

AB 2018/39

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE
RAAD VAN STATE

6 december 2017, nr. 201704661/1/A1

(Mrs. H.G. Lubberdink, S.F.M. Wortmann, D.J.C.
van den Broek)

m.nt. H.F.M.W. van Rijswick

Art. 2 aanhef lid 1 en 6 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, M (2009) 1; art. 4 lid 1 onder a (i t/m iii) Kaderrichtlijn water; art. 6.2, 6.5 onder a, b en c Waterwet; Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren.

ECLI:NL:RVS:2017:3353

Uitgaande van een worst case-scenario dat ook werkelijk plaats zou kunnen vinden, aannemelijk is dat aan de gestelde norm voor smolts kan worden voldaan. Vissen met verwondingen die niet noodzakelijkerwijs tot de dood zullen leiden, worden bij de bepaling van de (indirecte) vissterfte niet meegerekend, omdat de eventuele dood van deze vissen niet meer direct aan de waterkrachtcentrale zal kunnen worden toegerekend. Nu het causale verband tussen het passeren van de waterkrachtcentrale en de vissterfte bij deze laatste categorie beschadigingen moeilijk is aan te tonen, is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de minister in redelijkheid deze categorie heeft mogen uitsluiten. Voorts is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het voorschrift in zoverre voldoende rechtszeker is.

Een bepaling in de vergunning over een beperking van eventuele schadevergoeding is niet op rechtsgevolg gericht.

Worst-case scenario: 'Gelet op hetgeen onder 7.1 is overwogen, ziet de Afdeling zich voor de vraag gesteld of, uitgaande van een worst case-scenario dat zich ook werkelijk voor zal kunnen doen, aannemelijk is dat aan de in voorschrift 5 gestelde normen kan worden voldaan. (...)'. Een effectiviteit van 88% (van het visgeleidingssysteem) zou betekenen dat, ook indien moet worden uitgegaan van de door de StAB gehanteerde waarden, aan de gestelde normen zou kunnen worden voldaan. Zoals hiervoor echter is overwogen, moet wat betreft het aantal smolts dat de waterkrachtcentrale zal passeren en het aantal smolts dat door de turbine geraakt zal

worden en daardoor zal sterven, van een wat lagere waarde uitgegaan worden dan de rechtbank in navolging van de StAB heeft gedaan. Verder is van belang dat, zoals de StAB heeft opgemerkt, onwaarschijnlijk is dat alle waarden zich tegelijkertijd 'worst case' voor zullen doen. Gelet op deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat uitgaande van een worst case-scenario dat ook werkelijk plaats zou kunnen vinden, aannemelijk is dat aan de gestelde norm voor smolts kan worden voldaan. Zoals onder 7.2 is overwogen, is niet in geschil dat daarmee ook aannemelijk is dat aan de gestelde normen voor andere vissen kan worden voldaan. Indirecte vissschade en rechtszekerheid: De in vergunningvoorschrift 5 gestelde normen zijn gebaseerd op art. 5 van de beleidsregel. In de toelichting bij de beleidsregel staat dat de norm ziet op alle vissterfte, inclusief de indirecte vissterfte, zolang deze bekend is. In geschil is of vergunningvoorschrift 5 ook op indirecte vissterfte ziet.

De in het voorschrift gestelde norm ziet op vissschade. Ter zitting is door de minister toegelicht dat 'vissschade' zowel ziet op vissen die direct aan hun verwondingen doodgaan, als op vissen die door het passeren van de waterkrachtcentrale zodanige beschadigingen oplopen, dat vrijwel zeker is dat zij hieraan op een later moment zullen sterven. Deze verwondingen worden omschreven in lid 9 van voorschrift 5. Het voorschrift ziet daarmee dus ook op indirecte vissterfte. Vissen met verwondingen die niet noodzakelijkerwijs tot de dood zullen leiden, worden bij bepaling van de (indirecte) vissterfte niet meegerekend, omdat de eventuele dood van deze vissen niet meer direct aan de waterkrachtcentrale zal kunnen worden toegerekend. Nu het causale verband tussen het passeren van de waterkrachtcentrale en de vissterfte bij deze laatste categorie beschadigingen moeilijk is aan te tonen, is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de minister in redelijkheid deze categorie heeft mogen uitsluiten. Voorts is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het voorschrift in zoverre voldoende rechtszeker is.

