


## Uitspraken

ZAAKNUMMER 201109027/1/A4  
DATUM VAN UITSPRAAK woensdag 8 februari 2012  
TEGEN de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu  
PROCEDURESOORT Hoger beroep  
RECHTSGEBIED Algemene kamer - Hoger Beroep - Overige 

201109027/1/A4.

Datum uitspraak: 8 februari 2012

AFDELING  
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. vereniging Visstandverbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij, gevestigd te Maastricht,
2. vereniging sportvisserij nederland, gevestigd te Amersfoort,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Waterkrachtcentrale (WKC) Borgharen B.V., gevestigd te Maastricht (hierna: WKC),
4. de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 13 juli 2011 in zaken nrs. 10/1910, 10/1911 en 10/1935 in het geding tussen:

Visstandverbetering Maas,  
sportvisserij nederland,  
De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Arbra B.V.

en

de minister van Infrastructuur en Milieu.

### 1. Procesverloop

Bij besluit van 19 oktober 2010 heeft de minister aan Arbra B.V. onder het stellen van voorschriften een vergunning krachtens artikel 6.5, aanhef en onder a, b en c, van de Waterwet verleend voor het onttrekken van grondwater, het onttrekken aan en het brengen van water in de rivier de Maas en het gebruik maken van het waterstaatswerk rivier de Maas door, anders dan in overeenstemming met de functie, daarnaast werkzaamheden te verrichten en het maken en behouden van een waterkrachtcentrale met bijbehorende werken, waaronder een vistrap, visgeleidingssysteem en aan- en afvoerkanaal, op een perceel aan de linkeroever van de rivier de Maas ter hoogte van de stuw bij Borgharen te Maastricht (hierna: het project).

Bij uitspraak van 13 juli 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door Arbra B.V. daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard, de door Visstandverbetering Maas en sportvisserij nederland daartegen ingestelde beroepen gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en de minister opgedragen met inachtneming van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Visstandverbetering Maas bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 18 augustus 2011, sportvisserij nederland bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 23 augustus 2011, WKC, als rechtsopvolgster van Arbra B.V., bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 23 augustus 2011, en de staatssecretaris bij brief, bij de Raad van State ingekomen

op 23 augustus 2011, hoger beroep ingesteld. WKC heeft het hoger beroep aangevuld bij brief van 24 augustus 2011, bij de Raad van State ingekomen op dezelfde dag.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

sportvisserij nederland, Visstandverbetering Maas, WKC en de staatssecretaris hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 december 2011, waar Visstandverbetering Maas, vertegenwoordigd door mr. H.P.J.G. Berkers, vergezeld door ir. C.P. van Schayk, M.H.A.M. Belgers en A.V. Hellwig, sportvisserij nederland, vertegenwoordigd door mr. M. van Hal Scheffer, advocaat te Den Haag, vergezeld door dr. J. Schneider, ing. G. de Laak en G.L. Dhooge, WKC, vertegenwoordigd door mr. J.L. Stoop, advocaat te Roermond, vergezeld door A.P. van der Boom en J. van der Meer, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. H.J.M. Besselink, advocaat te Den Haag, vergezeld door mr. J.E. Brommet, ing. R.M.I. Kwanten, ir. W.P.A.M. Hendrix, dr. A.D. Buijse en L.T.A. Slabbers, zijn verschenen.

## 2. Overwegingen

### Ontvankelijkheid

2.1. WKC heeft ter zitting betoogd dat de rechtbank de beroepen van Visstandverbetering Maas en sportvisserij nederland niet-ontvankelijk had moeten verklaren, aangezien zij niet als belanghebbende bij het besluit van 19 oktober 2010 kunnen worden aangemerkt.

2.1.1. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ingevolge het derde lid worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

2.1.2. Bij uitspraak van 14 september 2011 in zaak nr. 201011817/1/R2 heeft de Afdeling overwogen dat Visstandverbetering Maas moet worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb bij het besluit tot verlening van een vergunning krachtens de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: de Nbw 1998) voor het aanleggen en in werking hebben van de waterkrachtcentrale. De Afdeling ziet geen grond om in het kader van het besluit tot verlening van een vergunning krachtens de Waterwet anders over de belanghebbendheid van Visstandverbetering Maas te oordelen.

De stelling van WKC dat het statutaire doel van sportvisserij nederland in territoriaal opzicht veelomvattend is, biedt geen grond voor het oordeel dat zij niet kan worden aangemerkt als belanghebbende. Gelet op de statutaire doelstellingen van sportvisserij nederland, onder meer het komen tot een goede en gevarieerde visstand in binnenwateren, en de door haar gestelde, en door WKC niet weersproken feitelijke werkzaamheden met betrekking tot waterbeheer en het behoud en herstel van vissoorten in rivieren, wordt zij door het besluit van 19 oktober 2010 rechtstreeks getroffen in een belang dat zij in het bijzonder behartigt.

De rechtbank heeft derhalve Visstandverbetering Maas en sportvisserij nederland terecht aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb.

Het betoog faalt.

### Goede procesorde

2.2. Visstandverbetering Maas heeft ter zitting betoogd dat het door WKC ingediende rapport "Vissterfte en de 10% norm" van J. van der Meer van 29 november 2011 dermate kort voor de zitting is ingediend dat het voor haar niet meer mogelijk was om, al dan niet na inschakeling van

een deskundige, een reactie op het rapport te geven, zodat het rapport wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing dient te worden gelaten.

