 1 Nbw 1998). In de terminologie van het Hof van Justitie van de EG betekent dit dat wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zullen zijn.<sup>14</sup> De minister legt daarvoor een troefkaart op tafel: het flexibel storten. Daarnaast speelt op de achtergrond de gedachte dat de herstelmaatregelen uit de ontwikkelingschets moeten leiden tot een

<sup>11</sup> Terwijl aan de andere zijde van de grens de Belgen voortvarend te werk gaan bij het ontwikkelen van nieuwe natuur, inclusief het landinwaarts verplaatsen van dijken om zo het estuarium meer ruimte te geven, zie <http://www.sigmaplan.be>.

<sup>12</sup> Jonathan Verschuuren, The Case of Transboundary Wetlands Under the Ramsar Convention: Keep the Lawyers Out! Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, Vol. 19, No. 1 (Winter 2008), p. 49-127.

<sup>13</sup> Verschuuren, a.w., p. 126-127.

<sup>14</sup> HvJEG 7 september 2004, zaak C-127/02, M en R 2005/1, no. 4, m.nt. Verschuuren.

gunstige staat van instandhouding van de habitattypen en soorten in het gebied, met name habitatype 'estuarium', zodat de verdieping niet leidt tot verdere verslechtering. Het systeem van flexibel storten is een door het ministerie van Verkeer en Waterstaat ontwikkeld systeem waarmee in de Westerschelde ontgraven bagger naar behoefte op zodanig op diverse plekken in het gebied teruggestort gaat worden dat het afkalven van zandplaten wordt tegengegaan.

#### *De uitspraak*

De voorzitter houdt de minister van LNV, om te beginnen, aan haar eigen beleid. In gebieden waarvan de habitattypen of soorten landelijk in een ongunstige staat van instandhouding verkeren en waarvoor dus een herstel- of verbeterdoel is geformuleerd, geldt niet het uitgangspunt dat een aantasting van minder dan 1% van het gebied niet significant is (in dit geval gaat 0,7% van het estuarium verloren). Dit beleid was in dit geval niet gevolgd. Het is zeer terecht dat de staat van instandhouding een rol speelt bij de vergunningverlening.

In mijn ogen had de rechter dit nog wel wat explicieter mogen vaststellen. De Habitatrictlijn gaat ervan uit dat soorten en habitattypen in Natura 2000-gebieden in een gunstige staat van instandhouding verkeren.<sup>15</sup> Indien dat niet het geval is, moeten instandhoudingsmaatregelen worden getroffen om alsnog een gunstige staat van instandhouding te bereiken (artikel 6 lid 1 jo. artikel 3 lid 1 Habitatrictlijn). Die staat van instandhouding is bepaald niet goed. Van de elf habitattypen waarvoor het gebied is aangewezen zijn er 8 in een ongunstige of zelfs zeer ongunstige staat (dat laatste geldt ook voor het 'hoofd habitatype' estuaria. Van de zes soorten van de Habitatrictlijn waarvoor het gebied is aangewezen, verkeert er maar één in een gunstige staat, van de negen broedvogelsoorten onder de Vogelrichtlijn zijn er zes in een ongunstige of zeer ongunstige staat van instandhouding, en van de 31 niet-broedvogelsoorten verkeren er 12 in een (zeer) ongunstige staat van instandhouding. Er zijn dan ook de nodige verbeteropgaven geformuleerd, zoals herstel van schorren en buitendijkse zilte graslanden, en uitbreiding van de oppervlakte van het estuarium.<sup>16</sup>

Bij een dergelijke staat van instandhouding zal een geringe verdere aantasting al snel leiden tot de conclusie dat de integriteit van het gebied wordt aangetast, waardoor geen vergunningverlening mogelijk is. Uitzonderingen hierop zijn alleen mogelijk met een beroep op dwingende redenen van groot openbaar belang, waarbij dan tevens moet worden aangetoond dat er geen alternatieven zijn en compensatiemaatregelen worden getroffen (zie art. 19f en 19h Nbw 1998). Maar die weg wordt niet gevolgd door het bevoegd gezag. Ik kom hierop terug in par. 3..

Vervolgens beziet de voorzitter of inderdaad de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Dat blijkt niet het geval. Er zijn twee grote onzekere factoren. Ten eerste is dat de natuur zelf. De Westerschelde is een

---

<sup>15</sup> Zie over de vraag of een gunstige staat van instandhouding op landelijk of op gebiedsniveau moet worden bereikt uitvoerig Bastmeijer, de Bruin, Verschuuren, Juridische toets doelensystematiek Natura 2000 in Nederland, Tilburg 2006, p. 30-31, en van dezelfde auteurs, Concept-aanwijzingsbesluiten getoetst, Tilburg 2008, p. 18-20; beide rapporten zijn te vinden op de website van Vogelbescherming Nederland, <http://www.vogelbescherming.nl>.