Schadevergoeding: In de overwegingen van de verleende vergunning staat, kort weergegeven, dat indien werkzaamheden aan de stuw zullen plaatsvinden dan wel de stuw geheel verplaatst zal worden, de eventuele kosten die dat voor WKC Borgharen met zich zal brengen, in beginsel niet gecompenseerd zullen worden. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is het bovenstaande geen op zelfstandig rechtsgevolg gericht onderdeel van het besluit. Zoals de minister terecht betoogt, is beantwoording van de vraag of WKC Borgharen bij werkzaamheden aan of verplaatsing van de stuw aanspraak zou kunnen maken op financiële compensatie, thans niet aan de orde. Dit maakt geen

onderdeel uit van de aanvraag en is evenmin deel van het dictum van het besluit.'

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. De Minister van Infrastructuur en Milieu, thans: de minister van Infrastructuur en Waterstaat,

2. Waterkrachtcentrale Borgharen B.V., te Maastricht (hierna: WKC Borgharen), appellanten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 25 april 2017 in 16/1738, 16/1745, 16/1748, 16/1749, 16/1751 en 16/1752 in het geding tussen:

WKC Borgharen, vereniging Sportvisserij Nederland, te Amersfoort,

vereniging Sportvisserij Limburg, te Roermond, Stichting Visserijbeheercommissie Roerdal, te Roerdalen (hierna: VBC Roerdal),

Eco Energie Advies en Projectontwikkeling C.V., te Maria Hoop, vereniging Visstandverbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij, te Maastricht, (hierna: Visstandverbetering Maas),

en

De minister.

Procesverloop

Bij besluit van 1 juli 2015 heeft de minister aan WKC Borgharen vergunning verleend voor de bouw en exploitatie van een waterkrachtcentrale in de rivier de Maas ter hoogte van de stuw bij Borgharen.

De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (hierna: de StAB) heeft desverzocht aan de rechtbank op 3 januari 2017 een deskundigenbericht uitgebracht.

Bij uitspraak van 25 april 2017 heeft de rechtbank het door Eco Energie tegen het besluit van 1 juli 2015 ingestelde beroep ongegrond verklaard. De rechtbank heeft verder de door WKC Borgharen, Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg, VBC Roerdal en Visstandverbetering Maas ingestelde beroepen gegrond verklaard en het besluit van 1 juli 2015 vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben de minister en WKC Borgharen hoger beroep ingesteld.

Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg, VBC Roerdal, Visstandverbetering Maas en Eco Energie hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De minister, WKC Borgharen, Visstandverbetering Maas, Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg en VBC Roerdal hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 november 2017, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. H.J.M. Besselink, advocaat te Den Haag, ir. H.S. Bakker, ing. R.M.I. Kwanten, mr. dr. ir. J.J.H. van Kempen, ir. F.T. Vriese en mr. D.D. Martini, WKC Borgharen, vertegenwoordigd door mr. A.H. Gaastra, advocaat te Schiphol, gemachtigden, Visstandverbetering Maas, vertegenwoordigd door mr. H.P.J.G. Berkens, Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg en VBC Roerdal, alle vertegenwoordigd door mr. C.N. van der Sluis, advocaat te Rotterdam, gemachtigde, mr. R.R. Bil, gemachtigden, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. WKC Borgharen wil een waterkrachtcentrale realiseren in de rivier de Maas, nabij de stuw te Borgharen. Door middel van deze waterkrachtcentrale zal energie opgewekt worden. De gevraagde vergunning ziet op de bouw van een turbinehuis met daarin één dubbelgeregelde Kaplan turbine met een capaciteit van maximaal 50 m³/s. Verder worden er aan- en afvoerkanaal aangelegd. Om zoveel mogelijk vissterfte door de waterkrachtcentrale te voorkomen, ziet de aanvraag voorts op een vistrap voor de stroomopwaartse vismigratie en een visgeleidingssysteem voor de stroomafwaartse vismigratie. De reeds bestaande visbekentrap wordt grotendeels verwijderd. Voorts wordt, om te voorkomen dat vissen naar de turbine toe kunnen zwemmen, onder een hoek van 55° een rooster met staafafstanden van 15 mm geplaatst. De activiteiten heeft de minister vergund door op grond van artikel 6.2 en artikel 6.5 onder a, b en c, van de Waterwet, aan WKC Borgharen vergunning te verlenen voor het onttrekken aan en het brengen van water in de Maas, het brengen van stoffen in de Maas, het gebruikmaken van het rijkswaterstaatwerk de Maas door daarin een waterkrachtcentrale met bijbehorende werken te maken en te behouden en het onttrekken van grondwater ten behoeve van het droogmaken van de bouwput.

