



ADVIES

**VERDIEPING VAN DE WESTERSCHELDE IN
VOLKENRECHTELIJK PERSPECTIEF**

3 augustus 2001

Channa Samkalden

Thijs Berger



INHOUDSOPGAVE

Inleiding	3
1. De feiten: het gebied, de baggerhistorie en de claims	4
2. Relevante bepalingen van het Scheidingsverdrag	6
3. Interpretatie van het Scheidingsverdrag	8
3.1 Bepalingen van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.....	8
3.2 Grammaticale, contextuele en teleologische interpretatie.....	9
3.2.1 <i>Tekst</i>	9
3.2.2 <i>Doel</i>	10
3.2.3 <i>Context</i>	10
3.3 Latere overeenstemming	13
3.4 Later gebruik	13
3.5 Iedere toepasselijke regel van volkenrecht.....	15
3.6 Totstandkoming.....	18
3.7 Tussenconclusie	18
4. De Westerschelde en het Europees recht	20
4.1 De Westerschelde en het Europees milieurecht	20
4.1.1 <i>De Vogelrichtlijn</i>	20
4.1.2 <i>De Habitatrichtlijn</i>	21
4.2 De verhouding tussen het Scheidingsverdrag en bepalingen van Europees Recht.....	24
4.2.1 <i>De aard van richtlijnverplichtingen</i>	24
4.2.2 <i>De verhouding tussen het EG-Verdrag en Scheidingsverdrag</i>	25
5. Conclusie	28



INLEIDING

Onlangs heeft de Belgische¹ overheid bij Nederland een verzoek ingediend tot verdieping van de Westerschelde. De Westerschelde is, toegangverschaffend tot de haven van Antwerpen, voor de Belgische handel van groot belang. In *het Tractaat tusschen Nederland en de Mogendheden en tusschen Nederland en België* van 19 april 1839² (hierna: het Scheidingsverdrag) werd daarom al een bepaling opgenomen over de wijze, waarop beide landen voor de bevaarbaarheid van de Westerschelde dienden zorg te dragen. Verschil van mening bestaat echter over de exacte aard en inhoud van de verplichtingen welke dit verdrag op de betrokken staten legt. In dit verband is tevens van belang dat latere internationale afspraken en EU-regelgeving nieuwe eisen stellen ten aanzien van de Schelde op het gebied van de bescherming van het milieu.

In dit advies worden de resultaten gepresenteerd van een onderzoek naar de verplichtingen ten aanzien van de bevaarbaarheid van de Schelde, zoals die thans voor Nederland uit het Scheidingsverdrag, eventuele andere regels van internationaal publiekrecht en de Europese milieuwetgeving voortvloeien. Na een kort overzicht van de feiten zal een overzicht worden gegeven van de relevante verdragsbepalingen van het Scheidingsverdrag. Daarna zal worden ingegaan op de methode van interpretatie en de verschillende factoren die bij de interpretatie een rol spelen. Vervolgens zullen de relevante EG-regels met betrekking tot de milieubescherming worden besproken en zal worden vastgesteld welke betekenis deze bepalingen hebben bij de interpretatie van het Scheidingsverdrag.

¹ In dit advies is, om de lastige materie van bevoegdhedenverdeling tussen de verschillende Belgische overheden te vermijden, gekozen uitsluitend te spreken van 'Belgë', ook waar Vlaanderen bedoeld wordt, behalve in de gevallen waar het Vlaams Gewest optreedt als verdragsluitende partij.

² Stb 1839, 26.



1. DE FEITEN: HET GEBIED, DE BAGGERHISTORIE EN DE CLAIMS

Het Schelde-estuarium is het overgangsgebied tussen de rivier de Schelde en de Noordzee, van Gent tot Vlissingen. De variatie van de zoutgraad van het water en het dynamisch stelsel van geulen en platen onder invloed van het getij maakt het tot een uniek leefgebied voor verschillende organismen. De Westerschelde vormt tevens de verbinding van verschillende havens aan de Schelde met de Noordzee. Ondiepe plekken in de vaargeul kunnen in dat opzicht een belemmering voor de scheepvaart vormen.

Al aan het begin van de twintigste eeuw werden in de Westerschelde baggerwerkzaamheden uitgevoerd om de natuurlijk drempels in de vaargeul te verlagen. In de jaren zeventig en tachtig heeft België Nederland meerdere malen verzocht om de haven van Antwerpen beter bereikbaar te maken voor grotere zeeschepen met meer diepgang. In de jaren zeventig werd door de Nederlandse overheid een vergunning verleend om de vaargeul aan te passen aan de eisen van de scheepvaart. Dit leidde tot een verlaging van 3 tot 4 meter van enkele drempels in de Westerschelde. In 1995 werd, wederom na aandringen van België, door beide regeringen een verdrag gesloten over een verdere verdieping.³ In het verdrag werd afgesproken dat schepen met een diepgang van 11,6 meter onafhankelijk van het getij en schepen met een diepgang tot 15 meter getij-afhankelijk de Antwerpse haven moesten kunnen bereiken. Hiermee werden de drempels met nog eens 1,8 meter verlaagd. Door het uitvaardigen van een noodwet waarin alle vergunningen in één keer geregeld werden, omzeilde de Nederlandse overheid de bezwaar- en inspraakprocedures en de bestaande plicht om voor deze ingreep een Milieu Effecten Rapportage uit te voeren.

Het jongste Belgische verdiepingsverzoek betreft verlaging van de drempels met 1.4 meter. Dit verzoek moet volgens België als eerste stap worden beschouwd om op termijn de getijongebonden vaart van schepen met een diepgang van 14 of zelfs 15 meter toe te staan. Door Belgische betrokkenen wordt nog wel eens aangevoerd dat verdieping eventueel ook zou kunnen worden afgedwongen op basis van het Scheidingsverdrag van 1839. In deze studie wordt deze claim nader onderzocht.

³ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake de verruiming van de vaarweg in de Westerschelde, 17 januari 1995.



Natuurbeschermingsorganisaties uit België en Nederland, samenwerkend onder de naam 'Werkgroep Schelde-estuarium', wijzen op mogelijke schadelijke gevolgen voor de natuur in dit gebied. Zij zijn van mening dat het huidige tijdschema in de besprekingen over een volgende verdieping veel te krap is, waardoor de gevolgen voor het milieu niet vooraf adequaat in kaart gebracht kunnen worden. Zij bepleiten een gedegen evaluatie uit te voeren naar de effecten van de tweede verdieping van eind jaren '90. Belangrijk punt daarbij is dat hiervoor een periode van 10 à 15 jaar wordt gereserveerd, zijnde de tijdschaal waarop morfologische aanpassingen zich manifesteren.



2. RELEVANTE BEPALINGEN VAN HET SCHEIDINGSVERDRAG

Het Scheidingsverdrag tussen Nederland en België bevat de volgende bepaling:

"Artikel IX

§1. De beschikkingen der artikelen CVIII tot CXVII ingesloten, van de algemeene akte van het congres van Weenen, betrekkelijk de vrije scheepvaart op de stroomen en bevaarbare rivieren, zullen toepasselijk worden gemaakt op de stroomen en bevaarbare rivieren, die het Belgische grondgebied en het Hollandse grondgebied van een scheiden, of gelijklijk doorlopen.