2.2.1. Voor het antwoord op de vraag of de goede procesorde in geding is, is in het algemeen bepalend een afweging van proceseconomie, de reden waarom de desbetreffende stukken pas in een laat stadium zijn overgelegd, de mogelijkheid voor de andere partijen om adequaat op die stukken te reageren en de processuele belangen van de partijen over en weer.

2.2.2. Het rapport van Van der Meer is op 30 november 2011 bij de Afdeling ingekomen. Het rapport is derhalve ingediend voor het verstrijken van de tien dagentermijn zoals opgenomen in artikel 8:58, eerste lid, van de Awb. Gezien de omvang en aard van het rapport, dat een andere insteek heeft dan eerder overgelegde stukken en door de daarin opgenomen modellen en formules niet eenvoudig zonder specialistische kennis te begrijpen is, acht de Afdeling aannemelijk dat Visstandverbetering Maas niet adequaat op het rapport heeft kunnen reageren. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat niet valt in te zien dat de in het rapport neergelegde gegevens niet eerder hadden kunnen worden overgelegd, verzet de goede procesorde zich ertegen dat het rapport in de beoordeling van de hoger beroepen wordt betrokken.

#### Crisis- en herstelwet

2.3. Het project voorziet in de aanleg van een waterkrachtcentrale naast de stuw in de Maas bij Borgharen, op de grens van het waterlichaam Bovenmaas, stroomopwaarts gelegen ten opzichte van de waterkrachtcentrale, en het waterlichaam Grensmaas, stroomafwaarts gelegen ten opzichte van de waterkrachtcentrale. De waterkrachtcentrale bestaat uit een turbinehuis met aan- en afvoerkanalen voor water. Ten behoeve van de stroomopwaartse vismigratie wordt een vistrap aangelegd ter compensatie van een bestaande vistrap, die in verband met de aanleg van de waterkrachtcentrale zal worden verwijderd. Voor de stroomafwaartse vismigratie wordt een visgeleidingssysteem aangelegd dat visschade, als gevolg van vissen die in de turbines van de centrale terechtkomen, moet voorkomen.

2.4. Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onder a, gelezen in verbinding met categorie 1, onder 1.5, van bijlage I van de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw), is afdeling 2 van hoofdstuk 1 van toepassing op alle besluiten die krachtens enig wettelijk voorschrift zijn vereist voor de ontwikkeling of verwezenlijking van overige ruimtelijke en infrastructurele projecten ten behoeve van het leveren van duurzame energie.

Ingevolge artikel 1.5, eerste lid, voor zover thans van belang, kan een besluit waartegen beroep is ingesteld, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het beroep beslist, in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

2.5. Nu het besluit ziet op het aanleggen en in gebruik hebben van een waterkrachtcentrale is ingevolge artikel 1.1, eerste lid, onder a, gelezen in verbinding met categorie 1, onder 1.5, van bijlage I van de Chw, afdeling 2 van hoofdstuk 1 van de Chw, waarin onder meer artikel 1.5 is opgenomen, van toepassing op het besluit.

#### Het toetsingskader

2.6. 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.

Ingevolge artikel 6.5 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 vergunning van Onze Minister, onderscheidenlijk het bestuur van het waterschap:

- a. water te brengen in of te onttrekken aan een oppervlaktewaterlichaam;
- b. grondwater te onttrekken of water te infiltreren in andere gevallen dan als bedoeld in artikel 6.4;
- c. 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, voor zover thans van belang, wordt een vergunning geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen in artikel 2.1.

Ingevolge artikel 6.12, eerste lid, van het Waterbesluit is het verboden zonder 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, niet zijnde de Noordzee, door, anders dan in overeenstemming met de functie, daarin, daarop, daarboven, daarover of daaronder:

- a. werken te maken of te behouden;
- b. vaste substanties of voorwerpen te storten, te plaatsen of neer te leggen, of deze te laten staan of liggen.

Ingevolge artikel 6.17 is het in bij ministeriële regeling te bepalen gevallen verboden zonder vergunning van Onze Minister als bedoeld in artikel 6.5 van de wet water te brengen in of te onttrekken aan oppervlaktewaterlichamen in beheer bij het Rijk.

Ingevolge artikel 6.16 van de Waterregeling is het verboden om zonder vergunning van de minister als bedoeld in artikel 6.5 van de wet meer dan 5000 m<sup>3</sup> water per uur te brengen in, of meer dan 100 m<sup>3</sup> water per uur te onttrekken aan een oppervlaktewaterlichaam in beheer bij het Rijk, indien:

- a. de in- of uitstroomsnelheid meer bedraagt dan 0,3 m/s, of
- b. de handeling plaatsvindt in samenhang met een activiteit waarvoor op grond van artikel 6.2 van de wet een vergunning is vereist.

#### Vergunningplicht

2.7. WKC betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat voor het project geen vergunning krachtens artikel 6.5, aanhef en onder a, b en c, van de Waterwet vereist is. Daartoe voert zij aan dat geen water in de Maas wordt gebracht en daaraan evenmin wordt onttrokken, nu het water slechts door de waterkrachtcentrale stroomt om de turbines te laten bewegen, en dat geen onttrekking van grondwater of infiltratie van water zal plaatsvinden. Voorts voert zij aan dat de waterkrachtcentrale een maatschappelijke functie vervult als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Waterwet en de Maas aldus wordt gebruikt in overeenstemming met de functie ervan.

