

uitspraak



RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Zittingsplaats Utrecht

Bestuursrecht

zaaknummers: UTR 16/1738, UTR 16/1745, UTR 16/1748, UTR 16/1749, UTR 16/1751 en UTR 16/1752.

uitspraak van de meervoudige kamer van 25 april 2017 in de zaak tussen

de vereniging Sportvisserij Nederland, te Amersfoort, (UTR 16/1745)
de Stichting Visserijbeheercommissie Roerdal, te Roerdalen, (UTR 16/1749)
de vereniging Sportvisserij Limburg, te Roermond, (UTR 16/1752)
(gemachtigde: mr. C.N. van der Sluis)

de vereniging Visstand Verbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij, te Maastricht, (UTR 16/1751)
(gemachtigde: mr. H.P.J.G. Berkers)

Eco Energie Advies en Projectontwikkeling C.V., te Maria Hoop, (UTR 16/1748)
(gemachtigde: mr. L.J.J. Derckx)

Waterkrachtcentrale Borgharen B.V., te Maastricht, (UTR 16/1738)
(gemachtigde: mr. A.H. Gaastra)
alle eisers,

en

de Minister van Infrastructuur en Milieu,
verweerder,
(gemachtigde: mr. H.J.M. Besselink).

Waterkrachtcentrale Borgharen B.V. heeft als derde-partij ook aan de zaken UTR 16/1745, UTR 16/1748, UTR 16/1749, UTR 16/1751 en UTR 16/1752 deelgenomen.

Procesverloop

Bij besluit van 1 juli 2015 (het bestreden besluit) heeft verweerder de waterkrachtcentrale Borgharen B.V. (WKC Borgharen) met toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een vergunning op grond van hoofdstuk 6 van de Waterwet verleend voor een waterkrachtcentrale met bijbehorende werken in en aan de Maas te Borgharen.

Eisers hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

De vereniging Sportvisserij Nederland (SVN) heeft in beroep onder meer een rapport van dr. J. Schneider van Bureau for Fish-ecological Studies (BFS) van januari 2016 overgelegd. Op verzoek van de rechtbank heeft SVN ook een Nederlandse vertaling van dit rapport

overgelegd.

Verweerder heeft een verweerschrift en een aanvullend verweerschrift met een aanvullend rapport van ir. F.T. Vriese van atkb, adviesbureau voor bodem, water en ecologie, (atkb) van 1 augustus 2016 overgelegd. Bij brief van 30 augustus 2016 heeft verweerder gereageerd op twee door de rechtbank bij brief van 24 augustus 2016 gestelde vragen.

Alle beroepen zijn ter zitting van 1 september 2016 gevoegd behandeld. SVN is vertegenwoordigd door G. de Laak, de Stichting Visserijbeheercommissie Roerdal (SVR) is vertegenwoordigd door M.H.A.M. Belgers en de vereniging Sportvisserij Limburg (SVL) is vertegenwoordigd door Th.J.M. Wilken. Zij zijn bijgestaan door hun gezamenlijke gemachtigde. De vereniging Visstand Verbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij, (VVM) is vertegenwoordigd door C.P. Schayck, adviseur, en de gemachtigde. Eco Energie Advies en Projectontwikkeling C.V. (Eco Energie) is vertegenwoordigd door H. Verbeek, beherend vennoot, bijgestaan door de gemachtigde. WKC Borgharen B.V. (WKC Borgharen) is vertegenwoordigd door G. Overwater, ir. A.P. van de Boom en A. Schoep, bijgestaan door de gemachtigde. Verweerder is vertegenwoordigd door mr. C.E.M.L. Duisings, ir. H.D. Bakker, ing. R.M.I. Kwanten en L.T.A. Slabbers, allen werkzaam bij Rijkswaterstaat Zuid-Nederland, bijgestaan door Vriese en de gemachtigde.

De rechtbank heeft ter zitting aanleiding gezien om het onderzoek te schorsen en het vooronderzoek te heropenen. De rechtbank heeft de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (StAB) in de zaken UTR 16/1745, UTR 16/1749, UTR 16/1751 en UTR 16/1752 verzocht een deskundigenbericht uit te brengen. SVR, SVL, SVN, WKC Borgharen en verweerder hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op de formulering van de opdracht aan de deskundige.

Op 9 december 2016 heeft de StAB een conceptadvies uitgebracht. Alle betrokken partijen hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om op dit conceptadvies te reageren. Op 3 januari 2017 heeft de StAB het definitieve advies aan de rechtbank uitgebracht.

SVR, SVL, SVN, WKC Borgharen, Eco Energie en verweerder hebben vervolgens gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op het definitieve advies van de StAB.

Op 14 februari 2017 heeft een nadere zitting plaatsgevonden. Alle beroepen zijn opnieuw gevoegd behandeld. SVN is vertegenwoordigd door De Laak en A.A.M. Bloot, SVR is vertegenwoordigd door Belgers en SVL is vertegenwoordigd door Wilken. Zij zijn bijgestaan door J. Coeck, deskundige, en hun gezamenlijke gemachtigde. VVM is vertegenwoordigd door Schayck en de gemachtigde. Eco Energie is vertegenwoordigd door Verbeek. WKC Borgharen is vertegenwoordigd door Overwater, Van de Boom en Schoep, bijgestaan door de gemachtigde. Verweerder is vertegenwoordigd door Duisings, Bakker, Kwanten en J. van Kempen, allen werkzaam bij Rijkswaterstaat (Zuid-Nederland), bijgestaan door Vriese en de gemachtigde.

Voorts zijn op uitnodiging van de rechtbank verschenen ing. K.S. de Croon, ing. C.P.J. Weemaes en ir. J.N. Schinkel, allen deskundige, werkzaam bij de StAB.

Overwegingen

Voorgeschiedenis, feiten

1. Arbra B.V., de rechtsvoorganger van WKC Borgharen, heeft op 7 april 2010 een aanvraag ingediend voor een vergunning op grond van de Waterwet voor het realiseren en in werking hebben van een waterkrachtcentrale met bijbehorende werken aan de oever van de rivier de Maas ter hoogte van de stuw bij Borgharen, gemeente Maastricht. De aanvraag betreft een waterkrachtcentrale met drie turbines en een maximaal debiet van 300 m³/s. Bij besluit van 19 oktober 2010 heeft verweerder de vergunning aan Arbra B.V. verleend. Bij uitspraak van 13 juli 2011 (ECLI:NL:RBMAA:2011:BR1582) heeft de rechtbank Maastricht het door Arbra B.V., SVN en VVM daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard. Verweerder is daarbij opgedragen om met inachtneming van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen. Bij uitspraak van 8 februari 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BV3249) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) de uitspraak van de rechtbank Maastricht bevestigd.

2. Verweerder heeft WKC Borgharen bij brief van 20 maart 2014 in de gelegenheid gesteld om de aanvraag van haar rechtsvoorganger uit 2010 aan te vullen. Naar aanleiding van de aanvulling die WKC Borgharen op 29 mei 2014 heeft gestuurd, heeft verweerder de aanvraag opnieuw beoordeeld. De gewijzigde aanvraag betreft een waterkrachtcentrale met één turbine en een maximaal debiet van 50 m³/s. In een rapport van 4 september 2014 heeft atkb verweerder over de aanvraag geadviseerd. Vanaf 13 oktober 2014 heeft de ontwerpvergunning ter inzage gelegen. Met het bestreden besluit heeft verweerder de vergunning verleend.

Crisis- en herstelwet (Chw)

3. Tussen partijen is niet in geschil en ook de rechtbank stelt vast dat sprake is van een project als genoemd in categorie 1.1 van bijlage I van de Chw. Op grond van artikel 1.1, eerste lid, onder a, van de Chw betekent dit dat afdeling 2 van hoofdstuk 1 van de Chw van toepassing is.

4. Ingevolge artikel 1.6a van de Chw betekent dit dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd. Dit is vermeld in de beroepsclausule van het bestreden besluit. De rechtbank betreft dit aspect bij de beoordeling van de beroepsgronden.

