

Enkele opmerkingen over het arbitrageverdrag IJzeren Rijn en de vervolgbesluitvorming

1. Onderwerp van de arbitrage en bevoegdheid van het tribunaal

Volgens het aan de orde zijnde verdrag worden aan het Arbitragetribunaal drie vragen voorgelegd die allen uitgaan van de veronderstelling dat het de bedoeling van beide landen is de IJzeren Rijn te reactivering op het historische trace. Gevraagd wordt of daarop uitsluitend Nederlands (incl. Europees en in Nederland geldend internationaal) recht van toepassing is, danwel ook of uitsluitend Belgisch recht. Gevraagd wordt of Nederland de bouw van bepaalde voorzieningen `eenzijdig mag opleggen`. Ten slotte wordt gevraagd wie de kosten van dergelijke voorzieningen dient te dragen.

Het is hier niet de plaats om op de kwaliteit van de gekozen vraagstelling in te gaan. Opvallend is wel dat geen enkele relatie wordt gelegd met Europeesrechtelijke vereisten. Voor zover Nederland bepaalde voorzieningen „eenzijdig oplegt“, gebeurt dat immers voor een belangrijk deel om te kunnen voldoen aan de uit de Vogel- en Habitatrictlijn voortvloeiende eisen. Dat is een belangrijk gegeven dat in de vraagstelling geheel niet tot uitdrukking komt hoewel het voor een antwoord op de voorgelegde vragen m.i. van groot belang kan zijn.

Naast deze vragen zelf is ook de aanhef van het arbitrageverdrag belangrijk. Daarin wordt o.a. gesteld dat Nederland en België het „eens zijn“ dat België het recht heeft op gebruik, herstel aanpassing en modernisering van het Nederlandse gedeelte van het historische trace. Dit is als vaststelling, niet als vraag aan het tribunaal geformuleerd. Met deze vaststelling is komen vast te staan dat de Nederlandse regering een besluit zal nemen tot reactivering van de IJzeren Rijn indien België dat ook na de uitkomst van de arbitrageprocedure nog wenst. Nederland heeft dan immers in een internationaal Verdrag vastgelegd dat het zulks wil doen. In de navolgende procedures is de afwegingsruimte dan ook beperkt. Er kan op basis van een afweging niet worden besloten om een ander trace te kiezen. Inspraak en rechtsbescherming kunnen daarop geen betrekking meer hebben, c.q. zijn hieromtrent nutteloos. De vraag is of dit in strijd is met de wettelijk voor de vaststelling van een spoortrace voorziene procedures zoals de m.e.r.-procedure en de traceprocedure of met democratische grondbeginselen. Het antwoord op deze vraag hangt af van de inschatting van de rechtsgevolgen van het IJzeren Rijn-Verdrag. In de opvatting van de regering vloeit uit dit Verdrag het recht van België voort om het historisch trace te reactiveren. Het is omstreden of deze opvatting juist is. Als echter van deze opvatting wordt uitgegaan, is het logisch en juridisch correct dat de afwegingsspeelruimte van de overheid vervolgens is ingeperkt. Dat inspraakrechten van burgers zijn ingeperkt is in die visie geen gevolg van het beleid van de regering, maar van de rechtsgevolgen van een in de negentiende eeuw gesloten verdrag. Daarmee was het overigens nog niet zinloos om in het MER toch alternatieven te bekijken. Indien immers naar aanleiding van de uitspraak van het Arbitragetribunaal België afziet van reactivering van het historisch trace en de weg vrij wordt voor een discussie over een andere variant, dan biedt het MER daarvoor waardevolle informatie. Het moge duidelijk zijn dat de juistheid van de opvatting van de Nederlandse regering bepalend is voor de mogelijkheden van inspraak en rechtsbescherming in de vervolprocedure. Om redenen die hieronder onder 2. zullen worden behandeld is na

¹ Hoogleraar milieurecht, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht

goedkeuring van het Arbitrageverdrag door de Eerste Kamer de vraag of de opvatting van de regering juist is van minder belang.