2.7.1. De Afdeling volgt het door de staatssecretaris ingenomen standpunt dat deze beroepsgrond buiten beschouwing moet worden gelaten, nu WKC dit niet in een eerder stadium naar voren heeft gebracht, niet. De vraag of de minister de vergunning onder de door hem gestelde voorschriften mocht verlenen, kan niet los worden gezien van de vraag of hij bevoegd was tot het verlenen van vergunning. Gelet op deze samenhang, kan de omstandigheid dat WKC eerst in hoger beroep het bestaan van die bevoegdheid aan de orde heeft gesteld, er niet aan afdoen dat de Afdeling dit punt dient te onderzoeken.

2.7.2. Het project voorziet in de bouw van een waterkrachtcentrale naast de Maas. Om water door de centrale te laten stromen, wordt een buis aangelegd waarmee water uit de Maas naar de waterkrachtcentrale wordt geleid. De staatssecretaris heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat aldus water aan de Maas, zijnde een oppervlaktewaterlichaam, wordt onttrokken als bedoeld in artikel 6.5, aanhef en onder a, van de Waterwet. Dat het water, nadat het door de turbines van de waterkrachtcentrale is geleid, weer wordt afgevoerd naar de Maas, leidt niet tot een ander oordeel, nu dit er niet aan afdoet dat water uit de Maas wordt gehaald en daar enige tijd niet beschikbaar is.

Uit hoofdstuk 5.2 van de aanvraag volgt bovendien dat grondwater zal worden onttrokken ten behoeve van de realisering van de waterkrachtcentrale, zodat een vergunning krachtens artikel 6.5, aanhef en onder b, van de Waterwet is vereist.

De stelling dat de waterkrachtcentrale mede een maatschappelijke functie vervult als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Waterwet, betekent niet dat geen vergunning benodigd is als bedoeld in artikel 6.5, aanhef en onder c, van de Waterwet. Ingevolge artikel 6.21 van deze wet moet de vergunning worden geweigerd, indien het project niet verenigbaar is met de doelstellingen van artikel 2.1, waaronder de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen. De rechtbank heeft dan ook terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat voor het project geen vergunning krachtens artikel 6.5, aanhef en onder a, b en c, van de Waterwet is vereist.

Het betoog faalt.

MER-beoordeling

2.8. sportvisserij nederland betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat, hoewel de minister ten onrechte niet heeft beoordeeld of een milieueffectrapport (hierna: MER) moet worden opgesteld, aanleiding bestaat om met toepassing van artikel 1.5, eerste lid, van de Chw vernietiging van het besluit achterwege te laten. Volgens sportvisserij nederland heeft de rechtbank in dat verband ten onrechte belang gehecht aan de mededeling van de Commissie voor de milieueffectrapportage in het door haar naar aanleiding van een eerdere aanvraag uitgebrachte advies van 8 november 2005 dat een MER geen toegevoegde waarde heeft. Volgens sportvisserij nederland zijn de omstandigheden sinds 2005 gewijzigd, nu nieuwe wetgeving en beleidsregels zijn vastgesteld en in 2008 een vistrap is aangelegd die als gevolg van het project zal worden verwijderd. Voorts voert zij aan dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, de minister twee rapporten van Visadvies van september en december 2009 met betrekking tot onder meer uitgestelde vissterfte niet in de besluitvorming heeft betrokken.

2.8.1. Ingevolge artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet milieubeheer, zoals dat luidde ten tijde van belang, worden bij algemene maatregel van bestuur de activiteiten aangewezen ten aanzien waarvan het bevoegd gezag moet beoordelen of zij vanwege de bijzondere omstandigheden waaronder zij worden ondernomen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben.

Ingevolge het vierde lid worden terzake van de activiteiten, bedoeld in het eerste lid, onder b, de categorieën van besluiten aangewezen in het kader waarvan het bevoegd gezag krachtens de artikelen 7.8b of 7.8d moet beoordelen of die activiteiten de in dat onderdeel bedoelde gevolgen hebben, en indien dat het geval is, bij de voorbereiding waarvan een milieu-effectrapport moet worden gemaakt.

Ingevolge artikel 2, tweede lid, van het Besluit milieu-effectrapportage (hierna: het Besluit mer), zoals dat luidde ten tijde van belang, worden als activiteiten als bedoeld in artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder b, van de wet aangewezen de activiteiten die behoren tot een categorie die in onderdeel D van de bijlage is omschreven.

In onderdeel D van de bijlage behorende bij het Besluit mer is in categorie 31 als activiteit als bedoeld in artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet milieubeheer aangewezen de oprichting, wijziging of uitbreiding van een inrichting bestemd voor het omzetten van hydrostatische energie in elektrische of thermische energie.

2.8.2. Dat na 2005 nieuwe wetgeving en beleidsregels zijn vastgesteld, betekent op zichzelf niet dat de bijzondere omstandigheden waaronder de aangevraagde activiteiten worden ondernomen en de feitelijke gevolgen die het project heeft voor het milieu zijn gewijzigd ten opzichte van 2005. Ook de omstandigheid dat de in 2008 gerealiseerde vistrap zal worden verwijderd, is daarvoor ontoereikend omdat ter compensatie daarvan een andere vistrap wordt aangelegd.