5. Ingevolge artikel 1.6, vierde lid, van de Chw doet de bestuursrechter uitspraak binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn. De rechtbank is er, doordat de zaak eerst na doorverwijzing door een drietal andere rechtbanken bij haar in behandeling is gekomen en door de complexiteit van deze zaak, niet in geslaagd om binnen deze wettelijke, maar niet fatale, termijn, die afliep op 26 februari 2016, uitspraak te doen.

Ontvankelijkheid SVR

6. Verweerder betoogt dat het beroep van SVR niet-ontvankelijk is, omdat zij geen belanghebbende is bij het bestreden besluit. SVR richt zich, zo blijkt uit haar statuten, uitsluitend op de visstand in de Roer. Het is volgens verweerder niet gebleken dat de

vergunde waterkrachtcentrale daarvoor consequenties heeft.

7. SVR heeft toegelicht dat de Roer een zijrivier is van de Maas en dat SVR actief betrokken is bij de herintroductie van zalm in de Maas en de zijwateren. Vanwege de effecten van het bestreden besluit op het herintroductieprogramma van de zalm zijn de belangen van SVR rechtstreeks in geding.

8. Uit de statuten van SVR blijkt dat zij onder meer uitvoering geeft aan het visstandbeheerplan. SVR heeft toegelicht dat zij in het kader van dit plan meewerkt aan de herintroductieprogramma's voor zalm van de Duitse, Nederlandse en Belgische overheid. De rechtbank acht het niet onaannemelijk dat het in werking hebben van de vergunde waterkrachtcentrale consequenties zal hebben voor de resultaten van dit herintroductieprogramma. SVR is dan ook belanghebbende bij het bestreden besluit en daarmee ontvankelijk in haar beroep.

Relativiteit

Ten aanzien van SVN, SVR, SVL en VVM

9. Verweerder stelt dat de door SVN, SVR, SVL en VVM aangevoerde gronden gelet op het relativiteitsvereiste niet kunnen leiden tot een gegrond beroep. De normen waar zij zich op beroepen strekken volgens verweerder ter bescherming van de vissen in de Maas en niet ter bescherming van de sportvissers. De sportvissers willen de vis zelf vangen, hun belangen zijn niet gericht op het ongestoorde behoud van de vissen.

10. SVN, SVR, SVL en VVM betogen dat uit hun statuten blijkt dat zij de belangen van de sportvisserij als een vorm van recreatie behartigen en dat zij zich mede richten op een goede en gevarieerde visstand.

11. Ingevolge artikel 8:69a van de Awb vernietigt de bestuursrechter een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.

12. Met de verleende vergunning wordt toestemming verleend voor activiteiten die zijn omschreven in artikel 6.2 en artikel 6.5 van de Waterwet.

Ingevolge artikel 2.1, eerste lid, van de Waterwet is de toepassing van deze wet gericht op:

- a. voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met
- b. bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en
- c. vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

13. De rechtbank stelt vast dat verweerder niet nader heeft gespecificeerd op welke door SVN, SVR, SVL en VVM aangevoerde (beroeps)gronden hij precies doelt. De vergunning betreft verder een activiteit waarvoor op grond van de Waterwet een vergunningplicht geldt en het toetsingskader van de verleende vergunning is in de eerste plaats de Waterwet en de daarop gebaseerde Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in

Rijkswateren (Stcrt. 2 december 2014, nr. 34276) (de Beleidsregel). SVN, SVR, SVL en VVM beroepen zich (onder meer) op de doelstelling van de Waterwet en zij stellen dat de in de vergunning gestelde voorwaarden, die zijn gebaseerd op de Beleidsregel, niet kunnen worden nageleefd. Uit artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Waterwet blijkt dat de rechtsregels uit de Waterwet niet alleen strekken tot bescherming van de belangen van de ecologische kwaliteit van het watersysteem, maar ook ter bescherming van de maatschappelijke functies van het watersysteem. Verweerder heeft niet betwist dat SVN, SVR, SVL en VVM een belang hebben bij de maatschappelijke functie van het watersysteem (de Maas) als viswater. De rechtbank volgt verweerder dan ook niet in zijn betoog dat de door hen ingeroepen rechtsregels niet strekken tot bescherming van hun belangen.

Ten aanzien van Eco Energie (UTR 16/1748)

14. Verweerder betoogt dat de normen waar Eco Energie zich op beroept niet strekken ter bescherming van haar belang, zodat deze gronden niet kunnen leiden tot een gegrond beroep.

15. Eco Energie betoogt - samengevat - dat zij op 3 februari 2014 ook een aanvraag voor een vergunning voor een waterkrachtcentrale bij Borgharen heeft ingediend, uitgaande van het concept van de op 6 juni 2012 aan haar vergunde waterkrachtcentrale in Belfeld. Volgens Eco Energie heeft verweerder haar aanvraag ten onrechte aangehouden om eerst WKC Borgharen in de gelegenheid te stellen de eerdere aanvraag van 7 april 2010 aan te vullen. Eco Energie stelt dat verweerder, gelet op de periode die sinds de uitspraak van de ABRvS van 8 februari 2012 is verstreken, WKC Borgharen deze gelegenheid ten onrechte heeft geboden. Daarnaast handelt verweerder in strijd met het gelijkheidsbeginsel omdat hij in het kader van de aanvraag van Eco Energie, evenals bij de aanvraag voor Belfeld, veel meer aanvullende gegevens heeft opgevraagd dan bij WKC Borgharen. Volgens Eco Energie had verweerder haar aanvraag en die van WKC Borgharen op gelijke wijze moeten behandelen, als zijnde twee concurrerende aanvragen voor een nieuwe, kleinere waterkrachtcentrale in Borgharen. Over de verleende vergunning betoogt Eco Energie dat niet is onderkend dat de in paragraaf 7.6 van de Wet milieubeheer (Wm) voorgeschreven procedure had moeten worden doorlopen om te beoordelen of een milieueffectrapportage (mer) had moeten worden opgesteld. De vergunde waterkrachtcentrale heeft namelijk, anders dan in de aanvraag is vermeld, een vermogen van meer dan 2,5 megawatt. Daarnaast berust de verleende vergunning op onjuiste aannames over de stroom opwaartse en stroom afwaartse vismigratie en het visgeleidingssysteem. Op de eerste zitting heeft Eco Energie gesteld dat verweerder op grond van artikel 2.1 van de Waterwet voor de beste aanvraag had moeten kiezen.

16. Wat betreft het betoog van Eco Energie dat niet op juiste wijze aan de mer-beoordelingsplicht is voldaan, overweegt de rechtbank dat hoofdstuk 7 van de Wm, waarin de wettelijke regeling van de mer is vastgelegd, strekt tot bescherming van het milieu. Eco Energie heeft niet gesteld en de rechtbank acht niet aannemelijk dat Eco Energie de gevolgen van de voorziene waterkrachtcentrale voor het milieu zal kunnen ondervinden. De verplichting om een mer-beoordeling uit te voeren strekt dus niet ter bescherming van de belangen van Eco Energie. De rechtbank verwijst in dit verband naar de uitspraak van de ABRvS van 16 maart 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:73), onder 12.3.

17. Over het betoog van Eco Energie dat de verleende vergunning berust op onjuiste aannames over de stroom opwaartse en stroom afwaartse vismigratie en het visgeleidingssysteem overweegt de rechtbank dat de Waterwet, waarop de vergunningplicht is gebaseerd, strekt tot bescherming van de in artikel 2.1, eerste lid, van de Waterwet genoemde belangen. Eco Energie heeft niet gesteld en de rechtbank acht het niet aannemelijk dat zij in één van de in dit artikellid genoemde belangen wordt geschaad. De Waterwet strekt dus niet ter bescherming van de(ze) belangen van Eco Energie.

18. In de genoemde uitspraak van de ABRvS van 16 maart 2016 is een correctie op de toepassing van artikel 8:69a van de Awb aanvaard. Die correctie houdt in dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden. Voor een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel is nodig dat een bedrijf daadwerkelijk is benadeeld doordat aan dat bedrijf, in een situatie die wat betreft de geldende wettelijke voorschriften en de feiten voldoende vergelijkbaar is, verplichtingen zijn opgelegd waaraan zijn concurrent als gevolg van de schending van de betrokken norm niet hoeft te voldoen. Voor de toepassing van deze correctie dient in dit geval in de eerste plaats te worden beoordeeld of de aanvraag van Eco Energie gelet op de feitelijke situatie voldoende vergelijkbaar is met die van WKC Borgharen.