Wettelijk kader vergunningverlening

2. Artikel 6.2, eerste lid, van de Waterwet luidt:

“Het is verboden om stoffen te brengen in een oppervlaktewaterlichaam, tenzij:

a. een daartoe strekkende vergunning is verleend door Onze Minister of, ten aanzien van regionale wateren, het bestuur van het betrokken waterschap;
[...].”

Artikel 6.5 luidt:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan 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:

- 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.”

Artikel 6.21 luidt:

“Een vergunning wordt geweigerd, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen in artikel 2.1 [...]”

Artikel 2.1, eerste lid, luidt:

- “De toepassing van deze wet is 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.”

Eco Energie

3. Voor zover Eco Energie in haar stuk van 25 juni 2017 de Afdeling verzoekt ambtshalve rekening te houden met de door haar aangedragen gronden, overweegt de Afdeling dat deze gronden geen ambtshalve te beoordelen aspecten betreffen. Aangezien Eco Energie uitdrukkelijk geen hoger beroep heeft ingesteld, komt de Afdeling niet aan behandeling van de door Eco Energie aangedragen gronden toe.

Vissterfte

4. Vis die de waterkrachtcentrale passeert, loopt een verhoogd risico om te sterven. Om dit zoveel mogelijk te voorkomen, worden verscheidene maatregelen getroffen. Op grond van artikel 5, eerste lid, van de beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren (hierna: de beleidsregel) mag het in bedrijf hebben van een waterkrachtcentrale niet leiden tot een cumulatieve vissterfte van meer dan 10% voor zalm (smolts) en schieraal in het relevante

gebied. Het relevante gebied beslaat hier het gebied vanaf Eijsden tot en met Lith. In dit gebied bevinden zich reeds de waterkrachtcentrales Linne en Lith. Niet in geschil is dat deze waterkrachtcentrales tezamen al meer dan 10% vissterfte veroorzaken. Op grond van artikel 5, tweede lid, van de beleidsregel mag een vergunning voor een nieuwe waterkrachtcentrale dan alleen verleend worden indien de vissterfte veroorzaakt door deze waterkrachtcentrale ten hoogste 0,1% voor zalm (smolts) en schieraal bedraagt. De minister heeft deze normen in vergunningvoorschrift 5, derde lid, opgenomen.

5. De rechtbank heeft geconcludeerd dat getoetst moet worden of in een worst-case scenario voldaan wordt aan de normen voor maximale vis schade zoals opgenomen in voorschrift 5, derde lid. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat uit de tekst van dit voorschrift volgt dat de daarin voorgeschreven norm op geen enkel moment mag worden overschreden en dat uit de toelichting bij de beleidsregel volgt dat de in de vergunning opgenomen norm, die is gebaseerd op de beleidsregel, strikt moet worden geïnterpreteerd. De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat de minister niet deugdelijk heeft gemotiveerd dat aan de gestelde normen kan worden voldaan.

6. Artikel 4 van de beleidsregel luidt:

“Een watervergunning voor een waterkrachtcentrale kan slechts verleend worden, indien de waterkrachtcentrale voldoet aan de maximale beschikbare mogelijkheden van visbescherming voor stroomafwaartse migratie en indien eventuele negatieve effecten op de stroomopwaartse vismigratie gecompenseerd worden.”

Artikel 5 luidt:

“1. Onverminderd de in artikel 4 genoemde vereisten, kan 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.

2. In afwijking van het eerste lid kan 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.

[...].”