Anders dan de rechtbank echter heeft overwogen, kan uit het bij haar bestreden besluit niet worden afgeleid dat de minister voormelde adviezen van Visadvies met betrekking tot uitgestelde vissterfte in de beoordeling heeft betrokken. Uit het besluit kan evenmin worden afgeleid dat de minister overigens de mogelijke uitgestelde vissterfte in de beoordeling heeft betrokken. Daartoe was de minister wel gehouden, nu, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, aannemelijk is dat dit een niet te verwaarlozen percentage van de vissterfte betreft. De stelling van de staatssecretaris dat niet eenduidig is vast te stellen of uitgestelde vissterfte een direct gevolg is van de waterkrachtcentrale of veroorzaakt is door andere factoren zoals stress of beïnvloeding door meting, maakt dit niet anders. Uit verscheidene door Visstandverbetering Maas overgelegde rapporten, waaronder het rapport "Analyse van het rapport uitgebracht door het onderzoeksbureau ATKB dat betrekking heeft op het heroverwegen van de sterftcijfers van de schieraal en eenjarige atlantische zalm (smolt) in de nederlandse Maas bij de waterkrachtcentrales aldaar" van september 2011 van J.C. Philippart en M. Ovidio, kan worden afgeleid dat - hoewel dit niet eenvoudig is - er wel mogelijkheden zijn om een beeld te krijgen van de uitgestelde vissterfte als gevolg van de waterkrachtcentrale.

De stelling van de staatssecretaris dat in de besluitvorming wat betreft de aal wel rekening is gehouden met uitgestelde sterfte, leidt niet tot een ander oordeel, aangezien dit standpunt in het besluit niet nader is gemotiveerd. Gelet hierop heeft de minister niet deugdelijk beoordeeld of de aangevraagde activiteiten vanwege de bijzondere omstandigheden waaronder zij worden ondernomen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben, en, zo ja, of een MER moet worden gemaakt. Onder die omstandigheden heeft de rechtbank ten onrechte toepassing gegeven aan artikel 1.5 van de Chw.

Het betoog slaagt.

Beschikking nr. M (2009) 1

2.9. Visstandverbetering Maas en sportvisserij nederland betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het project niet in strijd is met artikel 2, aanhef en zesde lid, van de Beschikking van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie tot opheffing en vervanging van Beschikking M (96) 5 van 26 april 1996 inzake de vrije migratie van vissoorten in de hydrografische stroomgebieden van de Beneluxlanden, nr. M (2009) 1 (hierna: de Beschikking). Daartoe voeren zij aan dat het project niet voorziet in een goede oplossing voor de vrije migratie van vissen.

2.9.1. Ingevolge artikel 2, aanhef en zesde lid, van de Beschikking verzekeren de Regeringen de, zowel stroomopwaartse als stroomafwaartse, vrije migratie van vissen in alle hydrografische stroomgebieden door niet meer toe te staan dat nieuwe hindernissen zoals stuwen, waterkrachtturbines, pompen en gemalen worden opgeworpen zonder dat een oplossing wordt voorzien voor de vrije migratie.

2.9.2. Voor zover aan artikel 2, aanhef en zesde lid, van de Beschikking rechtstreekse werking toekomt, heeft de rechtbank terecht onder verwijzing naar het deskundigenbericht van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (hierna: de StAB) van 7 maart 2011 (hierna: het deskundigenbericht) overwogen dat geen aanleiding bestaat voor het oordeel dat het project niet voorziet in een oplossing voor de vrije vismigratie als bedoeld in dat artikel. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de tekst van artikel 2, aanhef en zesde lid, van de Beschikking geen grond biedt voor het oordeel dat het project dient te voldoen aan de eisen die Visstandverbetering Maas en sportvisserij nederland voorstaan.

Het betoog faalt.

Natuurbeschermingswet 1998

2.10. sportvisserij nederland betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de minister de beslissing op de aanvraag had moeten afstemmen met de beslissing op de aanvraag om een vergunning krachtens de Nbw 1998 en de in die vergunning opgenomen, strengere normen voor vissterfte had moeten voorschrijven. In dat verband beroept zij zich onder meer op 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 327; hierna: de Kaderrichtlijn Water).

2.10.1. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat geen wettelijke verplichting bestaat om de beslissing op de aanvragen om vergunning krachtens de Waterwet en de Nbw 1998 met elkaar af te stemmen op de door sportvisserij nederland voorgestane wijze. De stelling van sportvisserij nederland dat de vergunningen in het geval van afwijkende vissterftenormen niet naast elkaar kunnen bestaan, faalt. Zoals de staatssecretaris met juistheid heeft gesteld, dient de waterkrachtcentrale feitelijk te voldoen aan de strengste norm en kan, indien dat niet gebeurt, daartegen handhavend worden opgetreden. Voorts heeft de staatssecretaris gemotiveerd gesteld dat de Kaderrichtlijn Water er in dit geval niet toe noopt dat in beide vergunningen dezelfde vissterftenormen worden voorgeschreven. sportvisserij nederland heeft geen concrete aanknopingspunten naar voren gebracht voor twijfel aan de juistheid van dat standpunt.

Het betoog faalt.

Vistrap en turbines

2.11. sportvisserij nederland betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de in voorschrift 10 van de verleende vergunning voorgeschreven vistrap geen gelijkwaardig alternatief is voor de bestaande vistrap. Daartoe voert zij aan, onder verwijzing naar het "Expertiserapport betreffende de gevolgen van een geplande waterkrachtcentrale in de rivier de Maas bij Borgharen (Maastricht), nederland" van dr. J. Schneider, werkzaam voor het "Bureau for Fish-ecological Studies", dat reeds de aanleg van de waterkrachtcentrale maakt dat de nieuwe vistrap minder effectief is. Voorts stelt sportvisserij nederland dat de gehanteerde stroomsnelheid van 1,6 m/s te hoog is.