§2. Wat meer bijzonder de scheepvaart op de Schelde en hare monden betreft, is overeengekomen, dat het loodswezen en de betonning, zoowel als het onderhoud der zeegaten van de Schelde beneden Antwerpen, aan een gemeenschappelijk toezigt zullen worden onderworpen, en dat dit gemeenschappelijk toezigt door wederzijds daartoe benoemde commissarissen zal worden uitgeoefend.

[...]

De beide Regeringen verbinden zich ieder voor haar gedeelte der Rivier, om de bevaarbare zeegaten van de Schelde en van hare monden te behouden, en daar de noodige tonnen en boeijen te plaatsen en te onderhouden. "

Van de Eindakte van Weenen van 9 juli 1815 (hierna: de Akte van Wenen of de Akte), van toepassing verklaard in het eerste lid van artikel IX, is vooral artikel CXIII van belang, dat luidt:

"Chaque état riverain se chargera de l'entretien des chemins de halage qui passent par son territoire, et des travaux nécessaires pour la même étendue dans le lit de la rivière, pour ne faire éprouver aucun obstacle à la navigation.

Le règlement futur fixera la manière dont les états riverains devront concourir à ces derniers travaux, dans le cas où les deux rives appartiennent à dissérens Gouvernemens. "

Elke oeverstaat neemt door deze bepaling het onderhoud op zich van de vaarwegen die door zijn gebied lopen en verplicht zich voor dat gebied de noodzakelijke werkzaamheden in het rivierbed te verrichten, teneinde geen obstakels te ondervinden.

Voor de manier waarop staten hierbij moeten samenwerken, worden nadere regels gesteld. In de *Règlement pour la libre navigation des rivières* bevat het derde hoofdstuk, omvattende artikelen betreffende de bevaarbaarheid van onder andere de Schelde, het volgende artikel V:

"Les états riverains des rivières spécifiées à l'article I. se chargent de l'entretien des chemins de halage et des travaux nécessaires dans le lit des fleuves, de la même manière que cela a été arrêté à l'article VII pour le Rhin."



De oeverstaten verplichten zich dus tot onderhoud en de noodzakelijke werkzaamheden op dezelfde wijze als in artikel 7 is bepaald voor de Rijn. Dat artikel 7 van het reglement voor de Rijn is gelijk aan artikel CXIII van de Akte van Wenen.

Artikel VII van het derde reglement luidt tenslotte:

"Tout ce qui aurait besoin d'être fixé ultérieurement sur la navigation de l'Escaut, outre la liberté de la navigation sur cette rivière prononcée à l'article I, sera définitivement réglé de la manière la plus favorable au commerce et à la navigation, et la plus analogue à ce qui a été fixé pour le Rhin."

Alles wat nader moet worden overeengekomen over de scheepvaart op de Schelde, buiten de vrijheid van scheepvaart op die rivier, uitgedrukt in artikel 1, zal definitief geregeld worden op de wijze die het meest gunstig is voor de handel en de scheepvaart, en het meest overeenkomstig hetgeen geregeld is voor de Rijn.

Tot slot kan van belang zijn paragraaf 8 van artikel IX van het Scheidingsverdrag, dat bepaalt:

"Indien natuurlijke gebeurtenissen of werken van kunst de in het tegenwoordig artikel aangewezen wegen voor de scheepvaart voor het gevolg onbruikbaar mogten maken, zal de Nederlandse Regering aan de Belgische scheepvaart, ter vervanging der gezegde onbruikbaar gewordenen wegen voor de scheepvaart, andere zodanige wegen, die even veilig en evengoed en gemakkelijk zijn, aanwijzen."



3. INTERPRETATIE VAN HET SCHEIDINGSVERDRAG

3.1 Bepalingen van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

Artikel 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht⁴ bevatten regels voor de interpretatie van verdragen.⁵ Artikel 31 luidt:

- “- 1. Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.
- 2. Voor de uitlegging van een verdrag omvat de context , behalve de tekst, met inbegrip van de preambule en bijlagen:
- a. iedere overeenstemming die betrekking heeft op het verdrag en die bij het sluiten van het verdrag tussen alle partijen is bereikt;
 - b. iedere akte opgesteld door een of meer partijen bij het sluiten van het verdrag en door de andere partijen erkend als betrekking hebbende op het verdrag.
- 3. Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met:
- a. iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen;
 - b. ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan;
 - c. iedere ter zake dienende regel van volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.
4. Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat, dat dit de bedoeling van partijen is geweest.”

Artikel 32 bepaalt dat ook rekening kan worden gehouden met de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten.

In de volgende paragrafen zal gekeken worden naar de wijze waarop, op grond van deze bepalingen van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, het Scheidingsverdrag kan worden geïnterpreteerd.

⁴ 23-05-1969, Trb 1977/169.

⁵ Weliswaar dateert het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van na het Scheidingsverdrag, toch wordt aangenomen dat de interpretatieregels ook op eerdere verdragen van toepassing zijn. Zie ook de Kasikili/Sedudu-zaak, waar het Internationaal Gerechtshof bij de interpretatie van een verdrag van 1890 te werk ging volgens de stappen van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.



3.2 Grammaticale, contextuele en teleologische interpretatie

De leden 1 en 2 van artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht bepalen dat onder andere gebruik kan worden gemaakt van de grammaticale, contextuele of teleologische interpretatiemethode. Deze bieden echter bij de vraag, hoever de verplichtingen van Nederland reiken, weinig houvast.

3.2.1 Tekst

Artikel IX van het Scheidingsverdrag bevat voor Nederland de verplichting om 'de bevaarbare zeegaten van de Schelde en van hare monden te onderhouden'. Naar welke maatstaven de zeegaten bevaarbaar moeten zijn, valt op basis van een puur tekstuele analyse niet te zeggen. Ook de Akte van Wenen schept op dat punt niet veel duidelijkheid, maar roept eerder nieuwe vragen op: elke oeverstaat verplicht zich de noodzakelijke werkzaamheden te verrichten, teneinde geen obstakels te ondervinden. De betekenis van het begrip 'noodzakelijke werkzaamheden' wordt met een blik op de tekst niet duidelijk. Hetzelfde geldt voor 'hinderpaal' of 'obstakel': een begrip dat in eerste instantie de associatie oproept van scheepswrakken en incidentele slibophopingen - welke ten tijde van het vaststellen van het verdrag ook de meest waarschijnlijke obstakels waren. Inmiddels is echter ook de rivierbodem zelf voor sommige schepen 'voortgangbelemmerend', wanneer ze voor deze schepen te ondiep is. Is dit nu een obstakel voor de verwijdering waarvan Nederland dient zorg te dragen?

Tekstuele interpretatie leidt derhalve tot de kernvraag, of 'noodzakelijke werkzaamheden' slechts onderhoudswerkzaamheden of ook verbeteringswerkzaamheden omvatten. Op basis van de tekst kan slechts worden geconcludeerd dat het Scheidingsverdrag met geen woord rept over verbeteringswerken. Ook op basis van de Akte van Wenen kan men niet stellen dat verbeteringswerken uitdrukkelijk aan de orde zouden zijn.⁶

⁶ Zo ook: Siotto Pintor, *Le régime International de l'Escaut*, 21 Recueil des Cours, vol. 1, 1928, p. 340.