<sup>16</sup> De staat van instandhouding, de instandhoudingsdoelen en opgaven voor de Westerschelde zijn te vinden via de gebiedendatabase van het ministerie van LNV, te benaderen via <http://www.natura2000.nl>.

dynamisch ecosysteem waarvan moeilijk is te voorspellen hoe het zal reageren op menselijke ingrepen, ondanks al het onderzoek dat al is uitgevoerd. De morfologische voorspellingen zijn omgeven met veel onzekerheden. De voorzitter betwijfelt dan ook of de onzekerheden die gepaard gaan met de verruiming van de vaargeul kunnen worden ondervangen door het systeem van flexibel storten. Een complicerende factor, die niet aan de orde is geweest in de uitspraak, is dat door klimaatverandering grote veranderingen aan het optreden zijn in de natuur, waardoor onzekerheden toenemen. Dit speelt bij alle natuurgebieden, maar ook bij de Westerschelde waar met name zeespiegelstijging directe consequenties heeft. De tweede onzekerheid betreft het al genoemde systeem van flexibel storten. De voorzitter concludeert, mijns inziens terecht, dat dit een experimenteel systeem is waarvan onzeker is of het inderdaad het gewenste effect heeft. Onheilspellend is dat de voorzitter in dit verband nog verwijst naar een conclusie uit het rapport van de Commissie m.e.r. dat uitgebreid onderzoek niet zal leiden (...) tot de zekerheid dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast, gezien de complexiteit van de situatie, mede gezien ook de slechte staat van instandhouding.<sup>17</sup> Juridisch betekent dit dat het geen zin heeft om met behulp van nader onderzoek de leemten in kennis te dichten en dan alsnog tot vergunningverlening over te gaan. Mij lijkt dat de voorzitter hiermee wil aangeven dat vergunningverlening simpelweg niet mogelijk is.

### 3. De ontsnappingsroute

In zo'n geval biedt de Habitatrictlijn zelf een ontsnappingsroute via het bekende artikel 6 lid 4. Als een beroep kan worden gedaan op dwingende redenen van groot openbaar belang, waarbij tevens wordt aangetoond dat er geen alternatieven zijn en compensatiemaatregelen worden getroffen, kan toch een vergunning worden verleend. Het is voor mij onbegrijpelijk dat het kabinet deze voor de hand liggende ontsnappingsclausule uit de Habitatrictlijn om de Westerschelde toch uit te diepen niet heeft gevolgd.

In Nederland, net als in veel andere EU-lidstaten, wordt deze uitzonderingsclausule weinig toegepast. Bekende zaken waarin het wel gebeurde is de Tweede Maasvlakte, de WCT-container terminal, en recent een nieuwe kolencentrale in de Eemshaven. De duidelijkste jurisprudentie over artikel 6 lid 4 is de uitspraak van de ABRvS in de WCT-zaak.<sup>18</sup> Die uitspraak zal een zekere afschrikwekkende werking hebben gehad omdat daaruit duidelijk werd dat het geen sinecure is om aan te tonen dat er inderdaad een dwingende reden van groot openbaar belang bestaat, en dat er geen alternatieve mogelijkheden bestaan om aan die dwingende reden iets te doen. Toch zijn er ook landen in de EU waar de betreffende bepaling wel zeer regelmatig wordt toegepast, zij het maar een paar. Uit een overzicht van de Europese Commissie blijkt dat in de periode 2004-2006 de betreffende bepaling 42 keer is toegepast (althans voor zover gemeld aan de Commissie, hetgeen verplicht is volgens art. 6 lid 4), waarvan 15 keer door Portugal en 10 keer door Duitsland.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> R.o. 2.6.2.

<sup>18</sup> ABRvS 16 juli 2003, M en R 2003/11, no. 124, m.nt. JV.