2.11.1. Voorschrift 10, onder 1, van de vergunning bepaalt dat de vergunninghouder een vistrap dient aan te leggen die voldoet aan de in bijlage 2 bij deze beschikking behorende ontwerpeisen.

2.11.2. De rechtbank heeft onder verwijzing naar het deskundigenbericht geconcludeerd dat de in voorschrift 10 voorgeschreven vistrap beantwoordt aan de best beschikbare technieken (hierna: BBT) en een gelijkwaardig alternatief is voor de bestaande vistrap en dat de minister een stroomsnelheid van 1,6 m/s mag hanteren. In het rapport van dr. J. Schneider wordt slechts in zijn algemeenheid gesteld dat iedere vispassage minder efficiënt wordt door de aanleg van een waterkrachtcentrale, dat in moderne vispassages een lokstroom van 1-5 % van het volume van het totaal debiet wordt aanbevolen voor de grote rivieren en dat vooral in grote rivieren een tweede vispassage noodzakelijk is om verzekerd te zijn van een maximaal rendement. Daaruit kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden afgeleid dat de in het deskundigenbericht neergelegde bevindingen van de StAB met betrekking tot de in de vergunning voorgeschreven vistrap onjuist zijn. Het betoog van sportvisserij nederland biedt dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte tot voormelde conclusie is gekomen.

Het betoog faalt.

2.12. WKC betoogt voorts dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de lokstroom in de zwemopening van de te realiseren vistrap 4 m<sup>3</sup>/s moet bedragen en dat de vistrap een tweede inzwemopening moet bevatten. De rechtbank is, onder verwijzing naar de bevindingen van de StAB in het deskundigenbericht, gemotiveerd hierop ingegaan. WKC heeft in hoger beroep geen concrete aanknopingspunten naar voren gebracht op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat de desbetreffende overwegingen van de rechtbank onvolledig, dan wel onjuist zijn. Het betoog faalt dan ook.

2.13. sportvisserij nederland betoogt dat de rechtbank ten onrechte onder verwijzing naar het deskundigenbericht heeft overwogen dat bij het ontbreken van BBT-documenten de in voorschrift

7 vermelde turbines die behoren bij een visvriendelijk ontwerp voldoen aan BBT. sportvisserij nederland heeft geen concrete aanknopingspunten naar voren gebracht die de Afdeling doen twifelen aan de juistheid van die overweging. In het rapport van dr. J. Schneider ziet de Afdeling daarvoor evenmin aanleiding. Het betoog faalt.

#### Vissterftenorm

2.14. Bij de beoordeling van een aanvraag om een vergunning krachtens artikel 6.5 van de Waterwet toetst het bevoegd gezag aan twee zelfstandige, naast elkaar bestaande normen.

Ten eerste wordt beoordeeld of het project voldoet aan de als beleidsregel gehanteerde norm dat maximaal 10% directe sterfte mag optreden bij stroomafwaarts migrerende vissen in de Maas (hierna: de 10%-norm). Deze norm ziet op cumulatieve vissterfte, wat betekent dat voor de beoordeling of wordt voldaan aan de 10%-norm niet alleen gekeken moet worden naar de vissterfte als gevolg van de waterkrachtcentrale waarop de aanvraag ziet, maar naar de totale vissterfte als gevolg van alle waterkrachtcentrales in het nederlandse deel van de Maas. Thans zijn in dat deel van de Maas twee waterkrachtcentrales aanwezig.

Indien wordt voldaan aan de 10%-norm wordt gezien of zich als gevolg van het project een achteruitgang van de kwaliteit van het oppervlaktewater voordoet. Deze norm is neergelegd in artikel 5.2b, vierde lid, van de Wet milieubeheer, gelezen in verbinding met artikel 16, tweede lid, van het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009 (hierna: Bkmw 2009), en is nader uitgewerkt in het Beheer- en Ontwikkelplan voor de Rijkswateren 2010-2015 (hierna: het Bprw) en de daarbij behorende Bijlage Programma Rijkswateren 2010-2015 (hierna: de Bijlage).

Van beide hiervoor weergegeven toetsingsnormen is de 10%-norm naar het oordeel van de staatssecretaris de meest verstrekkende.

2.15. sportvisserij nederland heeft voor het eerst in hoger beroep naar voren gebracht dat de rechtbank heeft miskend dat wat betreft de aal- en zalmpopulatie ten onrechte de 10%-norm is gehanteerd. Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak, er geen reden is waarom sportvisserij nederland dit niet reeds bij de rechtbank had kunnen aanvoeren en zij dit, gelet op de functie van het hoger beroep, had behoren te doen, dient deze beroepsgrond buiten beschouwing te blijven.

2.16. WKC betoogt dat de rechtbank er ten onrechte van uit is gegaan dat reeds in de huidige situatie, met twee waterkrachtcentrales, niet wordt voldaan aan de 10%-norm. Daartoe voert zij aan dat uit het rapport "Heroverweging sterfte schieraal en salmoniden smolts ten gevolge van wkc's op de Maas" van ATKB van 2 augustus 2011 kan worden afgeleid dat wat betreft smolts van zalm en zeeforel moet worden uitgegaan van een directe vissterfte van 4% per waterkrachtcentrale.