Ter beantwoording van de vraag of Nederland de Schelde desondanks moet aanpassen aan de eisen van de moderne scheepvaart, dient derhalve te worden vastgesteld of andere methoden van interpretatie hiervoor wel aanknopingspunten kunnen bieden.

3.2.2 Doel

Vastgesteld kan worden dat het oorspronkelijke doel van de verdragen van 1839 en 1815 is, de vrijheid van scheepvaart te garanderen en de handel te bevorderen.⁷ In het verdrag van 1839 was dat nodig om de nieuwe onafhankelijkheid van België, waarop dit verdrag betrekking heeft, gestalte te kunnen geven. Het feit dat de vrije scheepvaart en handel gezien kunnen worden als grondslag van het verdrag, zou een aanwijzing kunnen vormen dat de Schelde zou moeten worden aangepast aan de nieuwe eisen van scheepvaart, indien anders de handel en de vrije scheepvaart belemmerd zouden worden.

3.2.3 Context

Het Scheidingsverdrag in samenhang met de Akte van Wenen en andere verdragen

In het voorafgaande is de verwevenheid van het scheidingsverdrag en de Akte van Wenen reeds duidelijk geworden. Over de betekenis van deze verwevenheid voor de interpretatie van het Scheidingsverdrag zijn de meningen verdeeld.

Suy en Wellens plaatsen de Akte van Wenen als zodanig binnen het Scheidingsverdrag en stellen de werking hieraan gelijk.⁸ Daartegenover staat dat verschillende auteurs van mening zijn dat de Akte van Wenen geen zelfstandige normen bevat, maar slechts aanwijzingen voor staten om nadere afspraken te maken.⁹ Alleen uit deze verdragen vloeien vervolgens rechten en verplichtingen voort waarop de staten zich kunnen beroepen. Volgens deze redenering is de werkelijke verplichting van Nederland vervat in artikel 9 van het Scheidingsverdrag, dat slechts spreekt over onderhoud van de Schelde en niet over verbetering van de doorvaart. Van

⁷ Zo ook: E. Suy en K. Wellens, *Is het water tussen België en Nederland niet diep genoeg? Volkenrechtelijke aspecten van de verdieping van de Schelde*, Rechtskundig weekblad 1999-2000, nr. 17, p.556.

⁸ Idem.

⁹ Zie voor een opsomming Vitányi, *The regime of navigation on international waterways*, 1974, p. 63.



Eysinga is van mening dat weliswaar het Scheidingsverdrag bezien moet worden tegen de achtergrond van de Akte van Wenen, maar dat artikel 9 van het Scheidingsverdrag duidelijk maakt dat onder 'noodzakelijke werkzaamheden' in elk geval niet verbeteringswerkzaamheden zijn vervat.¹⁰

Volgens Gerretson heeft de Akte van Wenen betrekking op een heel ander aspect van de Schelde dan het Scheidingsverdrag.¹¹ Hij stelt dat de Akte van toepassing is op de Schelde stroomopwaarts, terwijl het Scheidingsverdrag betrekking heeft op de Schelde stroomafwaarts. De reden voor het opnemen van de artikelen 108 tot en met 117 van de Akte, is volgens hem om aan België, dat geen partij was bij de Akte van Wenen, dezelfde verplichtingen op te leggen als aan de landen die wel bij de Akte partij waren.

Siotto Pintor wijst met betrekking tot de aard van de werkzaamheden op het Statuut van Barcelona, dat volgens hem uitdrukking geeft aan de op dat moment dominante opinie. Dit statuut maakt een duidelijk onderscheid tussen onderhoudswerkzaamheden en verbeteringswerkzaamheden. In paragraaf 2 van artikel 10 wordt op elke staat de verplichting gelegd alle noodzakelijke maatregelen te nemen voor het onderhoud van de vaart (*entretien de la navigation*). Paragraaf 3 vervolgens bepaalt dat elke staat aan een andere staat kan verzoeken om noodzakelijke werken van verbetering uit te voeren, hetgeen door de verzochte staat kan worden geweigerd.¹² Volgens Siotto Pintor valt mede hieruit af te leiden, dat onder onderhoudswerkzaamheden geen verbeteringswerkzaamheden moeten worden verstaan.

De Akte van Wenen omvat een verder uitgewerkte regeling ten aanzien van de bevaarbaarheid van de schelde dan het Scheidingsverdrag. Zoals uit het bovenstaande blijkt, zijn de meningen over de wijze waarop deze twee verdragen zich tot elkaar verhouden verdeeld. Echter, of men de bepalingen uit de Akte van Wenen nu ziet als richtlijn, of ze volledig in het Scheidingsverdrag integreert, ze creëren op zichzelf geen helderheid over de aard en omvang van de Nederlandse verplichtingen.

¹⁰ Van Eysinga, *L'entretien de l'Escaut suivant les traités*, 55 *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928, pp. 732-752.

¹¹ C. Gerretson, *Memorandum van den Raad van het Bestuur der Nationale Unie, aangeboden aan de leden der Staten-Generaal: Lites finiri oportet*, 1929, pp. 22-24.

¹² Siotto Pintor, *Le régime International de l'Escaut*, 21 *Recueil des Cours*, vol. 1, 1928, p. 341.



De link Schelde -Rijn

Kijkt men verder naar de Akte van Wenen, dan valt op de link die de Akte van Wenen legt tussen de Schelde en de Rijn. De oeverstaten verplichten zich volgens de Akte met betrekking tot de rivieren die hun gebied doorlopen immers tot het uitvoeren van de noodzakelijke werkzaamheden en onderhoud ten aanzien van de Schelde, op dezelfde manier als ten aanzien van de Rijn.

Het is van belang om ook te letten op de context waarin deze bepaling in de Akte van Wenen is opgenomen. Ten aanzien van niet alleen de Schelde, maar ook de Neckar, de Main, de Moesel en de Maas wordt een link met de Rijn gelegd. Dit vloeit voort uit het feit dat in 1815 net begonnen werd met het garanderen van de vrije scheepvaart. Voor de manier waarop artikel V van het derde reglement in de praktijk is uitgelegd, zou dus, behalve naar de Rijn, gekeken kunnen worden naar de werkzaamheden en de situatie in de andere rivieren. Het ligt voor de hand dat, zoals ook blijkt uit artikel VII van het derde reglement, de noodzakelijke onderhoudswerkzaamheden niet zozeer moeten worden beschouwd identiek als aan die ten behoeve van de Rijn, maar zoveel mogelijk analoog daaraan.¹³

Dit blijkt ook uit de wijze van totstandkoming van de Akte van Wenen. Het 'Committee on the Free Navigation of Rivers, belast met het opstellen van de Akte van Wenen, had geen zicht op de specifieke situaties van de rivieren waarop de akte betrekking heeft. Het was daarom ook niet zijn bedoeling gedetailleerde regels te stellen ten aanzien van deze rivieren. Het ging ervan uit dat de verschillende staten zelf verdere afspraken zouden maken over de invulling van de verplichtingen.¹⁴

Een identieke opvatting en uitvoering van de betreffende verdragsbepalingen wordt voorts bemoeilijkt door het feit dat de Schelde en de Rijn moeilijk zijn te vergelijken. François schrijft al in 1931 dat het regime van de Schelde en de Rijn zeer verschillend is, tengevolge van het verschil in de plaatselijke gesteldheid.¹⁵ Bovendien zijn grote delen van de Rijn

¹³ Anders: E. Suy en K. Wellens, *Is het water tussen België en Nederland niet diep genoeg? Volkenrechtelijke aspecten van de verdieping van de Schelde*, Rechtskundig weekblad 1999-2000, nr. 17, p.556.