19. Verweerder heeft in zijn brief van 30 augustus 2016 betoogd dat hij de op 29 mei 2014 door WKC Borgharen gestuurde aanvulling op de eerdere aanvraag als een wijziging van deze aanvraag heeft kunnen aanmerken. Hij heeft in de eerste plaats toegelicht dat de tenaamstelling van de vergunning van 19 oktober 2010 op 3 mei 2011, dus nog voor de uitspraak van de rechtbank Maastricht, desgevraagd is gewijzigd in WKC Borgharen. Verweerder heeft er verder op gewezen dat het bij de gewijzigde aanvraag nog steeds gaat om een waterkrachtcentrale, op dezelfde locatie en van dezelfde aanvrager. Volgens de rechtspraak van de ABRvS, bijvoorbeeld de uitspraak van 20 november 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:2084), onder 5.2., is het mogelijk een aanvraag voor een (milieu-)vergunning voorafgaand aan de terinzagelegging aan te vullen of te wijzigen. Aangezien hier een nieuw ontwerpbesluit ter inzage is gelegd, valt volgens verweerder niet in te zien dat hij de aanvulling van 29 mei 2014 niet als een aanvulling op de eerdere aanvraag heeft mogen aanmerken.

20. De rechtbank is van oordeel dat verweerder de aanvulling die WKC Borgharen op 29 mei 2014 heeft gestuurd, heeft kunnen aanmerken als een aanvulling op de oorspronkelijke aanvraag van 7 april 2010. Zij overweegt daartoe dat de aanvulling weliswaar uitgaat van een aanzienlijk kleinere waterkrachtcentrale, maar dat het in essentie nog steeds gaat om een vergunning voor een waterkrachtcentrale op dezelfde locatie. Dat tussen de oorspronkelijke aanvraag en de aanvulling geruime tijd is verstreken, betekent niet dat verweerder niet meer bevoegd was om op de oorspronkelijke aanvraag en de aanvulling daarop te beslissen. Verweerder heeft zich, gelet hierop, in zijn brief van 20 maart 2014 gericht aan Eco Energie, op het standpunt kunnen stellen dat hij, alvorens de aanvraag van Eco Energie in behandeling te nemen, eerst WKC Borgharen in de gelegenheid wilde stellen om haar oorspronkelijke aanvraag aan te vullen. De rechtbank stelt overigens vast dat Eco Energie destijds ook niet te kennen heeft gegeven dat zij niet akkoord ging met deze gang van zaken. Naar het oordeel van de rechtbank is de aanvraag van Eco Energie van 3 februari 2014 om deze reden niet (voldoende) vergelijkbaar met de aanvulling die

WKC Borgharen op de eerdere aanvraag van 7 april 2010 heeft ingediend. Verweerder heeft in het feit dat WKC Borgharen al in 2010 een aanvraag had ingediend aanleiding mogen zien om eerst haar aanvulling te beoordelen alvorens de aanvraag van Eco Energie in behandeling te nemen. De rechtbank volgt Eco Energie overigens ook niet in haar betoog dat verweerder in het kader van haar aanvraag, evenals bij haar eerdere aanvraag voor de waterkrachtsentrale in Belfeld, om meer gegevens heeft verzocht. Eco Energie heeft haar beroep op het gelijkheidsbeginsel op dit punt niet met nadere gegevens onderbouwd.

21. De conclusie van het voorgaande is dat er geen sprake is van voldoende vergelijkbare gevallen en dat er dus geen aanleiding is om een correctie op artikel 8:69a van de Awb toe te passen. De rechtbank komt, gelet op het voorgaande, niet toe aan een inhoudelijke bespreking van de beroepsgronden van Eco Energie. Om deze reden heeft de rechtbank ook geen aanleiding gezien om de beroepsgronden van Eco Energie voor te leggen aan de StAB en haar niet, zoals de andere partijen, de gelegenheid geboden om voorafgaand aan de tweede zitting schriftelijk op het verslag van de StAB te reageren. Wat door Eco Energie is aangevoerd, kan niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Haar beroep is ongegrond. In de zaak UTR 16/1748 is voor een proceskostenveroordeling geen aanleiding.

Beroepsgronden

Artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel moet onverbindend worden verklaard

22. SVN, SVL en SVR betogen primair dat artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel onverbindend moet worden verklaard, omdat dit artikellid in strijd is met de doelstelling (van artikel 2.1) van de Waterwet en de Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van Ministers van de Europese Gemeenschappen van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (PB 2000 L 237) (Kaderrichtlijn water, hierna: KRW). Zij hebben er in dit verband op zitting, ter illustratie, (ook) op gewezen dat in het Beheer- en ontwikkelplan voor de rijkswateren 2016-2021 (Bprw 2016-2021) juist staat dat er pas weer ruimte is voor nieuwe initiatieven als eerst de bestaande knelpunten (voor wat betreft vissterfte door waterkrachtcentrales in de Maas) zijn opgelost.

23. Verweerder heeft op de eerste zitting gesteld dat SVN, SVL en SVR deze beroepsgrond pas na de beroepstermijn hebben aangevoerd, zodat de rechtbank deze beroepsgrond op de voet van artikel 1.6a van de Chw buiten beschouwing moet laten.

24. SVN heeft in haar beroepschrift van 11 augustus 2015 gesteld dat de Beleidsregel in strijd met de wet, de KRW en ander beleid van verweerder is vastgesteld. In het beroepschrift is toegelicht dat het in de Beleidsregel vastgestelde beleid niet is gericht op de bescherming van de ecologische kwaliteit van de Maas, zoals de Waterwet voorschrijft, maar op het faciliteren van waterkrachtcentrales in de Maas. SVL en SVR hebben in hun beroepschriften verwezen naar dat van SVN. Naar het oordeel van de rechtbank hebben SVN, SVL en SVR, gelet op dit betoog in hun beroepschrift, de beroepsgrond dat de Beleidsregel in strijd is met de Waterwet en de KRW wel binnen de beroepstermijn aangevoerd. Het betoog van verweerder slaagt in zoverre dus niet.

25. Verweerder heeft toegelicht dat de aanvraag is getoetst aan het in de Waterwet neergelegde toetsingskader. Die toetsing is tweeledig. In de eerste plaats wordt getoetst aan

de Beleidsregel, die specifiek voor de waterkrachtcentrales tot stand is gebracht. Daarnaast vindt de algemene waterkwaliteitstoetsing plaats, die op basis van de KRW is neergelegd in het Beheer- en ontwikkelplan voor de rijkswateren 2010-2015 (Bprw 2010-2015).

26. Ingevolge artikel 6.5, aanhef en onder c, van de Waterwet kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voor rijkswateren en, met het oog op internationale verplichtingen of bovenregionale belangen, voor regionale wateren worden bepaald dat het verboden is zonder daartoe strekkende vergunning van Onze Minister, onderscheidenlijk het bestuur van het waterschap gebruik te maken van een waterstaatswerk of een daartoe behorende beschermingszone door, anders dan in overeenstemming met de functie, daarin, daarop, daarboven, daarover of daaronder werkzaamheden te verrichten, werken te maken of te behouden, dan wel vaste substanties of voorwerpen te storten, te plaatsen of neer te leggen, of deze te laten staan of liggen.

Ingevolge artikel 6.21 van de Waterwet wordt een vergunning geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met, voor zover hier relevant, de doelstellingen in artikel 2.1.

Ingevolge artikel 6.12 van het Waterbesluit, voor zover hier relevant, is het verboden zonder daartoe strekkende vergunning van Onze Minister als bedoeld in artikel 6.5 van de wet gebruik te maken van een oppervlaktewaterlichaam of een bijbehorend kunstwerk in beheer bij het Rijk.

De Beleidsregel is (onder meer) gebaseerd op de bevoegdheid tot vergunningverlening in artikel 6.5, aanhef en onder c, van de Waterwet.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder b, van de Beleidsregel wordt voor de Maas onder relevant gebied verstaan het gebied vanaf Eijsden tot en met Lith.