2.16.1. Door de staatssecretaris is niet weersproken dat, zoals de rechtbank heeft overwogen, de minister zich bij het nemen van het besluit van 19 oktober 2010 op het standpunt heeft gesteld dat de 10%-norm toen reeds werd overschreden. Het rapport van ATKB van 2 augustus 2011 biedt naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende grond voor het oordeel dat de minister dat ten onrechte heeft gedaan. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat in het rapport van ATKB wordt volstaan met de opmerking dat het sterftcijfer van 4% per waterkrachtcentrale niet ter discussie staat, waarbij wordt verwezen naar onderzoeken uit 1992, 2003 en 2004, terwijl in het door Visstandverbetering Maas overgelegde rapport "Analyse van het rapport uitgebracht door het onderzoeksbureau ATKB dat betrekking heeft op het heroverwegen van de sterftcijfers van de schieraal en eenjarige atlantische zalm (smolt) in de nederlandse Maas bij de waterkrachtcentrales aldaar" van september 2011 van J.C. Philippart en M. Ovidio gemotiveerd en onder verwijzing naar andere onderzoeken wordt gesteld dat moet worden uitgegaan van een sterftcijfer van 6% per waterkrachtcentrale. De stelling van de staatssecretaris dat naar huidige inzichten wordt voldaan aan de 10%-norm, leidt niet tot een ander oordeel. Niet alleen omdat dat standpunt afwijkt van het standpunt dat de minister in het besluit van 19 oktober 2010 heeft ingenomen, maar ook omdat het niet met concrete gegevens is onderbouwd.

Het betoog faalt.



2.17. WKC betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat bij de beoordeling of ten aanzien van de aal wordt voldaan aan de 10%-norm niet moet worden uitgegaan van de populatie in de gehele Maas, maar van de populatie bovenstrooms van de waterkrachtcentrale. Volgens WKC is in het verleden steeds het standpunt ingenomen dat moet worden uitgegaan van de populatie in de gehele Maas en is pas sinds kort een ander standpunt ingenomen.

2.17.1. Anders dan WKC stelt, kan uit de overgelegde stukken niet worden afgeleid dat in het verleden steeds is uitgegaan van de populatie in de gehele Maas. In die stukken zijn, zoals de Stab heeft opgemerkt, verschillende bewoordingen gebruikt, waardoor niet zonder meer duidelijk is hoe de norm in het verleden is uitgelegd. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat de 10%-norm betrekking heeft op de populatie van stroomafwaarts migrerende vissoorten, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat bij de toepassing van de 10%-norm in het bestreden besluit mocht worden uitgegaan van de verhouding tussen de sterfte onder stroomafwaarts migrerende vissen en de stand van de vispopulatie vóór het passeren van de waterkrachtcentrales.

Het betoog faalt.

2.18. De staatssecretaris en WKC betogen voorts dat de rechtbank heeft miskend dat gewaarborgd is dat aan de 10%-norm zal worden voldaan. Daartoe voeren zij aan dat WKC op grond van voorschrift 9 van de verleende vergunning aanvullende maatregelen dient te treffen om aan die norm te voldoen en dat WKC, indien dit niet mogelijk is, gehouden is de turbines tijdens periodes van stroomafwaartse migratie stil te leggen. Voorts wijzen zij erop dat de exploitanten van de andere twee waterkrachtcentrales in de Maas hebben toegezegd in tijden van vismigratie aangepast turbinebeheer toe te zullen passen en dat de staatssecretaris voornemens is om voor die twee centrales een vergunning krachtens de Waterwet te verlenen, waarin wordt voorgeschreven dat moet worden voldaan aan dezelfde normen als de centrale bij Borgharen.

2.18.1. Om te verzekeren dat aan de 10%-norm wordt voldaan, heeft de minister aan de vergunning voorschrift 8 verbonden, waarin is voorgeschreven dat een goed functionerend visgeleidingssysteem moet worden aangelegd. Voor een waterkrachtcentrale als hier aan de orde bestaat echter, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, geen beproefde visgeleidingssystemen en WKC en de staatssecretaris hebben niet aan de hand van concrete gegevens aannemelijk gemaakt dat met aanpassingen aan bestaande visgeleidingssystemen het beoogde effect kan worden bereikt. De rechtbank heeft dan ook terecht geconcludeerd dat de minister niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom aan de 10%-norm kan worden voldaan. Dat WKC ingevolge voorschrift 9 gehouden is om aanvullende maatregelen te nemen indien het visgeleidingssysteem niet voldoet, leidt niet tot een ander oordeel. Ervan uitgaande dat bij het nemen van het besluit het standpunt is ingenomen dat in de bestaande situatie niet wordt voldaan aan de 10%-norm moet worden vastgesteld dat ongeacht de mogelijk door WKC te nemen aanvullende maatregelen, niet aan die norm kan worden voldaan, zonder dat bij de twee bestaande waterkrachtcentrales maatregelen worden getroffen ter beperking van de vissterfte. Die afhankelijkheid van bij de andere centrales te nemen maatregelen is in voorschrift 9 niet onderkend. De stelling van de staatssecretaris dat de exploitanten van die centrales hebben toegezegd in tijden van vismigratie aangepast turbinebeheer toe te zullen passen, maakt het voorgaande niet anders, reeds omdat de desbetreffende gesprekken eerst na het nemen van het besluit van 19 oktober 2010 hebben plaatsgevonden. Ook het voornemen van de staatssecretaris om voor de twee bestaande waterkrachtcentrales een vergunning krachtens de Waterwet te verlenen met normen voor vissterfte, doet aan het voorgaande niet af, nu een dergelijke vergunning, waarvan de exploitanten hebben aangegeven die niet te zullen aanvragen, ten tijde van het nemen van het besluit nog niet was verleend en terzake ook thans nog geen besluit is genomen.