Niet onderwerp van het verdrag zijn onder meer alle vragen naar de verenigbaarheid van de modernisering en ingebruikname van het historisch trace met Nederlands, maar vooral ook met Europees recht. Niet aan de orde is dus de vraag of de m.e.r.-procedure juist is doorlopen, of het soortenbeschermings- en het gebiedsbeschermingsrecht (Vogel- en Habitatrichtlijn) modernisering en ingebruikname zouden toestaan en hoe het Europees recht zich verhoudt tot het beweerde recht van België tot ingebruikname van het historisch trace. Het Arbitragetribunaal doet over al deze vragen dan ook geen uitspraak. Dat zou het ook niet mogen, zelfs al zou daarna expliciet zijn gevraagd. De bevoegdheid om over de toepassing van het EG-Verdrag en de daarop gebaseerde richtlijnen een internationaal bindende uitspraak te doen berust exclusief bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Ingevolge art. 292 EG-Verdrag zouden Nederland en België in strijd handelen met het EG-Verdrag indien zij dergelijke vragen aan het tribunaal zouden voorleggen en zou een uitspraak van het tribunaal hierover betekenisloos zijn. Het tribunaal mag zich ook niet impliciet hierover uitspreken. Al deze vragen staan dus in het vervolg van de procedure nog volledig ter discussie en kunnen aan de nationale rechter worden voorgelegd. De regering kan dus in het vervolg niet meer een ander trace kiezen. Zij zou nog wel tot de uitkomst kunnen komen dat reactivering van het historisch trace wegens strijd met het Europees recht niet mogelijk is. Het is te verwachten dat de regering zal (blijven) concluderen dat dit wel mogelijk is. Dit oordeel is volledig aan een rechterlijke toets onderworpen.

2. Betekenis van de erkenning van het recht op reactivering van het historisch trace
Helaas wordt in de aanhef tot het verdrag verklaard dat Nederland en België het eens zouden zijn dat uit het IJzeren Rijn-Verdrag nog steeds een recht van België tot reactivering van het historische trace voortvloeit. Deze verklaring is juridisch niet zonder betekenis. Daarmee komt internationaalrechtelijk vast te staan dat een dergelijk recht bestaat. Dat kan in beginsel later niet meer ontkend of bestreden worden. Op zich bestond geen enkele aanleiding tot een dergelijke verklaring. Integendeel: nu juist dit recht niet onomstreden is, had het voor de hand gelegen om de mening van het tribunaal hierover te vragen. Dat is nu juist een vraag welke bijzonder geschikt is om door een dergelijk scheidsgerecht te worden behandeld. Dat dit niet is gebeurd en Nederland „nodeloos“ een dergelijke uitspraak heeft gedaan, is niet te verklaren met de zorg om de „goede verhoudingen“ met het buurland België, zoals de minister in discussies met de Tweede Kamer heeft aangegeven. Veel waarschijnlijker is het dat de regering deze stap bewust heeft gezet om discussies in de nog volgende nationale procedures over dit belangrijke punt zoveel mogelijk uit te sluiten. Als het recht van België op reactivering tot voor kort wellicht niet heeft bestaan, dan bestaat het na goedkeuring van het Arbitrageverdrag in ieder geval wel. Het Arbitrageverdrag is immers evengoed een internationaalrechtelijk verdrag als het Scheidingsverdrag of het IJzeren Rijn-Verdrag. Volkenrechtelijk is na inwerkingtreding van het Arbitrageverdrag de vraag of een recht op ingebruikname van het historisch trace uit het IJzeren Rijn-Verdrag voortvloeit in beginsel niet meer van belang.² Dat is ook de reden waarom de Tweede Kamer m.i. nooit met het Arbitrageverdrag had mogen instemmen en waarom de Eerste Kamer zou moeten overwegen om dat alsnog niet te doen.

Vanuit de Tweede Kamer zijn juist op dit punt bedenkingen geuit die de aanneming van meerdere moties tot gevolg hebben gehad, waaronder vooral de motie nr. 10 van het lid

² Let op! Deze vraag kan nog wel van belang zijn voor het antwoord op de vraag naar de verhouding tussen een dergelijk uit een Verdrag tussen Nederland en België (en enkele andere landen) voortvloeiend recht tot het Europees recht, waaronder de Habitatrichtlijn. Daarover onder 3. meer.