¹⁴ B. Vitányi, *The international regime of river navigation*, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 62.

¹⁵ J.P.A. François, *Handboek van het volkenrecht*, eerste deel, Tjeenk Willink, 1931, p. 498.



gekanaliseerd. Een strikt gelijke benadering van de Schelde en de Rijn ligt derhalve niet voor de hand.

3.3 Latere overeenstemming

Artikel 31 lid 3 onder a van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht bepaalt dat ook latere overeenstemming tussen de verdragsluitende staten met betrekking tot de uitlegging van een verdrag een rol kan spelen bij de interpretatie van verdragsbepalingen.

Dergelijke overeenstemming is echter nooit bereikt. Een poging is wel gedaan in 1925, toen een verdrag werd opgesteld ter verdere uitwerking van het Scheidingsverdrag.¹⁶ Dit nieuwe verdrag zou een bepaling bevatten waarin uitdrukkelijk werd vastgesteld dat de Westerschelde zou worden aangepast aan de veranderende eisen van Scheepvaart. Het verdrag werd echter door de Eerste kamer verworpen.

3.4 Later gebruik

Ook het later gebruik ten aanzien van een bepaald verdrag kan volgens artikel 31 lid 3 onder b een rol spelen bij de verdragsinterpretatie.

Na de verwerping van het verdrag van 1925 was onduidelijk hoe verder met het Scheldevraagstuk zou worden omgegaan. Tussen Nederland en België kwam een briefuitwisseling tot stand over de invulling van het verdrag van 1839.¹⁷ In een memorandum, gedateerd 12 januari 1929, benadrukte de Belgische regering het belang van aanpassing van de Westerschelde aan de eisen van de scheepvaart. De Nederlandse regering stelde in haar antwoord op 7 mei 1929:

“De voornaamste verlangens die de Belgische regeering [...] naar voren brengt hebben betrekking: enerzijds, op de noodzakelijkheid om de Schelde beneden Antwerpen te doen beantwoorden aan de behoeften van de scheepvaart op die rivier; anderzijds, op het verbeteren van de verbindingen

¹⁶ Verdrag tussen Nederland en België van 3 april 1925.

¹⁷ *Bescheiden inzake de tusschen Nederland en België hangende vraagstukken door de wederzijdsche regeeringen gewisseld sedert de verwerping van het verdrag van 3 april 1925*, Algemene Landsdrukkerij, 1929.



tusschen Antwerpen en de Rijn. Het verheugt Hr. M.'s Regeering deze beide desiderata in beginsel te kunnen aanvaarden. Zij erkent zonder voorbehoud het belang der groote scheepvaartwegen die haar gebied doorsnijden. De belangrijke rol die zijn koopvaardijvloot en zijn binnenscheepvaart in het nationaal-economisch bestel van Nederland spelen is de beste waarborg van de van zelf sprekend vrijgevege houding van het Haagse Kabinet tegenover de voornaamste Belgische desiderata.”

Deze intenties kwamen tot de jaren zeventig tot uitdrukking in onderhoudswerkzaamheden. Nederland geeft al sinds 1906 vergunningen af aan België om ten behoeve van dit onderhoud in de Westerschelde te baggeren. Sinds 1933 verwijst België in zijn aanvraag naar het verdrag van 1839. Nederland doet dit bij het verlenen van de vergunningen niet. De werkzaamheden zijn telkens op verzoek van en door België uitgevoerd, nadat het daartoe van Nederland een vergunning had verkregen.

In de jaren zeventig werd de vaargeul van de Westerschelde éénmalig extra verruimd. Bij deze verdieping werden de drie oostelijke drempels met ongeveer drie meter verlaagd. De onderhoudswerkzaamheden nemen als gevolg van de verdiepingswerkzaamheden toe.

In de jaren tachtig kwam er een nieuw verzoek om de haven van Antwerpen beter bereikbaar te mogen maken voor grote schepen. Naar aanleiding hiervan kwam in 1995 het voornoemde verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake de verruiming van de vaarweg in de Westerschelde van 17 januari 1995 tot stand. Dit verdrag ziet op een nieuwe verruiming van de Westerschelde, waardoor het scheepvaartverkeer soepeler kan verlopen en waardoor de haven van Antwerpen bereikbaar wordt voor schepen met een diepgang tot ongeveer 15 meter, getij-afhankelijk en een diepgang van 11,6 meter getij-ongebonden. Het verdrag verwijst niet specifiek naar de eerder gesloten verdragen en bevat voornamelijk concrete bepalingen ten aanzien van de afgesproken verdieping.

De preambule bevat de volgende overwegingen:

“Onverminderd de verdragen die tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België werden gesloten over de Schelde;
Overtuigd van het belang van het behoud en de ontwikkeling van de vaarwegfunctie van de Westerschelde en de toegang tot de havens;
Rekening houdend met de veiligheid van de scheepvaart en van de waterkeringen;
Beklemtonend dat de zorg voor de vaarwegfunctie in harmonie moet geschieden met die voor de overige functies van de Westerschelde, waaronder de natuurfunctie;
Wensend een regeling te treffen voor de verruiming van de vaarweg in de Westerschelde en enige daarmee verband houdende aangelegenheden.”



Uit de preambule blijkt dat het niet de bedoeling is geweest van de verdragsluitende staten dat dit verdrag in de plaats zou komen van de eerder gesloten verdragen over werkzaamheden in de Westerschelde. Op de vraag of de verdiepingswerkzaamheden waarin het verdrag voorziet een uiting zijn van verplichtingen voortvloeiend uit eerder gesloten verdragen, geeft het verdrag geen antwoord.

Het later gebruik ten aanzien van de verdiepingswerkzaamheden in de Westerschelde toont derhalve dat onderhoudswerkzaamheden in de Westerschelde doorlopend worden verricht. Nederland geeft België daartoe een vergunning. Door de eerder uitgevoerde verdiepingswerkzaamheden moet telkens meer worden gebaggerd om de rivier te onderhouden. Zo werd vóór 1960 5 miljoen kuub gebaggerd, inmiddels baggert men 14 miljoen kuub voor het standaard onderhoud. Daartoe moet bijna dagelijks worden gebaggerd.

Verdiepingswerkzaamheden zijn in tegenstelling tot de onderhoudswerkzaamheden incidenteel: het betreft de verdieping in de jaren zeventig en de verdieping voortvloeiend uit het verdrag van 1995. Uit het feit dat voor de verdiepingswerkzaamheden in 1995 een afzonderlijk verdrag nodig bleek, zou men kunnen afleiden dat met dit verdrag nieuwe verplichtingen in het leven worden geroepen, die blijkbaar niet uit het Scheidingsverdrag voortvloeien.¹⁸

Zoals al aangegeven in § 3.2 is het later gebruik ten aanzien van de Rijn niet zonder meer vergelijkbaar met en van betekenis voor de Schelde.

3.5 Iedere toepasselijke regel van volkenrecht

Volgens artikel 31 lid 3 onder c kan iedere toepasselijke regel van volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast, een rol spelen bij de interpretatie van een verdrag. In deze paragraaf zal worden ingegaan op het verdrag van Helsinki betreffende de Bescherming van het gebruik van de Grensoverschrijdende Waterlopen en internationale Meren¹⁹ (hierna: Verdrag van Helsinki) en het Verdrag inzake de bescherming van de

¹⁸ Over de totstandkoming van de eerste verdieping is te weinig informatie voorhanden.