Het betoog faalt.

2.19. De rechtbank heeft voorts, anders dan WKC betoogt, terecht geen grond gezien voor het oordeel dat de minister met toepassing van artikel 4:84 van de Awb had moeten afwijken van de 10%-norm. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 november 2006 in zaak nr. 200601712/1) ziet de afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 van de Awb op bijzondere gevallen die niet in de beleidsregels zijn verdisconteerd. Het door WKC gestelde, dat erop neerkomt dat slechts een klein aantal alen door de waterkrachtcentrale zal sterven, terwijl de

waterkrachtcentrale een belangrijke bijdrage levert aan het opwekken van duurzame energie, acht de Afdeling niet een bijzonder geval dat niet in de 10%-norm is verdisconteerd.

2.20. De Afdeling gaat voorbij aan het betoog van sportvisserij nederland dat niet is gebleken dat het te realiseren visgeleidingssysteem een goed functionerend visgeleidingssysteem is als bedoeld in voorschrift 8 van de vergunning, dat onzeker is of bij de twee bestaande waterkrachtcentrales in de Maas de benodigde maatregelen zullen worden genomen ter waarborging van de 10%-norm en dat de minister ten onrechte de uitgestelde sterfte van vissen niet in de vergunningverlening heeft betrokken. De rechtbank heeft die omstandigheden immers aan de vernietiging van de verleende vergunning ten grondslag gelegd.

#### Achteruitgang waterkwaliteit

2.21. De staatssecretaris betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat bij de beoordeling of zich een achteruitgang van de waterkwaliteit voordoet, maatgevend is of een overgang naar een lagere toestandklasse plaatsvindt en niet of een achteruitgang plaatsvindt binnen dezelfde toestandklasse.

2.21.1. Ingevolge artikel 5.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer, zoals die luidde ten tijde van belang, kunnen in het belang van de bescherming van het milieu, voor zover dit van meer dan provinciaal belang is, bij algemene maatregel van bestuur eisen worden gesteld ten aanzien van de kwaliteit van onderdelen van het milieu vanaf een daarbij te bepalen tijdstip.

Ingevolge artikel 5.2b, vierde lid, mag de kwaliteit van oppervlaktewateren en grondwatervoorkomens waarvoor milieukwaliteitseisen gelden niet verslechteren, behoudens voor zover overeenkomstig artikel 4, zesde of zevende lid, van de Kaderrichtlijn Water bij een maatregel als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, is bepaald dat een achteruitgang is toegelaten.

Ingevolge artikel 16, tweede lid, van het Bkwm 2009, voor zover thans van belang, is niet aan artikel 5.2b, vierde lid, van de Wet milieubeheer voldaan indien voor een stof of kwaliteitselement waarvoor ingevolge dit besluit een richtwaarde geldt:

- a. de toestand van een waterlichaam in een lagere toestandklasse terecht is gekomen,
- b. de kwaliteit van het waterlichaam in de laagste toestandklasse, bepaald overeenkomstig het monitoringsprogramma, is verslechterd.

2.21.2. In de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank overwogen dat, zo de maatstaf voor achteruitgang van de ecologische waterkwaliteit al zou zijn de overgang naar een lagere toestandklasse en niet gesproken kan worden van achteruitgang indien er binnen dezelfde toestandklasse wordt gebleven, de minister onvoldoende heeft onderbouwd dat aan die maatstaf wordt voldaan. Gelet op de duidelijke tekst van artikel 16, tweede lid, van het Bkwm 2009, bestaat evenwel geen grond voor de door de rechtbank geuite twijfel over de te hanteren maatstaf. Uit dat artikellid volgt dat eerst sprake is van een achteruitgang in waterkwaliteit, indien de toestand van een waterlichaam in een lagere toestandklasse is gekomen. In zoverre slaagt het betoog.

2.22. De staatssecretaris betoogt verder terecht dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat, nu onvoldoende zeker is of kan worden voldaan aan de 10%-norm, niet aannemelijk is gemaakt dat geen achteruitgang van de kwaliteit van het water zal plaatsvinden. Uit het hiervoor weergegeven toetsingskader volgt dat dit twee zelfstandige, naast elkaar bestaande toetsingsnormen zijn. Het betoog leidt evenwel, gelet op het volgende, niet tot het beoogde doel.

2.22.1. Uit het besluit van 19 oktober 2010 kan worden afgeleid dat de minister de aanvraag in het kader van de beoordeling of zich een achteruitgang in toestandklasse voordoet, heeft getoetst aan het in de Bijlage opgenomen "Deel 1 toetsingskader algemeen". Onderdeel van dat toetsingskader is de vraag of de ingreep een negatief effect heeft op de omvang van een geplande of al uitgevoerde maatregel op grond van de Kaderrichtlijn Water. Indien het antwoord op die vraag bevestigend is, moet het negatieve effect van de ingreep altijd worden gecompenseerd.