<sup>19</sup> De 42 toepassingen vonden plaats in slechts zeven lidstaten (behalve Portugal en Duitsland ook Spanje -7-, Italië -4-, Hongarije -2-, Oostenrijk -3-, Luxemburg -1-). Acht lidstaten, waaronder Nederland, meldden dat zij in deze periode geen gebruik hebben gemaakt van artikel 6 lid 4. De anderen hebben helemaal niks laten weten, zie European Commission, Implementation of Article 6(4), first subparagraph, of Council Directive

In dit geval ligt het mijns inziens voor de hand om deze ontsnappingsroute te volgen om nu snel uitvoering te geven aan onze afspraken met de Belgen. Het lijkt mij duidelijk dat het economisch belang van de haven van Antwerpen als een van de grootste overslaghavens ter wereld en de verhouding tussen Nederland en België (mede in het licht van de diverse verdragen over de Westerschelde) voldoende dwingende redenen van groot openbaar belang opleveren. Alternatieven zijn niet voorhanden, want er is geen andere toegangsrouten naar de haven van Antwerpen. Dit betekent echter wel dat opnieuw de kwestie van natuurontwikkelingslocaties komen bovendrijven, want dat is de derde eis die ik nog niet behandelde.

#### **4. Ontpoldering**

Artikel 6 lid 4 vereist dat er compenserende maatregelen worden getroffen waarmee de samenhang van Natura 2000 wordt bewaard. Daarmee zijn we weer terug bij het begin van het verhaal, want dan moeten er locaties worden gevonden waar nieuwe estuariene natuur kan worden gecreëerd die ten goede komt aan de habitattypen en soorten die door de verdiepingswerkzaamheden (mogelijk) worden geschaad. Deze compensatie komt dan bovenop hetgeen vereist is om een gunstige staat van instandhouding te bereiken. Hoewel het praktisch gezien over precies hetzelfde gaat, is er juridisch dus een verschil: het creëren van nieuwe estuariene natuur, bijvoorbeeld door ontpoldering, is enerzijds vereist als instandhoudingsmaatregel (artikel 6 lid 1), en anderzijds, bij toepassing van de ontsnappingsroute, als compensatiemaatregel (artikel 6 lid 4).

Sinds 2005 is herhaaldelijk gezocht naar alternatieven voor ontpoldering omdat dit bij de publieke opinie in Zeeland moeilijk ligt, en bij een deel van de agrarische sector ronduit tot fors verzet leidt. Beide factoren hebben ervoor gezorgd dat de Tweede Kamer inmiddels ook in meerderheid tegen ontpoldering is en in elk geval tegen onteigening.

In het verdrag met het Vlaamse Gewest uit 2005<sup>20</sup> is ontpoldering van de Hedwigepolder opgenomen. Deze polder is in 1907 als laatste ingepolderd en grenst aan het Verdrongen Land van Saeftinghe. In art. 3 van het verdrag worden de volgende natuurontwikkelingsprojecten genoemd: het ontwikkelen van een intergetijdengebied met een omvang van minimaal 440 ha in de Hertogin Hedwigepolder en de Prosperpolder (lid 2, grensoverschrijdend, start ten laatste in 2007), en realisatie van minimaal 600 ha estuariene natuur (lid 3, Nederlands grondgebied, start ten laatste in 2010). Het hierboven genoemde kabinetsbesluit uit april 2009 om de Hedwigepolder niet te ontpolderen is dus in strijd met deze verdragsverplichting en kan, internationaalrechtelijk gezien, niet eenzijdig worden genomen. In een eventuele internationaalrechtelijke procedure bij het Internationaal Gerechtshof of het Permanent Hof van Arbitrage zou het besluit zeker niet standhouden.

De Ontwikkelingsschets, die, zoals gezegd, ten grondslag ligt aan het verdrag, gaat nog veel verder. De schets onderscheidt natuurontwikkeling in drie zones (mondingsgebied, zone Vlissingen-Hansweert, zone Hansweert grens), in welke zones het respectievelijk moet gaan om: minimaal 120 en maximaal 260 ha nieuwe natuur (zone

---

92/43/EEC during the period 2004-2006, 30 June 2008, p. 2, beschikbaar via

<http://ec.europa.eu/environment/nature>.

<sup>20</sup> Verdrag van 21 december 2005, Trb. 2005, 310.