¹⁹ Trb 1992, 199.



Schelde. Voor zover ook Europese regelgeving in deze context van toepassing zou zijn, wordt verwezen naar hoofdstuk 4.

Verdrag van Helsinki

In 1992 werd door onder andere België en Nederland het Verdrag van Helsinki gesloten. Het verdrag trad voor onder andere Nederland in werking op 6 oktober 1996. België ratificeerde het verdrag op 8 november 2000. Artikel 2 lid 1 van dit verdrag luidt:

“The parties shall take all appropriate measures to prevent, control and reduce any transboundary impact.”

Onder 'transboundary impact' moet ingevolge artikel 1 lid 2 worden verstaan:

“[...] any significant adverse effect on the environment resulting from a change in the conditions of transboundary waters caused by a human activity, the physical origin of which is situated wholly or in part within an area under the jurisdiction of a Party, within an area under the jurisdiction of another Party. Such effects on the environment include effects on human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors; they also include effects on the cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors;”

Artikel 2 lid 2 bevat onder meer de volgende bepalingen:

“The Parties shall, in particular, take all appropriate measures:
(b) To ensure that transboundary waters are used with the aim of ecologically sound and rational water management, conservation of water resources and environmental protection;
(d) To ensure conservation and, where necessary, restoration of ecosystems.”

Artikel 9 van het verdrag bevat voor de oeverstaten de volgende verplichting:

“The Riparian Parties shall on the basis of equality and reciprocity enter into bilateral or multilateral agreements or other arrangements, where these do not yet exist, *or adapt existing ones, where necessary to eliminate the contradictions with the basic principles of this Convention*, in order to define their mutual relations and conduct regarding the prevention, control and reduction of transboundary impact. The Riparian Parties shall specify the catchment area, or part(s) thereof, subject to cooperation. These agreements or arrangements shall embrace relevant issues covered by this Convention, as well as any other issues on which the Riparian Parties may deem it necessary to cooperate.” (cursivering toegevoegd)

Dat verdieping van de Westerschelde ecologische gevolgen heeft of uiteindelijk zal hebben, is onomstreden. Uit het verdrag van Helsinki vloeit de verplichting voort om de ecosystemen zoveel mogelijk in stand te houden. Artikel 9 verplicht de oeverstaten om onder andere



daartoe nadere afspraken te maken en eventueel bestaande afspraken, die met dit verdrag in strijd zijn, aan te passen.

Verdrag inzake de bescherming van de Schelde

Het Verdrag van Helsinki is door onder andere Nederland en het Vlaamse Gewest verder uitgewerkt in het Verdrag inzake de bescherming van de Schelde.²⁰ Dit Verdrag heeft blijkens artikel 2 lid 1 ten doel in de geest van het Verdrag van Helsinki de kwaliteit van de Schelde te behouden en te verbeteren. Lid 6 van artikel 3 luidt:

“De Verdragsluitende Partijen beschermen en waar mogelijk verbeteren de kwaliteit van het aquatisch ecosysteem van de Schelde, onder andere door inrichtingsmaatregelen en door geleiding van het gebruik van de rivier.”

De regels van volkenrecht en het Scheidingsverdrag

Over het scheidingsverdrag van 1839 wordt in het Verdrag inzake de bescherming van de Schelde niets gezegd. Wel kan op basis van bovenstaande verdragen gesteld worden dat het Scheldestatuut bij twijfel omtrent de interpretatie ervan met het oog op het Verdrag van Helsinki zodanig zou moeten worden uitgelegd dat er geen nadelige gevolgen ontstaan voor het ecosysteem.²¹ Zelfs als de interpretatie van het verdrag wel zou duiden op een verplichting om verbeteringswerken uit te voeren, dan nog zou deze verplichting op basis van artikel 9 van het Verdrag van Helsinki op losse schroeven komen te staan.

Dit is in overeenstemming met een uitspraak van het Internationale Hof van Justitie in de Namibië-zaak, waar het stelt:

“That is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last 50 years ... have brought important developments ... In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.”²²

²⁰ Trb 1994, 150.

²¹ Zie bijvoorbeeld A. Aust, *Modern treaty law and practice*, 2000, p. 195 en Sinclair, *The Vienna Convention on the law of treaties*, 1978, p.138-140.

²² *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, pp. 31–32 (para. 53).



De bovenstaande passage is bovendien van belang voor de diverse Europeesrechtelijke milieubepalingen, welke in het volgende hoofdstuk aan de orde zullen komen.

3.6 Totstandkoming

Wanneer de betekenis van een verdragsbepaling onduidelijk blijft, kan blijkens artikel 32 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht ook gekeken worden naar de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten.

Siotto Pintor wijst erop dat Nederland het Schelde-regime voortvloeiend uit het verdrag van 1839 pas in uiterste instantie heeft geaccepteerd en, volgens hem, ronduit tegen zijn wil. Hij stelt dat het een elementaire regel van interpretatie is, dat de bepalingen van verdragen bij twijfel moeten worden uitgelegd volgens de gemeenschappelijke wil van de verdragsluitende partijen. Bovendien moet interpretatie plaatsvinden op de manier die het minst bezwarend is voor de bezwaarde partij. Derhalve is volgens hem 'de gelijkstelling van verbeteringswerken met instandhoudingswerken, die, al steunend op de meest overtuigende redenen, duidelijk tegengesteld is aan de contractueel vastgelegde wil van Nederland en die de meest bezwarende interpretatie vormt van hun verplichting, niet houdbaar vanuit juridisch oogpunt'.²³

3.7 Tussenconclusie

Uit de tekst van het Scheidingsverdrag valt niet op te maken dat verbeteringswerkzaamheden deel zouden uitmaken van de verplichtingen die uit het verdrag voortvloeien. Er zouden derhalve zeer sterke aanwijzingen moeten zijn om desondanks tot de conclusie te komen dat die verplichting wel bestaat. Het *in dubio mitius*-beginsel wijst bij onzekerheid omtrent de uitlegging van verdragen op de interpretatie die de minste verplichtingen voor partijen in het leven roept.²⁴

²³ Siotto Pintor, *Le régime International de l'Escaut*, 21 Recueil des Cours, vol. 1, 1928, p. 341.

²⁴ McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 462-463.



Behalve het feit dat verdiepingswerkzaamheden in overeenstemming zijn met de doelstelling van het verdrag, zijn er geen aanwijzingen op basis waarvan men zou kunnen stellen dat Nederland tot het dergelijke verbeteringswerkzaamheden verplicht is. Integendeel; analyse van het verdrag op basis van de totstandkoming, de context en het later gebruik, mede lettende op de latere afspraken tussen onder meer Nederland en België ten aanzien van het milieu, leidt tot de conclusie dat Nederland verplicht is tot het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden, maar dat van verplichte verbeteringswerkzaamheden geen sprake kan zijn.