Ingevolge artikel 5, eerste lid, van de Beleidsregel kan, onverminderd de in artikel 4 genoemde vereisten, een watervergunning voor een waterkrachtcentrale in een relevant gebied slechts verleend worden, indien het in bedrijf hebben van de waterkrachtcentrale niet leidt tot een cumulatieve vissterfte van meer dan tien procent voor zalm (smolts) en schieraal in het relevante gebied. Bij deze beoordeling kunnen onherroepelijke besluiten, die vissterfteverlagend werken, worden meegewogen.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel kan, in afwijking van het eerste lid, een watervergunning voor een waterkrachtcentrale in een relevant gebied verleend worden bij een cumulatieve vissterfte gelijk aan of meer dan tien procent, indien de vissterfte veroorzaakt door deze waterkrachtcentrale voor zalm (smolts) en schieraal ten hoogste 0,1 procent bedraagt en indien niet reeds vijf maal in het betreffende relevante gebied een watervergunning is verleend met toepassing van dit artikellid.

Tussen partijen is niet in geschil dat de in artikel 5, eerste lid, van de Beleidsregel genoemde norm wordt overschreden. Verweerder heeft de vergunningaanvraag om die reden getoetst aan artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel.

27. De rechtbank begrijpt het betoog van SVN, SVL en SVR aldus dat zij verzoeken artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel door middel van exceptieve toetsing buiten toepassing te laten. Niet in geschil is dat de Beleidsregel een beleidsregel is in de zin van

artikel 1:3, vierde lid, van de Awb. Weliswaar kan ingevolge artikel 8:3, eerste lid, onder a, van de Awb geen beroep worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een beleidsregel, maar deze bepaling staat niet in de weg aan exceptieve toetsing van een beleidsregel. Exceptieve toetsing van een besluit van algemene strekking, in dit geval een beleidsregel, houdt in dat het besluit buiten toepassing blijft indien het in strijd is met een wettelijk voorschrift dan wel indien het strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Het is aan het bevoegd gezag om de verschillende belangen, die bij het nemen van een besluit van algemene strekking betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen. De rechter heeft daarbij niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen en heeft ook overigens daarbij terughoudendheid te betrachten.

28. De rechtbank stelt in de eerste plaats vast dat SVN, SVL en SVR geen concrete bepaling uit een algemeen verbindende regel of een algemeen rechtsbeginsel noemen waarmee artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel in strijd zou zijn. Zij betogen dat de Beleidsregel in strijd is met de in artikel 2.1 van de Waterwet omschreven doelstellingen en de doelstelling van de KRW dat van achteruitgang geen sprake mag zijn. Voor wat betreft het Bprw 2016-2021, waar SVN, SVL en SVR ter illustratie naar verwijzen, stelt de rechtbank vast dat dit beleid nog niet gold op het moment dat verweerder het bestreden besluit nam. Het Bprw 2016-2021 is pas op 17 december 2015 in werking getreden. Verweerder heeft bovendien terecht gesteld dat het Bprw 2016-2021 is vastgesteld in het kader van een ander toetsingskader dan de Beleidsregel, namelijk in het kader van de algemene waterkwaliteitstoetsing waarvoor de normen zijn neergelegd in artikel 5.2b van de Wm en het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2010. De rechtbank verwijst in dit verband naar de uitspraak van de ABRvS van 8 februari 2012, onder 2.14. Verweerder heeft, gelet hierop, terecht gesteld dat de vergunning zowel moet worden getoetst aan de Beleidsregel als aan de eisen die in het kader van de waterkwaliteitstoetsing zijn gesteld. In het kader van de waterkwaliteitstoetsing is de vergunning, zo blijkt uit pagina 30 tot en met 32 van het bestreden besluit, ook getoetst aan de doelstellingen van de KRW. Het betoog van SVN, SVL en SVR slaagt, gelet op wat hiervoor is overwogen, niet. De rechtbank heeft geen aanknopingspunten gevonden om artikel 5, tweede lid, van de Beleidsregel bij wijze van exceptieve toetsing buiten toepassing te laten.

Verlening van de vergunning is in strijd met de KRW

29. De waterkrachtcentrale is gelegen op de grens van de waterlichamen Bovenmaas en Grensmaas. Beide waterlichamen zijn in de systematiek van de KRW geclassificeerd als sterk veranderde waterlichamen. In het bestreden besluit is toegelicht dat het Goed Ecologisch Potentieel voor het kwaliteitselement 'vis', zoals gedefinieerd in 2014, voor de Grensmaas is vastgesteld op een Ecologische Kwaliteitsratio (EKR) van 0,60 en voor de Bovenmaas op een EKR van 0,35 (pagina 32 van het bestreden besluit). Voor de Bovenmaas is de huidige toestand goed, voor de Grensmaas is de huidige toestand matig. Aangezien de huidige EKR-waarde van de Bovenmaas 0,47 bedraagt, is er nog ruimte tot de onderste klassegrens, die een EKR-waarde heeft van 0,35. Ook voor de Grensmaas bedraagt de huidige EKR-waarde 0,47 en is er nog ruimte tot de onderste klassegrens, die een EKR-waarde heeft van 0,40. De ruimte tot de onderste klassegrens wordt zowel bij de Bovenmaas als bij de Grensmaas zeker niet opgesoupeerd door de realisatie van de waterkrachtcentrale, aldus het bestreden besluit.

30. SVN, SVL, SVR en VVM betogen dat de vergunning in strijd met de KRW is verleend. VVM baseert dit op het feit dat de verlening van de vergunning in strijd is met de doelstelling van geen achteruitgang in de KRW. SVN heeft in haar beroepschrift van 11 augustus 2015, waarbij SVL en SVR zich hebben aangesloten, betoogd dat er sprake is van een achteruitgang van de ecologische toestand van de Grensmaas. In het eerste aanvullende beroepschrift van 29 februari 2016 hebben SVN, SVL en SVR betoogd dat er vanwege de toename van de vissterfte sprake is van een achteruitgang. SVN, SVL en SVR stellen in dit verband dat uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van 1 juli 2015 (ECLI:EU:C:2015:433) blijkt dat per project moet worden getoetst of sprake is van een achteruitgang en dat elke achteruitgang in een klasse van de toestand van één van de kwaliteitselementen van een oppervlaktewaterlichaam, zelfs als deze achteruitgang er niet in resulteert dat het oppervlaktewaterlichaam zelf in een lagere toestandklasse moet worden ingedeeld, betekent dat sprake is van een achteruitgang. Verweerder had de vergunning om die reden moeten weigeren.

31. In het aanvullende verweerschrift van 1 augustus 2016 heeft verweerder nader toegelicht waarom van een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam, als bedoeld in de KRW, geen sprake is. Uit de uitspraak van het HvJEU van 1 juli 2015 volgt dat per kwaliteitselement moet worden beoordeeld of sprake is van een achteruitgang. Indien het project niet tot gevolg heeft dat één van de kwaliteitselementen een klasse achteruitgaat, is geen sprake van een achteruitgang van de toestand, tenzij het betreffende kwaliteitselement zich al in de laagste klasse bevindt. Aangezien het kwaliteitselement 'vis' voor het oppervlaktewater Grensmaas zich niet in de laagste klasse bevindt, verweerder verwijst in dit verband naar Factsheet: NL91GM (te raadplegen via www.waterkwaliteitsportaal.nl), hoeft uitsluitend te worden beoordeeld of één van de kwaliteitselementen een klasse achteruitgaat. In het bestreden besluit is toegelicht dat daarvan in dit geval geen sprake is, aldus verweerder.

32. SVN, SVL en SVR hebben eerst in hun tweede aanvullende beroepschrift van 19 augustus 2016 betoogd dat verweerder ook de nabijgelegen waterlichamen Bedijkte Maas en Binnenmaas had moeten betrekken bij zijn beoordeling of de vergunning in strijd met de KRW is verleend.