1), minimaal 225 en maximaal 275 ha nieuwe natuur (zone 2), minimaal 520 en maximaal 600 ha nieuwe natuur (zone 3).<sup>21</sup> In totaal gaat het daar dus om minimaal 865 en maximaal 1135 hectare 'nieuwe estuariene natuur die voldoet aan de eisen van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn'. Voor de lange termijn (2030) wordt in de Ontwikkelingsschets voorzien dat aan de Nederlandse zijde 3000 ha zal moeten worden aangekocht en ontwikkeld.<sup>22</sup>

Ook de Europese Commissie pleit al jaren voor een dergelijke robuuste vorm van natuurontwikkeling. Blijkens een statement opgenomen in het rapport van de Commissie Nijpels vindt de Europese Commissie dat 'the creation of significant additional areas of this kind of nature ('new estuarine habitats in direct contact with the river') will certainly also have to remain an essential element of the nature development package in the implementation of the development scheme for the Western Scheldt'.<sup>23</sup> Dit standpunt komt overeen met het standpunt dat de Commissie innam in een inbreukprocedure die tegen Nederland was gestart nadat in de jaren negentig de vorige (tweede) verdieping van de Westerschelde had plaatsgevonden zonder dat ook maar op enigerlei manier was getoetst aan de Vogel- en Habitatrichtlijn. Via de beruchte Vergunningenwet Westerschelde had de wetgever via één wetsartikel alle benodigde besluiten genomen.<sup>24</sup> De Europese Commissie was van mening dat op z'n minst compenserende maatregelen hadden moeten worden getroffen. Dit dossier is echter in 2005 gesloten omdat de Commissie tevreden was met de afspraken neergelegd in de Ontwikkelingsschets en de verdragen tussen Nederland en België. Het spreekt voor zich dat de Commissie de ontwikkelingen in Nederland met argusogen volgt en niet zal aarzelen het dossier te heropenen indien er geen substantiële compenserende maatregelen worden getroffen.

Begin oktober 2009 is een rapport van Grontmij verschenen waarin op verzoek van de Minister van LNV is onderzocht of het ecologisch zinvol en juridisch haalbaar is om in de rivier ('buitendijks') nieuwe schorren aan te leggen in de rivier in plaats van het ontpolleren van de Hedwigepolder.<sup>25</sup> Met deze nieuwe schorren zou het gebied weer in een gunstige staat van instandhouding kunnen komen, zo is de redenering achter deze vorm van natuurontwikkeling. Het rapport geeft mijns inziens terecht aan dat dit een te simpele redenering is. Om te beginnen gaat door het aanleggen van schorren een andere habitatype binnen de Westerschelde verloren (namelijk slikken), met nadelige gevolgen voor de soorten die juist van dit habitatype afhankelijk zijn. Door weer andere maatregelen te treffen kan dit verlies deels worden opgevangen, maar waarschijnlijk niet volledig. Belangrijker nog is dat met dergelijke kwaliteitsverbeterende maatregelen binnen het bestaande gebied de totale oppervlakte niet wordt vergroot. Dat laatste is wel noodzakelijk omdat de instandhoudingdoelstellingen voor het habitatype schorren niet alleen op uitbreiding zijn gericht, maar ook

---

<sup>21</sup> Zie de Ontwikkelingsschets, a.w., p. 30-31 (besluit 3.c).

<sup>22</sup> Idem, p. 71.

<sup>23</sup> Bijlage 3 uit het rapport 'Wennen aan de Westerschelde', beschikbaar op de website van de commissie <http://www.commissienatuurherstelwesterschelde.nl>.

<sup>24</sup> Zie mijn 'De formele wetgever als uitvoerder: de Vergunningwet Westerschelde en het streven naar een integrale afweging', *Bouwrecht* 1998/5, p. 361-367.

<sup>25</sup> C.J. Jaspers e.a., *Validatieonderzoek buitendijks natuurherstel Westerschelde*, Houten 2009, beschikbaar op de website van het ministerie van LNV <http://www.minlnv.nl>.

die van het habitatype estuaria.<sup>26</sup> Op 9 oktober 2009 nam het kabinet dan ook het besluit om de Hedwigepolder terug te geven aan de Westerschelde.

Het is inderdaad onontkoombaar dat de oppervlakte van de Westerschelde wordt vergroot en dat kan alleen door polders weer om te zetten in schorren (wat ze van oorsprong zijn geweest). Vanwege de zeer ongunstige staat van instandhouding van enkele van de habitattypen en soorten die in de Westerschelde voorkomen, vloeit deze verplichting al voort uit artikel 6 lid 1 (en eventueel lid 2) Habitatrichtlijn: er moeten maatregelen worden getroffen om de habitattypen en soorten weer in een gunstige staat van instandhouding te brengen na de schade die in het verleden aan het gebied is toegebracht (o.a. bij de verdiepingswerkzaamheden in de jaren negentig). Bij de besluitvorming over de verdere ('derde') verdieping van de Westerschelde zal artikel 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn moeten worden toegepast, hetgeen opnieuw tot compenserende maatregelen moet leiden, dus opnieuw tot natuurontwikkeling. De komende jaren zal dus nog veel meer moeten gebeuren dan het enkel ontpolderen van de Hedwigepolder, zoals met zoveel woorden in de Ontwikkelingsschets uit 2005 staat. Het is zaak uitvoering van de toen genomen besluiten ter hand te nemen. Als ik dit schrijf is het een paar dagen na het kabinetsbesluit om toch te gaan ontpolderen, maar voordat de spa de grond in gaat zal er nog wel heel wat water door de Schelde zijn gestroomd. De grondeigenaar heeft al laten weten niet akkoord te gaan met de ontpoldering. Dit betekent dat een onteigeningsprocedure moet worden gestart. Het zal nog wel even duren voordat die is afgerond.