4. DE WESTERSCHELDE EN HET EUROPEES RECHT

Voor de interpretatie en toepassing van het Scheidingsverdrag zijn voorts van belang bepalingen het recht van de Europese gemeenschap inzake de bescherming van de Westerschelde. Hoewel deze bepalingen, op grond van de overweging dat het EG Verdrag op zichzelf een gewoon volkenrechtelijk verdrag is, ook relevant zijn voor § 3.4, worden de Europeesrechtelijke verplichtingen in deze paragraaf gescheiden behandeld.

4.1 De Westerschelde en het Europees milieurecht

Artikel 2 van het EG-Verdrag bepaalt dat één van de doelstellingen van de EG is het uitvoeren van een gemeenschappelijk beleid met:

"een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu".

In de artikelen 174-176 van het EG-Verdrag is de milieubeschermingstaak in vrij algemene bepalingen uitgewerkt. Er worden randvoorwaarden in geschapen voor een gemeenschappelijk milieubeleid. Artikel 175 vormt de rechtsbasis van de activiteiten die de EG onderneemt om de doelstellingen op het gebied van milieubescherming te verwezenlijken.

Onder andere op de gebieden van watervervuiling en natuurbescherming heeft uitvoering van dit gemeenschappelijk milieubeleid vorm gekregen door de uitvaardiging van een aantal richtlijnen. Voor de bescherming van Schelde-estuarium zijn in het bijzonder van belang de Vogel- en Habitatrichtlijn.

4.1.1 De Vogelrichtlijn²⁵

De Richtlijn inzake het behoud van de vogelstand bevat regels voor de bescherming van vogels. Volgens artikel 1 heeft de Richtlijn betrekking op de instandhouding van alle

²⁵ 79/409, Pb. 1979 L 103/1; zoals laatst gewijzigd door Richtlijn 97/49, Pb. 1997 L 223/9.



natuurlijk in het wild levende vogelsoorten op het Europees grondgebied van de Lid-Statens. De Richtlijn kent bepalingen ter bescherming de leefgebieden van vogelsoorten en ter beperking van de jacht op en handel in vogelsoorten. Uitsluitend de bepalingen van de eerste categorie zijn hier van belang.

Artikel 3 bepaalt dat Lid-Statens alle nodige maatregelen moeten nemen om voor alle vogelsoorten een grote variatie aan leefgebieden van voldoende omvang te beschermen, in stand te houden, of te herstellen. De Lid-Statens wijzen voor de instandhouding van deze vogelsoorten geschikte gebieden aan als speciale beschermingszones. Het Schelde-estuarium is in zijn geheel, behalve stukken van de vaargeul die op dit moment dieper zijn dan 10 meter, aangemerkt als beschermingszone. Volgens lid 4 van artikel 4 heeft de Lid-Staat de verplichting om voor deze zones de nodige maatregelen te nemen om vervuiling en verslechtering van deze gebieden en het verstoren van de vogels te voorkomen. Deze bepaling heeft externe werking en houdt dus een beschermingsplicht in die zo nodig buiten de zone reikt. Het valt dan ook te verdedigen dat de beschermingsplicht van de Vlaamse en Nederlandse overheid zich uitstrekt tot in de diepere stukken van de vaargeul.

De Richtlijn kende oorspronkelijk geen gronden waarop afwijking van de beschermingsplicht mogelijk was. Sinds 1994 vallen de beschermingszones zoals het Schelde-estuarium echter gedeeltelijk onder het regime van de Habitatrichtlijn. In dat jaar is artikel 4 lid 4 namelijk vervangen door artikel 6 lid 2 tot en met 4 van de Habitatrichtlijn. Hierdoor zijn meer mogelijkheden ontstaan om van de beschermingsplicht af te wijken. De nieuwe bepaling biedt nu wel ruimte om maatregelen te nemen die bestaande beschermingszones aantasten. Daarover hieronder meer.

4.1.2 De Habitatrichtlijn²⁶

De Richtlijn inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna voorziet net als de Vogelrichtlijn in enerzijds gebiedsbeschermende maatregelen en anderzijds in maatregelen ter bescherming van dier- en plantensoorten. Artikel 3 verplicht tot het aanwijzen van speciale beschermingszones. Doel is om te komen tot een Europees ecologisch

²⁶ 92/43, Pb. 1992 L 206/7, zoals laatst gewijzigd door Richtlijn 97/62, Pb. 1997 L 305/42



netwerk. Ook de beschermingszones zoals die zijn aangewezen op basis van de Vogelrichtlijn maken hiervan deel uit.

Het aanwijzen van een beschermingszone geschiedt volgens een bepaalde procedure. De Lid-Staten stellen een lijst samen waarop de op hun grondgebied aanwezige habitats worden vermeld. Op basis van de nationale lijsten stelt de Commissie uiteindelijk een gemeenschappelijke lijst samen. Wanneer een gebied door de Commissie van belang wordt geacht, dient de Lid-Staat volgens artikel 4 lid 4 zo snel mogelijk, maar uiterlijk binnen 6 jaar, dit gebied als speciale beschermingszone aan te wijzen. Het Schelde-estuarium is door Nederland voorgedragen, maar staat nog niet op de gemeenschappelijke lijst. De Nederlandse overheid heeft echter nadrukkelijk verklaard zich al voor die tijd aan de verplichtingen van de Habitatrictlijn te zullen houden.

Artikel 6 bepaalt wat de rechtsgevolgen zijn van de aanwijzing als speciale beschermingszone. De Lid-Staten moeten de nodige instandhoudingsmaatregelen treffen en zorgen de kwaliteit van de habitat niet verslechtert of dat de bijzondere dier- en plantensoorten worden gestoord. Ook hier is weer sprake van externe werking van de beschermingsplicht. Een maatregel die mogelijk gevolgen voor het gebied heeft kan volgens lid 3 van artikel 6 slechts doorgang vinden wanneer zeker is dat natuurlijke kenmerken van de habitat niet zullen worden aangetast.

Van de strenge eis van lid 3 kan slechts worden afgeweken wegens dwingende redenen van groot openbaar belang, zo stelt lid 4 van artikel 6. Hieronder vallen ook redenen van sociale of economische aard. Wel is de Lid-Staat in dat geval verplicht tot het nemen van compenserende maatregelen. Zoals gezegd is deze mogelijkheid van de beschermingsplicht af te wijken via artikel 7 ook van toepassing op de Vogelrichtlijn.

Het is niet geheel duidelijk wat de gevolgen zijn wanneer geen toereikende compensatie kan worden verleend. Volgens Jans verlangen de formulering van artikel 6 lid 4 en de doelstelling van de Habitatrictlijn dat de inbreukmakende maatregelen in het geheel geen doorgang kunnen vinden bij onvoldoende compensatie.²⁷ De Nederlandse regering is in 1995 al in gebreke gesteld door de Europese Commissie vanwege het niet nakomen van de



compensatieplicht van de Vogelrichtlijn bij de toenmalige verdieping van de Westerschelde. Het betrof hier een schending van hetzelfde artikel 6 lid 4 dat, zoals hiervoor is uitgelegd, ook onder de Vogelrichtlijn is komen te vallen. De Commissie en de Nederlandse regering zijn hierover nog in gesprek.