33. In het bestreden besluit is toegelicht dat is getoetst aan de relevante kwaliteitselementen van de relevante waterlichamen, in dit geval het kwaliteitselement 'vis' bij de Grensmaas en de Bovenmaas, de beide aan de waterkrachtcentrale grenzende waterlichamen. SVN heeft in haar beroepschrift van 11 augustus 2015 alleen gesteld dat de vergunning vanwege de toestand van de Grensmaas in strijd is met de KRW. De rechtbank is van oordeel dat de aanvullende beroepsgrond dat verweerder ook de toestand van de Bedijkte Maas en de Binnenmaas bij zijn beoordeling had moeten betrekken, gelet op deze omstandigheden, is aan te merken als een nieuwe beroepsgrond. Dit betekent dat de rechtbank deze beroepsgrond op de voet van artikel 1.6a van de Chw buiten beschouwing laat. Zij acht het overigens ook in strijd met de goede procesorde dat SVN, SVL en SVR deze nieuwe beroepsgrond eerst dertien dagen voor de eerste zitting naar voren hebben gebracht.

34. Uit de uitspraak van het HvJEU van 1 juli 2015 volgt dat per kwaliteitselement moet worden beoordeeld of sprake is van een achteruitgang. Verweerder stelt terecht dat indien het project niet tot gevolg heeft dat één van de kwaliteitselementen een klasse achteruitgaat, er geen sprake is van een achteruitgang van de toestand, tenzij het betreffende

kwaliteitselement zich al in de laagste klasse bevindt. De rechtbank beperkt haar toetsing, gelet op wat onder 33 is overwogen en wat door SVN, SVL en SVR is aangevoerd, tot het kwaliteitselement 'vis' in de Grensmaas en de Binnenmaas. 'Vis' is één van de vier kwaliteitselementen binnen de categorie 'biologie'. De StAB is in hoofdstuk 7 van haar advies ingegaan op de door de rechtbank voorgelegde vragen over de door verweerder in dit kader verrichte toetsing. In het advies van de StAB is toegelicht dat de door verweerder gebruikte EKR-scores een goed beeld geven van de situatie ten tijde van de vergunningverlening. Bij een visschade van 0,1% is geen sprake van een achteruitgang van het kwaliteitselement 'vis' (pagina 40 van het StAB-advies). Ook indien wordt uitgegaan van een visschade van 10% wordt de ondergrens van de toestandsklasse niet onderschreden. Het is voorts niet waarschijnlijk dat de uitgestelde vissterfte zal leiden tot een lagere EKR-score voor het kwaliteitselement 'vis'.

De rechtbank ziet in wat SVN, SVL en SVR betogen geen aanleiding om deze conclusie van de StAB niet te volgen. Aangezien het kwaliteitselement 'vis' zowel voor de Grensmaas als voor de Binnenmaas niet in de laagste klasse zit en verweerder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat dit kwaliteitselement als gevolg van de waterkrachtcentrale niet een klasse achteruit zal gaan, is van strijd met de KRW geen sprake. Dit betoog van SVN, SVL en SVR slaagt dus niet. Ook het niet nader gespecificeerde betoog van VVM dat de verlening van de vergunning in strijd is met de doelstelling van de KRW slaagt, gelet op wat hiervoor is overwogen, niet.

Het is niet aannemelijk dat kan worden voldaan aan de in voorschrift 5, derde lid, van de vergunning opgenomen resultaatsverplichting voor maximale visschade

35. Ingevolge voorschrift 5, eerste lid, van de vergunning dient de waterkrachtcentrale voorzien te zijn van een goed functionerend visgeleidingssysteem conform de best beschikbare techniek.

Ingevolge het derde lid van dit voorschrift dient het in lid 1 genoemde visgeleidingssysteem zodanig te functioneren dat te allen tijde ten minste wordt voldaan aan de volgende eisen (resultaatverplichting):

<i>Vissoort</i>	<i>Levensstadium</i>	<i>Maximale visschade</i>
<i>aal</i>	<i>rode aal</i>	<i>10%</i>
	<i>schieraal</i>	<i>0,1%</i>
<i>zalm en zeeforel</i>	<i>smolts</i>	<i>0,1%</i>
	<i>volwassen</i>	<i>0,1%</i>
<i>overige prioritaire vissoorten > 30 cm</i>		<i>10%</i>

Ingevolge het negende lid van dit artikel betreft de in lid 3 genoemde visschade alleen de directe visschade als gevolg van 'verse' beschadigingen, zoals doorsnijding, bloeduitstortingen, wervelbreuk en weefselshade. Vissen die al langere tijd dood zijn (doffe ogen, grauw kieuwweefsel en slijmerige huid) worden niet tot de directe schade gerekend. Indirecte schade met uitgestelde sterfte telt niet mee in deze berekening.

36. SVN, SVL en SVR betogen - samengevat - dat zij twijfel hebben over de effectiviteit van de vispassage, de visgeleiding en de vistrap. De gebruikte technieken zijn volgens hen experimenteel, deze kunnen daarom niet worden aangemerkt als beste beschikbare techniek (bbt). SVN, SVL en SVR betwisten, onder verwijzing naar het rapport van BFS van januari 2016, de aannames die ten grondslag liggen aan de rapporten van atkb. Zij stellen

onder meer dat de uitgestelde vissterfte onvoldoende bij de beoordeling is betrokken. Volgens SVN, SVL en SVR heeft verweerder onvoldoende aannemelijk gemaakt dat met de vergunde centrale aan de norm van minder dan 0,1% vissterfte kan worden voldaan. VVM betoogt - samengevat - dat de vergunde centrale de norm van 0,1% vissterfte met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal overschrijden. Zij stelt dat in de berekeningen van atkb veel onzekerheden zitten en dat deze onjuist zijn uitgevoerd, daarnaast is de uitgestelde vissterfte onvoldoende in ogenschouw genomen.

37. Verweerder heeft een aanvullend rapport van atkb van 1 augustus 2016 overgelegd. In dit rapport is gereageerd op het rapport van BFS van januari 2016. Verweerder heeft toegelicht dat uit de reactie blijkt dat de veronderstellingen van dr. Schneider van BFS te somber zijn. De bij de waterkrachtcentrale te realiseren voorzieningen zijn aan te merken als bbt en deze zijn voldoende om de visschade, conform de in de vergunning gestelde voorschriften, te beperken.

38. De rechtbank heeft de StAB de vraag voorgelegd of het toe te passen visgeleidingssysteem en de vergunde turbine zijn aan te merken als bbt. In hoofdstuk 5 van het advies van de StAB is toegelicht dat de (horizontale Kaplan MGR-)turbine uit oogpunt van visvriendelijkheid een goede keuze is, maar dat er geen bbt-documenten zijn waaruit kan worden afgeleid dat het visgeleidingssysteem en de turbine bbt zijn. Er zijn volgens de StAB echter ook geen technieken bekend die commercieel worden toegepast, geschikt zijn voor de situatie in Borgharen en tegelijkertijd bewezen beter scoren dan het vergunde visgeleidingssysteem en de turbine. In zoverre zou, aldus de StAB, kunnen worden gesproken van bbt. De rechtbank ziet in wat door SVN, SVL, SVR en VVM is gesteld geen aanleiding om aan deze conclusies te twijfelen.

Wat betreft het vervangen van de bestaande vistrap door de vergunde (vertical slot) vistrap stelt de StAB dat de negatieve effecten voldoende worden gecompenseerd. De te realiseren vistrap voldoet daarmee aan wat op pagina 35 van de vergunning met betrekking tot de vergunde vistrap is overwogen. Het betoog dat de vistrap niet als bbt kan worden aangemerkt kan, gelet op wat is vergund, buiten beschouwing blijven.