Hessels. Ik meen de discussies in de Kamer en de moties zo te mogen duiden dat de Kamer wilde voorkomen dat met het Arbitrageverdrag komt vast te staan dat België een recht heeft op reactivering van het historisch trace. De minister echter heeft de motie, zonder dat expliciet duidelijk aan te geven, aldus uitgelegd dat hij wordt gevraagd om ook na uitspraak van het Arbitragetribunaal België te vragen of zij vrijwillig afstand doet van dit recht en niet toch een ander trace accepteert. Dit heeft de minister aanvaard en kon hij uiteraard ook makkelijk aanvaarden. Het betekent namelijk nauwelijks iets. Nu België, zoals vaker in de discussies in de Kamer duidelijk gemaakt, er geheel niets voor voelt om van zijn vermeend recht afstand te doen, is verder onderhandelen hierover onder gelijktijdige erkenning van het recht van België op reactivering van het historisch trace een weinig kansrijk ondernemen. De door vele Kamerleden geuite wens dat niet komt vast te staan dat België een recht op reactivering van het historisch trace heeft wordt hiermee niet nagekomen. Het is de vraag of de Kamer de strekking van het antwoord van de minister op deze motie(s) voldoende heeft begrepen. De minister heeft dus door de Kamer geuite ongenoegen voldoende kunnen wegnemen zonder de Kamer inhoudelijk ook maar iets tegemoet te komen. Men kan dit ook kwalificeren als zand in de ogen strooien, maar dat is mijn eigen interpretatie. Indien een meerderheid in de Eerste Kamer wenst dat het recht van België op reactivering van het historisch trace niet komt vast te staan, respectievelijk niet wordt gecreeerd door het verdrag, dan dient zij de goedkeuringswet alsnog te verwerpen. Een andere weg is er niet. Dat betekent niet dat de beide Kamers niet zouden mogen instemmen met het stellen van de vragen waarover het Arbitragetribunaal zich inmiddels al heeft gebogen. Het gaat immers niet om de vragen, maar alleen om de tekst van het verdrag op grond waarvan deze vragen aan het Arbitragetribunaal wordt voorgelegd. Het afwijzen van dit verdrag door de Eerste Kamer zou dan ook niet betekenen dat de Arbitrageprocedure niet (uiteindelijk) door zou kunnen gaan. De enige voorwaarde daarvoor is dat België vervolgens instemt met een enigszins gewijzigd verdrag waarmee dezelfde vragen aan het Arbitragetribunaal worden voorgelegd. Er zal dus wel enige vertraging optreden, maar die hoeft niet wezenlijk te zijn en is vooral afhankelijk van de instemming van België met de door de Kamer gewenste wijziging van het verdrag waarmee de vragen worden voorgelegd. Deze gang van zaken biedt mijns inziens de mogelijkheid om aan de bezwaren van het Nederlandse parlement tegemoet te komen zonder aan de essentie van de politiek met België overeengekomen procedure te tornen (zie ook onder 4.).

3. Verhouding van een eventueel internationaal recht op reactivering van het historisch trace tot Europees recht

Als het Arbitrageverdrag wordt goedgekeurd, dan komt daarmee, zoals gezegd, onafhankelijk van de uitspraak van het Arbitragetribunaal een recht op reactivering van het historisch trace vast te staan. De vraag naar de verhouding tussen een dergelijk recht en eventuele Europeesrechtelijke beperkingen daarvan is uiterst moeilijk. Er is in dit geval geen eenvoudige regel dat internationaal recht boven Europees recht zou staan. Het is hier niet de plaats om dieper op deze rechtsvraag in te gaan. Belangrijk is dat de nationale rechter in het kader van een beroepsprocedure over deze vraag zou moeten oordelen. Niet uitgesloten en zelfs niet geheel onwaarschijnlijk is het dat hij daarover prejudiciële vragen zou moeten stellen aan het Hof van Justitie EG. Bij de beantwoording van deze vragen komt het m.i. onder andere erop aan of het recht op reactivering van het historisch trace werkelijk uit het IJzeren Rijn-Verdrag voortvloeit, zoals de regering veronderstelt, danwel pas door het Arbitrageverdrag is geschapen. Ook daarover moet de nationale rechter en eventueel de Europese rechter m.i. een oordeel vormen en een uitspraak doen. Via deze weg kan dus alsnog de vraag naar de interpretatie van het IJzeren Rijn-Verdrag en naar de betekenis van dat verdrag aan een rechtelijke toets worden voorgelegd. Met erkenning van een uit een bilateraal verdrag afkomstig recht op reactivering van het historisch trace is nog niet gezegd en bepaald dat het Europees recht een dergelijke reactivering ook toelaat of daarvoor zou

moeten wijken. De vraag of reactivering van het historisch trace en de daarvoor te verrichten werkzaamheden in overeenstemming zijn met het Europees recht is dus ook na arbitrage nog aan de orde en kan aan een rechter worden voorgelegd.

Andersom speelt echter het feit dat Nederland in het Arbitrageverdrag het recht op reactivering van het historisch trace heeft erkend ook een rol in het kader van de op grond van de Habitatrictlijn noodzakelijke toets. Wellicht kan en zal worden gesteld dat alleen al het feit dat België een dergelijk recht heeft moet worden beschouwd als een dwingende reden van groot openbaar belang. Hoewel ik een dergelijke benadering niet juist acht, is niet uit te sluiten dat de regering dit wel zal aanvoeren en is ook niet uit te sluiten dat de Nederlandse rechter dit aanvaardt. Ook dat kan een reden zijn om een verdrag te voorkomen waarin een dergelijk recht wordt erkend zonder dat dat voor de overige door het tribunaal te behandelen vragen noodzakelijk lijkt.