Het ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij hanteert op dit moment een stappenplan voor de vaststelling van de door de EG verlangde compensatie. Het heeft de volgende uitgangspunten: er wordt uitgegaan van het *worst-case-scenario*, dus van het meest schadelijke effect op het gebied; de ‘kwantiteit en kwaliteit’ van het gebied moet in gelijke mate op een andere locatie worden teruggevonden; deze locatie moet zich in de nabijheid van het oude gebied bevinden; er moet een toereikend aanloopbudget voor opbouw en instandhouding worden gecreëerd; en tenslotte moet er voldoende ‘samenhang’ bestaan tussen het nieuwe gebied en zijn omgeving. Dit zijn strenge eisen en in het geval van het Schelde-estuarium, dat zich kenmerkt als een uniek gebied met een grote natuurlijke dynamiek, lijkt compensatie geen haalbare kaart. Het is nog niet duidelijk wanneer een compensatieregeling in de Nederlandse wet zal worden geïmplementeerd die wel voldoet aan de strenge eisen van de Commissie. Momenteel is in de Raad van State een dergelijke formele compensatieregeling in behandeling. De inhoud ervan zal waarschijnlijk niet veel afwijken van het stappenplan van het ministerie van LNV.

Anders dan de Vogelrichtlijn, die direct rechtsgevolgen met zich meebrengt voor de gebieden die aan de criteria voldoen, is de Habitatrichtlijn niet vanzelf van toepassing op de gebieden die volgens artikel 3 als beschermingszone moeten worden aangemerkt. Hiervoor is uitgegaan van de situatie dat de Nederlandse overheid op grond van haar toezegging onderworpen is aan de verplichtingen van de Habitatrichtlijn. Een beroep tegen een niet nakoming van deze verplichtingen is in deze context een nationale, bestuursrechtelijke aangelegenheid. Het valt echter te verdedigen dat de Nederlandse overheid ook in Europeesrechtelijk opzicht gebonden is aan de Habitatrichtlijn, nog voordat het Schelde-estuarium op de lijst van de Commissie geplaatst is. Hoewel de Rechtbank van Leeuwarden met betrekking tot de Waddenzee anders oordeelde,²⁸ stelt Jans dat “wanneer klaarblijkelijk is dat een gebied op de communautaire lijst

²⁷ J.H. Jans e.a., *Europees milieurecht in Nederland*, p. 621.

²⁸ Rb. Leeuwarden 17 juli 1998.



zal komen, wel rechtstreekse werking geldt van de Habitatrichtlijn”.²⁹ Volgens hem moet een parallel getrokken worden met de Vogelrichtlijn-jurisprudentie,³⁰ waarin gebieden die aan de objectieve criteria van de Richtlijn voldeden direct als beschermingszone moesten worden aangemerkt. Op basis van deze jurisprudentie zou het Schelde-estuarium nu al ten volle onder het regime van de Habitatrichtlijn vallen.

Samenvattend kan worden vastgesteld dat met betrekking tot het Schelde-estuarium op basis van de Vogel- als de Habitatrichtlijn het beschermingsgebod van artikel 6 kan worden ingeroepen binnen zowel de nationale als de EG-rechtsorde. Niet nakoming van deze plicht door verdiepingswerkzaamheden binnen of buiten de beschermingszone, met gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het gebied, is slechts mogelijk wanneer de Nederlandse overheid dit kan rechtvaardigen met een beroep op een *dwingend* groot openbaar belang. Hieronder vallen ook economische belangen. Een rechtvaardigingsgrond bestaat echter uitsluitend wanneer de overheid de schade aan het Schelde-estuarium in voldoende mate weet te compenseren.

4.2 De verhouding tussen het Scheidingsverdrag en bepalingen van Europees Recht

4.2.1 De aard van richtlijnverplichtingen

De EG is meer dan een internationaal samenwerkingsverband. Het is een rechtsorde op zichzelf, ook wel een constitutionele rechtsgemeenschap genoemd. Dit betekent dat het een bron van rechten en plichten vormt die rechtstreeks gelden voor de Lid-Staten en hun burgers. Daarnaast betekent dit dat het gemeenschapsrecht voorrang heeft boven nationaal recht. Het EG-Verdrag heeft gemeenschappelijke instellingen in het leven geroepen die, op basis van de bevoegdheden die het Verdrag hen verleent, besluiten kunnen uitvaardigen die de Lid-Staten binden. Deze besluiten vormen met de verdragsbepalingen het gemeenschapsrecht.

Elke Lid-Staat is gebonden aan het gemeenschapsrecht zoals dat uit het EG-Verdrag voortvloeit. In artikel 10 van het EG-Verdrag is dit als een loyaliteitsplicht vastgelegd. Deze bepaling vormt de neerslag van het beginsel van goede trouw of zorgvuldigheid die voor alle

²⁹ J.H. Jans e.a., *Europees milieurecht in Nederland*, p. 626.



autoriteiten geldt die het gemeenschapsrecht toepassen, zowel Lid-Staten als instellingen. Dit beginsel ziet op de nakoming van de verplichtingen die het gemeenschapsrecht oplegt. Van instellingen en Lid-Staten wordt verwacht dat ze al het mogelijke doen om hun verdragsverplichtingen na te komen en de effectiviteit van het gemeenschapsrecht te bevorderen. Doen zij dit niet, dan schenden zij het Verdrag en kan tegen hun gedrag beroep worden aangetekend voor het Hof van Justitie door de Commissie krachtens artikel 226 of door een andere Lid-Staat krachtens artikel 227.

Richtlijnen zoals de Vogel- en Habitatrichtlijn zijn gericht aan de Lid-Staten. Ze leggen de verplichting op aan de staten om de regels die erin zijn opgenomen om te zetten in nationale wetgeving. Dit is vastgelegd in artikel 249 van het EG-Verdrag dat stelt dat Lid-Staten aan een richtlijn zijn gebonden ten aanzien van het te bereiken resultaat. Wanneer een Lid-Staat de omzettingplicht die de richtlijn hem oplegt niet nakomt, handelt hij in strijd met artikel 249 en schendt hij het Verdrag. Op basis van artikel 249 en meer in het algemeen de gemeenschapstrouw van artikel 10 kan dus een verplichting zoals die uit een richtlijn voortvloeit op één lijn worden gesteld met een verdragsverplichting.

4.2.2 De verhouding tussen het EG-Verdrag en Scheidingsverdrag

Hiervoor is gesteld dat indien de Nederlandse overheid de aantasting van de habitat van het Schelde-estuarium, als gevolg van verdiepingswerkzaamheden, niet kan rechtvaardigen met een beroep op een dwingend groot openbaar belang, dan wel indien de overheid de schade aan het Schelde-estuarium niet in voldoende mate weet te compenseren, strijd kan ontstaan met de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. In dat geval doet zich de vraag voor hoe de verplichting zich te onthouden van verdiepingswerkzaamheden op grond van Europees recht zich verhoudt tot een eventuele verplichting tot verdieping, zoals die mogelijk op grond van het Scheidingsverdrag kan worden geconstrueerd.

Wanneer het Europees recht in het licht van het volkenrecht wordt bekeken, komt men tot het volgende beeld. Verdragen die vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag zijn gesloten en die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht kunnen volgens het *pacta sunt servanda*-

³⁰ H.v.J., zaak C-3/96, *Commissie/Nederland* en zaak C-335/90, *Marismas de Santona*.



beginsel, dat nakoming eist van gesloten verdragen, niet worden aangetast en blijven in stand. Artikel 307 van het EG-Verdrag stelt dan ook dat verdragen die vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag zijn gesloten tussen Lid-Staten en staten die geen lid zijn van de EG gerespecteerd dienen te worden.