6.1. Voorschrift 5 van de vergunningvoorschriften luidt:

“1. De waterkrachtcentrale dient voorzien te zijn van een goed functionerend visgeleidingssysteem conform de best beschikbare techniek.

2. De vergunninghouder dient ernaar te streven om de sterfte van alle vissoorten tot 0% te reduceren (inspanningsverplichting).

3. Het in lid 1 van dit voorschrift genoemde visgeleidingssysteem dient zodanig te functioneren dat te allen tijde ten minste wordt voldaan aan de volgende eisen (resultaatsverplichting):

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

[...].

7. De in lid 3 van dit voorschrift genoemde vissschade wordt bepaald als het percentage van de som van het totaal aantal vissen van de betreffende vissoort of levensstadium dat door de turbines en de bypasses passeert. [...] De berekening geldt als het gemiddelde van alle etmaaldebieten gedurende één vismigratieperiode en gedurende de dagen dat voor de bepaling van de maximale vissschade gemonitord wordt.

[...].

9. De in lid 3 van dit voorschrift genoemde vissschade betreft enkel de directe vissschade als gevolg van ‘verse’ beschadigingen, zoals doorsnijding, bloeditstoringen, wervelbreuk en weefselschade. Vissen die al langere tijd dood zijn (doffe ogen, grauw kieuwweefsel en slijmerige huid) worden niet tot directe schade gerekend. Indirecte schade met uitgestelde sterfte telt niet mee in deze berekening.

[...].”

7. WKC Borgharen en de minister betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat de minister niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom de gevraagde vergunning kon worden verleend. Zij voeren daartoe aan dat de rechtbank in navolging van de StAB bij beoordeling van de vraag of kan worden voldaan aan de

in vergunningvoorschrift 5, derde lid, opgenomen norm voor de maximale vissschade, ten onrechte is uitgegaan van een worst-case scenario, waarbij het gehanteerde worst-case scenario ook nog eens een scenario betreft dat in de praktijk nooit zal voorkomen.

7.1. Niet in geschil is dat bij de beoordeling van de aangevraagde waterkrachtcentrale niet kan worden uitgegaan van vaststaande gegevens. Er moet dan ook gebruik worden gemaakt van aannames, met de daarbij behorende marges. Voorts zijn er verschillende onzekere factoren die niet door WKC Borgharen kunnen worden beïnvloed, zoals het wisselende debiet van de Maas en het soort en de aard en omvang van de vissen in de Maas. Gelet op deze omstandigheden en de daaruit voortvloeiende onzekerheden, is de rechtbank bij haar beoordeling terecht uitgegaan van een worst-case scenario. Daarbij gaat het wel om een worst-case scenario dat zich in de praktijk werkelijk zal kunnen voordoen. Dat uit voorschrift 5 en de toelichting bij de beleidsregel volgt dat altijd aan de norm moet worden voldaan, maakt dat niet anders, nu dat niet betekent dat de norm in geen enkele, ook louter theoretische situatie overschreden mag worden.

Voor beantwoording van de vraag of de minister de vergunning heeft mogen verlenen, is de StAB in het kader van de beoordeling van de vissterfte ingegaan op een aantal factoren. Voor elke factor heeft de StAB een waarde bepaald. De rechtbank heeft de door de StAB gehanteerde waarden overgenomen. Uit het StAB-advies volgt echter dat onwaarschijnlijk is dat deze waarden allemaal tegelijkertijd zullen optreden. Bovendien is bij het bepalen van de waarden als uitgangspunt gehanteerd dat uitgegaan moet worden van de meest strenge waarden, ook indien onwaarschijnlijk is dat deze waarden zich in de praktijk voor zullen doen. Het door de rechtbank gehanteerde worst-case scenario acht de Afdeling, gezien het voorgaande, geen worst-case scenario dat zich werkelijk voor zal kunnen doen en daarom niet het juiste beoordelingsscenario.

7.2. Gelet op hetgeen onder 7.1 is overwogen, ziet de Afdeling zich voor de vraag gesteld of, uitgaande van een worst-case scenario dat zich ook werkelijk voor zal kunnen doen, aannemelijk is dat aan de in voorschrift 5 gestelde normen kan worden voldaan. Ter zitting is vastgesteld dat niet in geschil is dat als voldaan kan worden aan de gestelde norm voor smolts, ook voor andere vissen de norm kan worden gehaald. De Afdeling zal daarom hierna alleen ingaan op de vraag of aannemelijk is dat aan de gestelde norm voor smolts kan worden voldaan.