39. De StAB is in hoofdstuk 4 van haar advies ingegaan op de vraag of met het vergunde visgeleidingssysteem kan worden voldaan aan de in voorschrift 5, derde lid, van de vergunning opgenomen resultaatsverplichting voor maximale visschade. In het advies van de StAB is gesteld dat bij de beantwoording van deze vraag moet worden uitgegaan van een worst case-scenario en niet van een realistisch scenario. De StAB heeft in haar advies toegelicht dat zij tot deze keuze komt omdat voorschrift 5, derde lid, van de vergunning een harde norm over de vissterfte bevat en omdat uit de toelichting bij de Beleidsregel blijkt dat de norm van 0,1% vissterfte een invulling is van het begrip 'nihil vissterfte'. Gelet hierop moet, aldus de StAB, de eis worden gesteld dat met een hoge mate van zekerheid aan de norm wordt voldaan. Daarbij heeft de StAB ook gewezen op de omstandigheid dat bij de berekening van de vissterfte sprake is van parameters die zich kenmerken door een grote mate van onzekerheid, waarbij bovendien de bovengrens van de marge van onzekerheid ook niet vaststaat. Bij de beantwoording van de door de rechtbank gestelde vraag heeft de StAB zich vervolgens gebaseerd op een worst case-scenario.

40. Verweerder en WKC Borgharen betogen dat de StAB ten onrechte is uitgegaan van een worst case-scenario. Verweerder stelt in dit verband dat de door de rechtbank gestelde vraag niet impliceert dat dit nodig is. Bovendien kan bij de beoordeling van de vraag of de in een

vergunning gestelde voorschriften kunnen worden nageleefd in het algemeen niet de eis worden gesteld dat alle bestaande onzekerheid door middel van een worst case-scenario wordt weggenomen. De vraag of altijd, onder alle denkbare omstandigheden, aan de norm wordt voldaan, is volgens verweerder een vraag die speelt bij handhaving, niet bij vergunningverlening. Hij verwijst in dit verband naar de uitspraken van de ABRvS van 22 juli 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ3426) en 2 december 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3703). WKC Borgharen betoogt dat uit de eerdere uitspraken van de rechtbank Maastricht en de ABRvS over de waterkrachtcentrale Borgharen blijkt dat kan worden volstaan met een toetsing of aannemelijk is dat aan de gestelde norm zal worden voldaan.

41. In voorschrift 5, derde lid, van de vergunning is bepaald dat het visgeleidingssysteem van de waterkrachtcentrale zodanig dient te functioneren dat te allen tijde ten minste wordt voldaan aan de in dat lid omschreven resultaatverplichting. De rechtbank is van oordeel dat uit de tekst van deze bepaling volgt dat de daarin voorgeschreven norm op geen enkel moment mag worden overschreden. Dit betekent dat het in de rede ligt om bij de in het kader van de vergunningverlening te verrichten toetsing of aan dit voorschrift kan/zal worden voldaan een worst case-scenario te hanteren. Hier komt nog het volgende bij. In paragraaf 2 van de toelichting op de Beleidsregel is het volgende bepaald:

‘De definitie van nihil vissterfte is in deze beleidsregel nader ingevuld door uit te gaan van de kleinst mogelijke vissterfte die doelmatig meetbaar is en die ook als zodanig toegeschreven zou kunnen worden aan het in bedrijf zijn van een waterkrachtcentrale. Dit komt neer op ten hoogste 0,1% vissterfte. Een norm lager dan 0,1% is vanuit praktisch oogpunt niet handhaafbaar.’

Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit deze toelichting dat de in de vergunning opgenomen norm, die is gebaseerd op de Beleidsregel, strikt moet worden geïnterpreteerd. Dit betekent dat voor de beoordeling of voldoende aannemelijk is gemaakt dat kan/zal worden voldaan aan deze in de vergunning voorgeschreven, strikt te interpreteren, norm, moet worden getoetst aan de hand van een worst case-scenario.

Uit de door verweerder genoemde uitspraken van de ABRvS volgt niet dat een dergelijke toetsing in het kader van de vergunningverlening niet aan de orde kan zijn. In die uitspraken ging het om de vraag of aannemelijk was dat een emissieniveau met toepassing van een bepaalde bbt naleefbaar was en daarmee kon worden verlangd. In dit geval is het voldoen aan de gestelde norm een voorwaarde voor het kunnen verlenen van de vergunning. In de door WKC Borgharen genoemde uitspraak van de ABRvS van 8 februari 2012 over de in 2010 verleende vergunning is overwogen dat niet aannemelijk was gemaakt dat met het visgeleidingssysteem aan de gestelde norm (in dat geval de 10% vissterfte) kon worden voldaan. Niet is overwogen dat daarbij van een realistisch scenario moet worden uitgegaan. Bij de nu verleende vergunning is de norm dat (voor de betreffende soorten) te allen tijde ten minste moet worden voldaan aan de maximale vissterfte van 0,1%. Verweerder dient aannemelijk te maken dat aan die norm kan worden voldaan. In de eerdere uitspraken van de rechtbank en de ABRvS is dus, anders dan WKC Borgharen stelt, geen ander toetsingscriterium gehanteerd. Het verschil met de eerdere uitspraken is wel dat in de nu verleende vergunning een striktere norm is gesteld. Conclusie van het voorgaande is dat het betoog van verweerder en WKC Borgharen niet slaagt en dat de StAB in haar advies terecht van een worst case-scenario is uitgegaan.

42. In het advies van de StAB is in de eerste plaats ingegaan op de te verwachten visschade voor smolts. Dit is berekend op basis van een worst case-scenario. In het advies is toegelicht dat de visschade voor smolts kan worden berekend met de volgende formule:

$$\text{'Schade(percentage) = fractie smolts richting waterkrachtcentrale * aandeel vis kleiner dan 15 cm * doorlaatwaarde gedrag aan rooster * turbineschade * 100%.'}$$

De fractie smolttrek richting waterkrachtcentrale is volgens het advies van de StAB 20%, het aandeel vis kleiner dan 15 cm is 60% en de turbineschade is 7%. Uit deze gegevens volgt dat, om te kunnen voldoen aan de in vergunning voorgeschreven maximale vissterfte voor smolts van 0,1%, het doorlaatwaarde gedrag aan het rooster (het visgeleidingssysteem) met een grote mate van zekerheid een effectiviteit moet hebben van 88%. Dat wil zeggen dat 88% van de smolts die fysiek door het rooster kan toch, als gevolg van gedragsbeïnvloeding, voor de bypasses kiest. Volgens de StAB staat niet met een hoge mate van zekerheid vast dat een effectiviteit van 88% kan worden gehaald. Voor wat betreft de norm voor schieraal stelt de StAB dat aan de hand van monitoring kan worden beoordeeld of deze kan worden gehaald. Over de mogelijkheden van monitoring is in het advies van de StAB gesteld dat, gelet op het zeer geringe percentage aan vissterfte dat voor smolts is toegestaan, op statistische gronden een grote populatie (minimaal 5.000 smolts) zal moeten worden onderzocht. Dit aantal stuit op grote ethische en praktische bezwaren. Uit de reacties op het conceptadvies van de StAB blijkt verder dat partijen sterk verschillen over de vraag hoeveel smolts voor de monitoring nodig zijn.

Over de uitgestelde vissterfte (indirecte schade) is in het advies van de StAB gesteld dat in de Beleidsregel en de vergunning geen verband is gelegd met de vier categorieën van visschade die in het rapport van atkb van 4 september 2014 worden onderscheiden. Het aandeel van categorie 2 (lichte schade), dat volgens het rapport van atkb buiten beschouwing kan worden gelaten, in de totale indirecte schade is daardoor niet duidelijk. Daarnaast ontbreekt een duidelijke begripsomschrijving waaruit volgt welke schade als licht (categorie 2) en welke schade als ernstig (categorie 3) moet worden aangemerkt. In algemene zin is de indirecte schade volgens de StAB niet verwaarloosbaar te noemen. Hoewel het aandeel van categorie 2-schade niet bekend is, betekent elke extra schade meer onzekerheid over de vraag of aan de norm kan worden voldaan.

Voor wat betreft de rode aal en de overige prioritaire vissoorten > 30 cm komt de StAB tot de conclusie dat wel met een hoge mate van zekerheid aan de in de vergunning gestelde norm van 10% visschade kan worden voldaan. Alleen voor de kwabaal geldt, gelet op de bekende stroomafwaartse migratieafstanden tot 100 kilometer, dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat deze niet binnen de invloedssfeer van twee waterkrachtcentrales zal migreren.