Het is een ander verhaal wanneer verdragen vóór het EG-Verdrag zijn gesloten tussen Lid-Staten onderling, zoals het Scheidingsverdrag. In dat geval gaat de voorrang van het oudere verdrag niet op. Oude verdragen tussen Lid-Staten zijn slechts geldig voor zover ze verenigbaar zijn met het EG-Verdrag. Het Hof van Justitie stelde in *Commissie /Italië* dat:

"...een Lid-Staat door de enkele aanvaarding van een nieuwe verplichting [i.c. het EG-Verdrag], strijdig met hem uit een eerder verdrag toekomende rechten, afstand doet van die rechten, voorzover althans zulks voor de nakoming van zijn nieuwe verplichting noodzakelijk is."³¹

Deze visie werd in *Matteucci/Communauté française de Belgique* bevestigd. Het Hof constateerde met verwijzing naar de *Commissie /Italië*-zaak:

"...het is vaste rechtspraak dat het EG-Verdrag met betrekking tot de daarbij geregelde onderwerpen voorrang heeft boven de overeenkomsten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag tussen de Lid-Staten."³²

Het is derhalve zaak om vast te stellen of het Scheidingsverdrag verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Blijkt dat er sprake is van strijd tussen het Scheidingsverdrag en het EG-Verdrag, dan heeft het EG-Verdrag voorrang.

Dat dit het geval is valt af te leiden uit het oordeel van het Hof van Justitie in de hiervoor genoemde *Matteucci*-zaak. Het betrof hier een zaak waarbij een EG-verordening bepaalde dat in het kader van gelijke behandeling van werknemers die onderdaan waren van een Lid-Staat, zij ook in gelijke mate recht hadden op een studiebeurs. Er bestond echter al een bilateraal verdrag tussen twee Lid-Staten dat studiebeurzen slechts voorbehield aan onderdanen van beide staten. Het Hof verklaarde zonder meer dat dit verdrag in strijd was met de uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen zoals die in de verordening waren uitgewerkt en vastgelegd en dat nakoming van dat verdrag dus een schending opleverde van artikel 10. In het geval van de Westerschelde kan betoogd worden dat de Vogel- en Habitatrichtlijn, hoewel

³¹ H.v.J., zaak 10/61.

³² H.v.J., zaak 235/87.



geen verordeningen, in gelijke mate verplichtingen met zich mee brengen die voortvloeien uit het EG-Verdrag.

Het niet nakomen van de richtlijnverplichtingen door Nederland of België met een beroep op het oudere Scheidingsverdrag kan derhalve niet worden gehonoreerd. Dan zou immers sprake zijn van onverenigbaarheid tussen de verschillende verdragen. Het EG-Verdrag geniet derhalve, in haar uitwerking in de Vogel- en Habitatrichtlijn, voorrang.



5. CONCLUSIE

Op basis van de tekst van het scheidingsverdrag kan niet worden gesteld dat verdiepingswerkzaamheden zouden behoren tot de werkzaamheden die Nederland moet verrichten ten behoeve van de bevaarbaarheid van de Schelde. Ook uit de latere uitwerking die aan het verdrag is gegeven, valt niet af te leiden dat dit het geval zou zijn. Het verdiepingsverdrag van 1995 staat immers op zichzelf.

Het ligt niet voor de hand om, waar de uitlegging van een verdrag onzeker is, te kiezen voor de meest belastende interpretatie. Het *in dubio mitius*-beginsel wijst in dergelijke gevallen op de interpretatie die de minste verplichtingen voor staten in het leven roept.

Het uitvoeren van verdiepingswerkzaamheden zou wel in overeenstemming zijn met het doel van het verdrag, namelijk de bevordering van vrije handel en scheepvaart. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Scheidingsverdrag valt echter niet op te maken dat het de bedoeling is geweest van partijen om aan deze doelstelling uitvoering te geven door verdieping van de Schelde onder de verplichtingen van Nederland te laten vallen.

In latere verdragen hebben zowel België als Nederland bovendien het milieu een prominente plaats gegeven. Het Scheidingsverdrag kan mede aan de hand van deze nieuwe verdragen worden uitgelegd. Het is zelfs mogelijk dat de uitlegging van een verdrag door de ontwikkeling van het *corpus juris gentium* verandert, zo blijkt ook uit de overwegingen van het Hof van Justitie in voornoemde Namibië-zaak. Zelfs als verbeteringswerkzaamheden ooit onder de verplichtingen van het scheidingsverdrag vielen, is het nu door de ontwikkelingen van het internationale recht noodzakelijk om de bepalingen evolutief te interpreteren. Bezieet men het Scheidingsverdrag in het nieuwe *corpus juris gentium*, dan leidt dit tot de conclusie dat van een verplichting tot het uitvoeren van verdiepingswerkzaamheden geen sprake kan zijn.

Zo vloeit uit het verdrag van Helsinki de verplichting voort om de ecosystemen zo veel mogelijk in stand te houden. Dit is door onder andere Nederland en het Vlaams Gewest verder uitgewerkt in het Verdrag inzake de bescherming van de Westerschelde. Ook het later tot stand gekomen EG-verdrag en de daaruit voortvloeiende richtlijnen, die mede van toepassing



zijn op de Schelde, stellen strenge eisen op het gebied van milieu. Het scheidingsverdrag moet derhalve worden uitgelegd op een manier die, behalve gunstig voor de handel, ook niet schadelijk is voor het milieu.

Daarbij bestaat er een kans dat, zou het verdrag op een andere manier worden uitgelegd, Nederland en België daarmee in strijd handelen met EG-recht. EG-richtlijnen kunnen niet terzijde worden geschoven met een beroep op een eerder gesloten verdrag. Het Schelde-estuarium valt al onder de bescherming van de Vogelrichtlijn en het valt te verdedigen dat ook de Habitatrichtlijn ten volle toepasselijk is. Uit beiden vloeit een beschermingsplicht voort voor dit gebied.

De richtlijnen laten enkel ruimte voor verdieping van de Westerschelde bij dwingende redenen van groot economisch belang. In dat geval geldt bovendien een compensatieplicht. Uit de formulering van artikel 6 lid 4 en de doelstelling van de Habitatrichtlijn kan worden opgemaakt dat verdieping achterwege moet blijven bij onvoldoende compensatie.

Aan deze compensatieplicht kunnen Nederland en België in het Schelde-estuarium mogelijk niet voldoen. Het niet nakomen van de compensatieplicht met een beroep op het Scheidingsverdrag wordt, zoals gesteld, niet gehonoreerd. Verdieping zonder toereikende compensatie betekent een schending van het EG-verdrag.

Het is op grond van bovengenoemde overwegingen weinig aannemelijk, dat de verplichting tot verdieping van de Westerschelde rechtstreeks op het Scheidingsverdrag kan worden gebaseerd. De tekst van het verdrag, de context, het latere gebruik en het *in dubio mitius*-beginsel wijzen niet in die richting. Voor zover de doelstelling van het verdrag, bevordering van vrije scheepvaart, wel verdiepingswerkzaamheden zou impliceren, vindt dit zijn begrenzing in de noodzakelijke bescherming van het milieu. Wanneer een nieuwe verruiming desalniettemin zou plaatsvinden, wordt mogelijkerwijs gehandeld in strijd met internationale verplichtingen.