## 5. Conclusie

Nadat aanvankelijk de betrokken partijen in een goed verlopen 'stakeholder dialoog' samen tot een Ontwikkelingsschets voor de toekomst van het Schelde estuarium zijn gekomen en dit proces is afgerond met besluitvorming door de Nederlandse en Vlaamse regering, uitmondend in het ondertekenen en ratificeren van enkele bilaterale verdragen, gooide de Nederlandse Tweede Kamer roet in het eten. De Kamer achtte zich niet gecommitteerd en wilde vrije handen hebben en houden. Dit is volgens mij de doodsteek voor onderhandelingsprocessen waarbij actoren vanaf het begin worden betrokken. De landelijke overheid stelt zich op als een onbetrouwbare speler, in dit geval één die zelfs bereid is om bindend internationaal recht te schenden.

Hoe nu verder? In Vlaanderen wordt gesuggereerd dat Nederland maar een noodwet moet maken. De gedachte in Nederland is dat via zo'n speciale wet de bestaande natuurbeschermingswetgeving kan worden omzeild. Wij kennen daar verschillende voorbeelden van, zoals de reeds genoemde Vergunningenwet Westerschelde die eind jaren negentig nodig was om de vorige (tweede) verdieping van de Westerschelde te realiseren, en heel actueel de Crisis- en herstelwet, waarmee voor bepaalde projecten eveneens delen van de bestaande milieu- en natuurbeschermingswetgeving buiten spel worden gezet. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG volgt dat deze gedachte onjuist is. Individuele besluitvorming mag via een wet lopen, mits die wet

---

<sup>26</sup> Zie het ontwerpbesluit op p. 12, te raadplegen via <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000>. Ten onrechte vermeldt de gebiedendatabase in het overzicht van kerndoelen hier niet de uitbreidingsopgave, zie <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000>.



dan maar aan de Europese regelgeving voldoet.<sup>27</sup> Met andere woorden: vergunningverlening voor de verdieping via een wet prima, maar dan moet die wet aan de habitattoets worden onderworpen. Daarmee kom je er dus niet. Veel beter is het volgens mij om nu eindelijk eens werk te maken van het uitvoeren van een robuust natuurontwikkelingsplan voor de Westerschelde, waarvan ontpoldering deel uitmaakt. Daarmee kan vrij eenvoudig, met gebruikmaking van de ontsnappingsroute van artikel 6 lid 4, tot vergunningverlening voor de verdiepingswerkzaamheden worden overgegaan. Volgens mij wordt hierop gedoeld wanneer in Vlaanderen over een noodwet wordt gesproken in het kader van Natura 2000. Toepassing van de ontsnappingsroute van artikel 6 lid 4 Habitatrictlijn gebeurt daar immers via een wet in formele zin. Daarmee gaat het dus niet om het omzeilen van de richtlijn, maar juist om de toepassing daarvan. Langs deze weg, inclusief de uitvoering van robuuste natuurontwikkeling die grotendeels via ontpoldering zal moeten worden vormgegeven, kunnen we dan ook weer verder met de uitvoering van de Ontwikkelingsschets die een perspectief biedt op het beheer van de Westerschelde tot 2030. De ontpoldering van de Hedwigepolder, waar nu in de politiek en de media alle aandacht naar uitgaat is een belangrijk element van die robuuste natuurontwikkeling, maar lang niet het enige. Er is de komende jaren nog veel werk aan de winkel om dit belangrijke natuurgebied in een gunstige staat van instandhouding te brengen.

---

<sup>27</sup> Een uitspraak over de m.e.r.-richtlijn in de zaak Bolsano, HvJ 16 september 1999, zaak C-435/97, M en R 1999/12, nr. 112, m.nt. Verschuuren.