4. Voorlopige toepassing van het Verdrag vooruitlopend op de goedkeuring

De regering heeft, tegen het uitdrukkelijke advies van de Raad van State, besloten tot voorlopige toepassing van het Arbitrageverdrag vooruitlopend op de nog te vragen parlementaire goedkeuring. Zoals uit de stukken blijkt zijn de werkzaamheden van het tribunaal ook al verricht en zal het tribunaal uitspraak doen zo gauw over de goedkeuringswet is besloten. Een dergelijke werkwijze zet het parlement onder zware druk. Het verzwakt de positie van de regering ten opzichte van België immers indien de arbitrage nu uiteindelijk toch niet door zou kunnen gaan nadat het tribunaal zich over de voorgelegde vragen al heeft gebogen. Door haar geloofwaardigheid en betrouwbaarheid op het spel te zetten, heeft de regering de Kamer onder druk gezet. Dat blijkt ook duidelijk uit de discussies in de Tweede Kamer. Het alternatief voor het niet klakkeloos goedkeuren van het Verdrag is echter niet noodzakelijk het zonder meer afwijzen van het Verdrag. De Kamer had met het Arbitrageverdrag kunnen instemmen onder de voorwaarde dat de regering overeenstemming bereikt met België over het laten vervallen van de eerste alinea van het Verdrag waarin het recht van België op reactivering van het historisch trace wordt herkend. Een dergelijke werkwijze had tot gevolg gehad dat de regering een aanvaardbare positie ten opzichte van België had behouden. Zij is immers zelf voor reactivering van het historisch trace. Het schrappen van de bedoelde passage hoeft dus geen gevolgen te hebben voor het ook in de toekomst nastreven van reactivering van het historisch trace door de Nederlandse regering. Ook voor de inhoud van de arbitrageprocedure zou het schrappen geen wezenlijke gevolgen hoeven te hebben. Het tribunaal zou desgewenst aanvullend moeten overwegen of het al dan niet bestaan het bedoelde recht, over welk recht het tribunaal zich niet hoeft uit te spreken, gevolgen heeft voor de antwoorden die het tribunaal op de voorgelegde vragen wil geven. Een dergelijke gang van zaken zou uiteraard alsnog mogelijk zijn indien de Eerste Kamer de goedkeuringswet afwijst en de Tweede Kamer vervolgens aldus besluit.

5. Resultaat

De vraag of reactivering van het historisch trace in overeenstemming met Europeesrechtelijke vereisten mogelijk is wordt door het Arbitrageverdrag en de uitspraak van het Arbitragetribunaal niet beantwoord. Daarover zal zich in het vervolg een Nederlandse rechter moeten uitspreken die eventueel vragen kan stellen aan het HvJ EG.

De vraag of uit België een recht heeft op reactivering van het historisch trace is weliswaar niet voorgelegd aan het tribunaal, maar komt met het Verdrag wel vast te staan. Indien het Verdrag wordt goedgekeurd bestaat daardoor een dergelijk recht. Of een dergelijk recht uit

het Ijzeren Rijn Verdrag voortvloeit komt daarentegen m.i. niet vast te staan. De regering kan na goedkeuring van het Arbitrageverdrag in de vervolgproucedures niet meer voor andere traces kiezen. De inspraak en rechtsbescherming is dan dienovereenkomstig beperkt.

Indien het Verdrag van kracht wordt zal een rechter, indien hem de casus wordt voorgelegd moeten besluiten over de relatie van dit internationaal recht tot de uit het Europees recht voortvloeiende beperkingen. Daarbij kan de vraag of een recht op reactivering al voortvloiet uit het Ijzeren Rijn Verdrag of pas uit het Arbitrageverdrag van belang zijn. Aldus is het denkbaar dat de inhoud van het Ijzeren Rijn Verdrag alsnog door een rechter beoordeeld wordt. Dat doet zich echter alleen voor indien de Nederlandse rechter dezelfde opvatting is toegedaan als ondergetekende, hetgeen niet zeker is.

In het kader van de toepassing van art. 6 Habitatrichtlijn kan het recht van België op reactivering van het historisch trace een rol spelen. M.i. is dit recht niet te beschouwen als dwingend vereiste van groot openbaar belang, maar het is niet te voorspellen of de rechter dit ook zo zal zien.

M.i. ware het dan ook beter als het Verdrag in deze vorm niet wordt goedgekeurd. Dat kan alsnog door weigering van de goedkeuringswet door de Eerste Kamer. Dat hoeft m.i. niet te leiden tot een diplomatiek moeilijk te aanvaarden situatie indien het arbitrageverdrag niet in zijn geheel verworpen wordt, maar alleen het schrappen van de eerste alinea daarvan wordt gevraagd.

Schwalmtal, januari 2005

Prof. dr. Ch.W. Backes