Voorts volgt uit de Bijlage dat, indien "Deel 1 toetsingskader algemeen" geen uitsluitel biedt over eventuele effecten van een ingreep op de biologische waterkwaliteit, de ingreep moet worden getoetst aan "Deel 2 toetsingskader watertype afhankelijk".

2.22.2. De minister heeft zich in het besluit op het standpunt gesteld dat de in 2008 aangelegde vistrap een maatregel is op grond van de Kaderrichtlijn Water. Deze vistrap zal als gevolg van de realisering van de waterkrachtcentrale worden verwijderd. Nu echter een nieuwe vistrap zal worden aangelegd, worden de negatieve effecten voor stroomopwaarts zwemmende vissen volledig gecompenseerd, aldus de minister. Voor stroomafwaarts zwemmende vissen wordt de werking van de oorspronkelijke vistrap volgens de minister niet volledig gecompenseerd door de aanleg van een nieuwe vistrap, omdat een deel van de vissen in de turbines van de waterkrachtcentrale terecht zal komen en zal sterven. Om de negatieve effecten hiervan te compenseren, heeft de minister aan de vergunning het voorschrift verbonden dat een goed functionerend visgeleidingssysteem moet worden aangelegd. Gelet op deze compensatie is het, aldus de minister, niet nodig het project te toetsen aan "Deel 2 toetsingskader watertype afhankelijk".

2.22.3. De hiervoor weergegeven motivering miskent dat een beproefd visgeleidingssysteem voor een waterkrachtcentrale als hier aan de orde niet bestaat en dat, zoals het deskundigenbericht vermeldt, de negatieve effecten van de realisering van de waterkrachtcentrale niet volledig worden gecompenseerd door een visgeleidingssysteem. Ook met een goed functionerend systeem zal een percentage van de stroomafwaarts zwemmende vissen in de turbines terechtkomen en als gevolg daarvan sterven, terwijl dit zonder de aanwezigheid van de waterkrachtcentrale niet het geval zou zijn. De minister had dan ook niet mogen volstaan met de toetsing aan "Deel 1 toetsingskader algemeen", maar had tevens dienen te beoordelen of de ingreep voldoet aan "Deel 2 toetsingskader watertype afhankelijk". Nu de minister dat niet heeft gedaan, is de rechtbank, zij het op andere gronden, terecht tot het oordeel gekomen dat in het besluit niet deugdelijk is gemotiveerd waarom zich als gevolg van de waterkrachtcentrale geen achteruitgang in toestandklasse zal voordoen. Het in de reactie op het deskundigenbericht door de minister ingenomen standpunt dat het voldoende is dat met het aan te leggen visgeleidingssysteem wordt voorkomen dat een achteruitgang in toestandklasse optreedt en hij derhalve niet hoefde te toetsen aan "Deel 2 toetsingskader watertype afhankelijk", leidt niet tot een ander oordeel. Zonder nadere motivering kan immers niet worden vastgesteld of met de aanleg van een visgeleidingssysteem, waarvan vaststaat dat het de negatieve effecten van de turbines niet volledig compenseert, een achteruitgang in toestandklasse wordt voorkomen. Het in beroep door de minister ingenomen standpunt dat de aanvraag ook aan "Deel 2 toetsingskader watertype afhankelijk" voldoet, kan niet worden gevolgd omdat dat standpunt niet ten grondslag is gelegd aan het genomen besluit en een deugdelijke motivering ontbeert. In dit verband is voorts van belang dat, zoals in rechtsoverweging 2.8.2 is overwogen, de minister de uitgestelde vissterfte ten onrechte niet in de besluitvorming heeft betrokken.

Het betoog faalt.

2.23. sportvisserij nederland heeft voor het eerst in hoger beroep strijd van het Bprw met de Kaderrichtlijn Water en het achterwege laten van een toets aan het Bprw wat betreft de chemische aspecten naar voren gebracht. Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak, er geen reden is waarom sportvisserij nederland dit niet reeds bij de rechtbank had kunnen aanvoeren en zij dit, gelet op de functie van het hoger beroep, had behoren te doen, dient deze beroepsgrond buiten beschouwing te blijven.

Conclusie

2.24. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zijn de hoger beroepen van Visstandverbetering Maas en WKC ongegrond en de hoger beroepen van sportvisserij nederland en de staatssecretaris gegrond. Nu echter de beslissing van de rechtbank juist is, dient de aangevallen uitspraak, met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd.

2.25. De staatssecretaris dient ten aanzien van sportvisserij nederland op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

### 3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart de hoger beroepen van de vereniging sportvisserij nederland en de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu gegrond;

II. verklaart de hoger beroepen van de vereniging Visstandverbetering Maas en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Waterkrachtcentrale (WKC) Borgharen B.V. ongegrond;

III. bevestigt de aangevallen uitspraak;

IV. veroordeelt de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu tot vergoeding van bij de vereniging sportvisserij nederland in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 874,00 (zegge: achthonderdvierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

V. gelast dat de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu aan de vereniging sportvisserij nederland het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 454,00 (zegge: vierhonderdvierenvijftig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. W.D.M. van Diepenbeek, voorzitter, en mr. W. Sorgdrager en mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck, leden, in tegenwoordigheid van mr. J.A.A. van Roessel, ambtenaar van staat.

w.g. Van Diepenbeek w.g. Van Roessel  
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 8 februari 2012

457.

---