De StAB heeft verder gesteld dat sterfte als gevolg van stroomopwaartse migratie van volwassen zalm niet voor de volle 100% kan worden uitgesloten (hoofdstuk 8, pagina 45). Op de tweede zitting heeft de deskundige toegelicht dat dit ook geldt bij het (minimale) debiet waarbij de waterkrachtcentrale in werking mag zijn. Omdat er slechts een sterfte van 0,1% is toegestaan, is sprake van een reëel risico.

43. WKC Borgharen stelt dat uit het advies van de StAB niet blijkt dat in aanmerking is genomen dat de waterkrachtcentrale alleen in werking mag en zal zijn bij een waterlaag van 50 centimeter boven de bovenste bypass.

44. De StAB heeft hierover toegelicht dat dit zij dit gegeven wel in ogenschouw heeft genomen en dat dit is vertaald in de omstandigheid dat het bij het in werking zijn van de

waterkrachtcentrale gegarandeerd is dat de bovenste bypass functioneert.

45. Verder heeft WKC Borgharen in haar reactie op het advies van de StAB betoogd dat bij het vaststellen van het percentage smolttrek richting de waterkrachtcentrale ten onrechte het zogenoemde 'Larinier-effect' buiten beschouwing is gelaten.

46. De StAB heeft hierover toegelicht dat dit effect inderdaad niet is meegenomen omdat voornamelijk onzekerheid bestaat over de mate waarin dit effect bij de situatie in Borgharen optreedt. In voorschrift 5, achtste lid, van de vergunning is om die reden bepaald dat dit effect eerst mag worden meegenomen, indien het uit monitoring blijkt.

47. WKC Borgharen stelt verder dat de aanname van 7% als turbineschade volstrekt onrealistisch is. Deze aanname is gebaseerd op de situatie in Linne, die niet vergelijkbaar is omdat daar een ander type turbine wordt gebruikt.

48. Over dit punt heeft de StAB toegelicht dat het hier inderdaad gaat om een ander type turbine dan in Linne. Het verschil is dat bij de verleende vergunning de MGR-techniek wordt gebruikt (= gunstige geometrie van de turbine(bladen)). Dit laat zich echter moeilijk vertalen naar een concreet percentage van verbetering. Mede gelet op het feit dat de vergunde turbine met een hoger toerental dan in Linne zal draaien, is er in het kader van het worst case-scenario voor gekozen om van 7% uit te gaan. Dit percentage is volgens de StAB niet onrealistisch; verder gaat in zijn worst case-scenario zelfs uit van een turbineschade van 14% en in de bedrijfsbeschrijving die WKC Borgharen als onderdeel van de aanvraag heeft overgelegd, wordt ook uitgegaan van 7%, gebaseerd op de waterkrachtcentrale in Linne.

49. De rechtbank is van oordeel dat in het advies van de StAB voldoende inzichtelijk is gemaakt op welke gegevens en aannames het berust. Het advies van de StAB is inhoudelijk concludent. De, gelet op de aard van de materie noodzakelijke, aannames over de risicopercentages zijn voldoende toegelicht, de StAB heeft daarbij terecht in aanmerking genomen dat moet worden uitgegaan van een worst case-scenario. De rechtbank ziet, mede gelet op de hiervoor weergegeven reactie van de StAB op enkele van de aangevoerde punten, in wat verder en WKC Borgharen hebben gesteld geen aanleiding om het verslag van de StAB niet te volgen. Het verslag van de StAB leidt tot de conclusie dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat met de vergunde waterkrachtcentrale kan worden voldaan aan de in voorschrift 5, derde lid, van de vergunning gestelde norm.

50. Verweerder betoogt dat hij de vergunning wel heeft kunnen verlenen omdat een zekere mate van onzekerheid inherent is aan het toepassen van een nieuwe techniek.

51. Uit het advies van de StAB blijkt dat niet met een hoge mate van zekerheid kan worden voldaan aan de norm van 88% efficiëntie van het visgeleidingssysteem, die is ontleend aan het door de StAB terecht gebruikte worst case-scenario. De rechtbank is van oordeel dat verweerder onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij de vergunning, ondanks de bestaande mate van onzekerheid of aan de daarin gestelde norm van 0,1% visschade voor smolts kan en zal worden voldaan, heeft verleend. Zij overweegt daarbij ten overvloede dat er op dit moment nog geen monitoringsplan is opgesteld, zodat niet vast staat of en op welke wijze kan worden bepaald of de norm wordt overtreden. Er is dus nog geen zekerheid dat er in geval van overtreding van de norm kan en zal worden bijgestuurd. Hier komt bij dat partijen sterk verschillen van mening over de vraag of monitoring uitvoerbaar is en op welke

wijze dit dan plaats zou moeten vinden. Dat in de reactie van atkb van 3 januari 2017 op het advies van de StAB wordt gesteld dat monitoring niet op praktische en ethische bezwaren hoeft te stuiten, maakt dit niet anders.

52. WKC Borgharen betoogt dat het niet logisch is dat zo strikt wordt getoetst aan de in de vergunning gestelde norm. Het risico voor de smolts bij de bestaande passage via de stuw, is namelijk groter dan het risico bij een passage via de waterkrachtcentrale (en de bijbehorende voorzieningen). Bij de passage via de stuw vallen de smolts namelijk een paar meter naar beneden, waardoor de kans op predatie veel groter is.

53. Het bestreden besluit betreft een vergunning voor de waterkrachtcentrale, niet voor de stuw. Dat de situatie bij de stuw, naar WKC Borgharen stelt, in feite meer risicovol is voor de smolts, betekent, nog daargelaten de juistheid van die stelling, niet dat verweerder niet gehouden is om bij de verlening van de vergunning te toetsen aan de (voor waterkrachtcentrales) geldende regels.

54. Wat betreft de uitgestelde vissterfte is de rechtbank van oordeel dat uit voorschrift 5, negende lid, van de vergunning niet blijkt dat, zoals verweerder ter zitting heeft toegelicht, bedoeld wordt te verwijzen naar de categorieën van visschade die zijn genoemd in paragraaf 5.3 van het rapport van atkb van 4 september 2014. Voorschrift 5, negende lid, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook onvoldoende rechtszeker. Verweerder heeft bovendien, gelet op de advisering van de StAB op dit punt, onvoldoende gemotiveerd waarom de uitgestelde vissterfte als gevolg van lichte beschadiging (categorie 2) verwaarloosbaar is. Het enkele feit dat de vis dergelijke schade volgens het rapport van atkb kan overleven, is daarvoor onvoldoende.

55. Uit het advies van de StAB volgt verder dat in het bestreden besluit ook voor wat betreft de norm van 10% visschade die is gesteld voor de kwabaal (een prioritaire vissoort) en de norm van 0,1% visschade die is gesteld voor volwassen zalm onvoldoende is gemotiveerd dat met de vergunde waterkrachtcentrale daaraan kan en zal worden voldaan.

56. De rechtbank is, gelet op wat hiervoor is overwogen, van oordeel dat het bestreden besluit niet berust op een deugdelijke motivering. Het is in strijd met artikel 3:46 van de Awb genomen. Aangezien het de vraag is of verweerder de gevraagde vergunning binnen het kader van de geldende regelgeving, met name de in de Beleidsregels gestelde voorwaarden voor vergunningverlening, wel kan verlenen, ziet de rechtbank geen aanleiding voor toepassing van een bestuurlijke lus als bedoeld in de artikelen 8:51a en 8:80a van de Awb. De beroepen van SVN, SVL, SVR en VVM zijn gegrond en de rechtbank vernietigt het bestreden besluit. Verweerder dient, met inachtneming van wat in deze uitspraak is overwogen, binnen zes maanden opnieuw te beslissen op de aanvraag van WKC Borgharen van 7 april 2010, zoals aangevuld op 29 mei 2014.

57. De rechtbank komt, gelet op wat onder 56 is overwogen, niet toe aan een bespreking van de overige door SVN, SVL, SVR en VVM aangevoerde gronden, die onder meer betrekking hebben op de mer-beoordelingsplicht, de Flora- en faunawet, de Natuurbeschermingswet 1998, het Aalbeheerplan en de Beneluxbeschikking vismigratie (M(2009) 1).

58. Omdat het beroep van SVN, SVL en SVR gegrond is, ziet de rechtbank aanleiding om verweerder op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten die SVN, SVL en SVR in beroep redelijkerwijs hebben moeten maken. Deze kosten zijn met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht (Bpb) begroot op € 1.485,- (1 punt voor het indienen van de beroepschriften, 1 punt voor het verschijnen ter zitting op 1 september 2016, 0,5 punt voor de schriftelijke zienswijze na deskundigenonderzoek, 0,5 punt voor het verschijnen ter zitting (anders dan na tussenuitspraak) op 14 februari 2017, waarde per punt € 495,-, wegingsfactor 1, minder dan vier samenhangende zaken) als kosten voor verleende rechtsbijstand. Op grond van artikel 8:74 van de Awb dient verweerder ook de door SVN, SVL en SVR betaalde griffierechten te vergoeden.

59. Omdat het beroep van VVM gegrond is, ziet de rechtbank aanleiding om verweerder op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten die VVM in beroep redelijkerwijs hebben moeten maken. Deze kosten zijn met toepassing van het Bpb begroot op € 1.237,50 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting op 1 september 2016, 0,5 punt voor het verschijnen ter zitting (anders dan na tussenuitspraak) op 14 februari 2017, waarde per punt € 495,-, wegingsfactor 1) als kosten voor verleende rechtsbijstand. Op grond van artikel 8:74 van de Awb dient verweerder ook het door VVM betaalde griffierecht te vergoeden.

Het beroep van WKC Borgharen (UTR 16/1738)

60. Omdat de rechtbank het bestreden besluit (de aan WKC Borgharen verleende vergunning) vernietigt, heeft WKC Borgharen in beginsel geen belang meer bij de door haar aangevoerde beroepsgronden, die er op zien dat enkele passages ten onrechte in de vergunning zijn opgenomen. Omdat verweerder de betreffende passages mogelijk opnieuw in de vergunning zal opnemen indien hij deze met het nieuw te nemen besluit alsnog verleent, heeft WKC Borgharen in dit geval toch een procesbelang. Om die reden beoordeelt de rechtbank ook de door haar aangevoerde beroepsgronden.

61. WKC Borgharen betoogt dat in de tweede alinea van pagina 37 van de vergunning ten onrechte wordt bepaald dat geen financiële compensatie mogelijk is voor kosten die het gevolg zijn van onderhoud, renovatie of het verleggen van de stuw. Zij stelt dat artikel 7.14 van de Waterwet een wettelijke schadevergoedingsregeling voor dergelijke schade bevat. Het is in strijd met het specialiteitsbeginsel, dat volgt uit artikel 3:4 van de Awb, dat verweerder zijn eventuele verplichting tot schadevergoeding op voorhand inperkt, aldus WKC Borgharen.

62. Verweerder betoogt dat de mededeling op pagina 37 van het bestreden besluit louter van feitelijke aard is. De mededeling maakt deel uit van de overwegingen van het bestreden besluit en is niet op rechtsgevolgen gericht. Tegen deze mededeling is, aldus verweerder, dan ook geen beroep mogelijk.

63. Op pagina 37 van de vergunning is, onder het kopje '(Onderhouds)werkzaamheden beheerder', dat deel uitmaakt van paragraaf 5.4 van de vergunning, getiteld 'Beoordeling voor wat betreft het brengen in en het onttrekken van water aan een oppervlaktewaterlichaam' het volgende bepaald:

'Gedurende de exploitatie van de WKC kan het voorkomen dat er (onderhouds- en/of andere) werkzaamheden plaatsvinden aan de waterstaatkundige werken,

zoals de stuw. Verder zal in de komende decennia de stuw moeten worden vervangen. Tevens zullen tussentijdse renovaties noodzakelijk zijn. Mogelijk kan de nieuwe stuw zelfs op een volledig andere locatie worden gerealiseerd, zodat er geen sprake meer is van verval. Voor beide activiteiten geldt dezelfde redenatie zoals hierboven omschreven omtrent financiële compensatie. Eventuele kosten van aanpassingsvoorzieningen van de WKC, zoals de extra verlenging van de aansluitende kanalen komen ten laste van de vergunninghouder.'

64. De rechtbank volgt verweerder niet in zijn betoog dat de door WKC Borgharen betwiste passage uit de vergunning niet op rechtsgevolg is gericht. Met de passage is beoogd te bepalen dat verweerder geen financiële compensatie hoeft te bieden bij mogelijk nadeel voor WKC Borgharen ten gevolge van werkzaamheden aan of veranderingen van de stuw. Dat de bepaling in de overwegingen van het bestreden besluit is opgenomen, maakt dit niet anders.

65. Ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. In deze bepaling is eveneens het specialiteitsbeginsel neergelegd, op grond waarvan een bestuursorgaan slechts de belangen waarvoor de desbetreffende regeling in het leven is geroepen bij zijn afweging mag betrekken (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS van 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342).

66. WKC Borgharen stelt terecht dat de hiervoor geciteerde passage uit de vergunning een inperking inhoudt van de mogelijke verplichting tot schadevergoeding die (bijvoorbeeld) bij een wijziging van de (locatie van de) stuw zou voortvloeien uit artikel 7.14 van de Waterwet. Een dergelijk belang (het inperken van zijn eventuele toekomstige schadeplichtigheid) mag verweerder, mede gelet op de in artikel 2.1, eerste lid, van de Waterwet omschreven doelstelling van de wet, bij de verlening van een vergunning niet betrekken. De vergunning is op dit punt dan ook in strijd met artikel 3:4, eerste lid, van de Awb verleend. De conclusie is dat het beroep van WKC Borgharen gegrond is en dat zij in aanmerking komt voor een proceskostenvergoeding.

67. Omdat het beroep van WKC Borgharen gegrond is, ziet de rechtbank aanleiding om verweerder op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten die WKC Borgharen in beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten zijn met toepassing van het Bpb begroot op € 1.485,- (1 punt voor het indienen van de beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting op 1 september 2016, 0,5 punt voor de schriftelijke zienswijze na deskundigenonderzoek, 0,5 punt voor het verschijnen ter zitting (anders dan na tussenuitspraak) op 14 februari 2017, waarde per punt € 495,-, wegingsfactor 1) als kosten voor verleende rechtsbijstand. Op grond van artikel 8:74 van de Awb dient verweerder ook het door WKC Borgharen betaalde griffierecht te vergoeden.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep in de zaak UTR 16/1748 ongegrond;
- verklaart de beroepen in de zaken UTR 16/1738, UTR 16/1745, UTR 16/1749, UTR 16/1751 en UTR 16/1752 gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit van 1 juli 2015;
- draagt verweerder op binnen zes maanden na de dag van verzending van deze uitspraak opnieuw te beslissen op de aanvraag van WKC Borgharen van 7 april 2010, zoals aangevuld op 29 mei 2014;
- veroordeelt verweerder in de zaak UTR 16/1738 in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 1.485,-;
- veroordeelt verweerder in de zaken UTR 16/1745, UTR 16/1749 en UTR 16/1752 in de proceskosten van eisers tot een (totaal) bedrag van € 1.485,-;
- veroordeelt verweerder in de zaak UTR 16/1751 in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 1.237,50;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 331,- in de zaken UTR 16/1738, UTR 16/1745, UTR 16/1749, UTR 16/1751 en UTR 16/1752 aan de respectievelijke eisers te vergoeden.

Deze uitspraak is gedaan door mr. Y. Sneevliet, voorzitter, en mr. drs. S. Wijna en mr. M.C. Brans, leden, in aanwezigheid van mr. J.K. van de Poel, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 25 april 2017.



griffier



voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

25 APR. 2017

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Op het hoger beroep tegen deze uitspraak is de Crisis- en herstelwet van toepassing. Dit betekent dat in het beroepschrift de gronden van hoger beroep kenbaar moeten worden gemaakt. Na de genoemde termijn van zes weken kunnen geen nieuwe gronden meer worden ingediend.

Als hoger beroep is ingesteld, kan bij de voorzieningenrechter van de hogerberoepsrechter worden verzocht om het treffen van een voorlopige voorziening of om het opheffen of wijzigen van een bij deze uitspraak getroffen voorlopige voorziening.


De Griffier