Voor beantwoording van de vraag of aan de norm kan worden voldaan, acht de StAB vier fac-

toren van belang. Ten eerste is van belang welk deel van de stroomafwaarts migrerende smolts richting de waterkrachtcentrale zwemt. Vervolgens is relevant hoeveel van deze smolts dusdanig klein zijn dat zij het voor de waterkrachtcentrale geplaatste rooster kunnen passeren. Ten derde is van belang welk aandeel van de smolts die klein genoeg zijn om het rooster te kunnen passeren, dit ook echt zal doen in plaats van gebruik te maken van de bypasses. Ten slotte speelt mee welke schade de turbine veroorzaakt als een smolt hierlangs zwemt.

7.2.1. De waterkrachtcentrale wordt gesitueerd naast een reeds bestaande stuw. De stroomafwaarts migrerende smolts kunnen via de stuw verder trekken of via de waterkrachtcentrale. De StAB gaat ervan uit dat, uitgaande van een gemiddeld waterdebiet bij Borgharen in april van 257 m³/s, 20% van de smolts ervoor zal kiezen de waterkrachtcentrale te passeren. Op grond van het rapport "Advies waterkrachtcentrale Borgharen 2014" van atkb adviesbureau voor bodem, water en ecologie van 4 september 2014 (hierna: het atkb-rapport van 4 september 2014) gaat de minister ervan uit dat een percentage van 7 realistisch is. Dit verschil is te verklaren doordat de minister rekening houdt met de resultaten uit een onderzoek van M. Larinier en O. Croze uit 1999: "Étude du comportement de smolts de saumon atlantique (Salmo Salar L.) au niveau de la prise d'eau de l'Usine Hydroélectriques de Pointis sur la Garonne et estimation de la dévalaison au niveau du barrage de Rodère". Uit dit onderzoek volgt dat smolts bij voorkeur de sterkste stroming volgen, en die is bij de stuw. De StAB heeft dit zogenoemde Larinier-effect niet bij haar beoordeling betrokken, omdat het onderzoek is uitgevoerd met een klein aantal smolts en niet bekend is of de resultaten zijn bevestigd door een ander, onafhankelijk onderzoek. Dat het Larinier-effect bestaat, wordt door de StAB niet ontkend, maar volgens haar bestaat onzekerheid over de mate waarin dit effect in de situatie van Borgharen optreedt.

Gelet op het advies van de StAB is aannemelijk dat het Larinier-effect, hoewel lastig te kwantificeren is in welke mate dat precies het geval zal zijn, zich in enige mate voor zal doen. De Afdeling acht het daarom redelijk het Larinier-effect bij de beoordeling te betrekken. Daar staat tegenover dat Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg, VBC Roerdal en Visstandverbetering Maas hebben aangevoerd dat de minister er ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden dat het waterdebiet in april de laatste jaren minder is geweest dan 257 m³/s. De minister heeft weliswaar, zoals ook door de minister ter zitting is bevestigd, mogen uitgaan van een langjarig gemid-

delde, maar hij heeft daarbij niet de meest recente jaren betrokken. De minister heeft niet inzichtelijk gemaakt waarom gelet op het waterdebiet van de laatste jaren van een waterdebiet van 257 m³/s kan worden uitgegaan. Gelet op het voorgaande acht de Afdeling aannemelijk dat het percentage minder zal bedragen dan 20, maar meer dan 6,7.

7.2.2. Zowel de StAB als de minister gaat ervan uit dat 60% van het aantal vissen dat de waterkrachtcentrale passeert, klein genoeg is om door het rooster heen te zwemmen. Volgens WKC Borgharen dient uitgegaan te worden van 41,6%. WKC Borgharen is tot dit percentage gekomen door te kijken naar het (gewogen) gemiddelde aantal smolts in de Roer en de Ourthe dat kleiner was dan 15 cm in de periode 2009-2012. In het StAB-advies staat echter dat niet uitgesloten is dat op enig moment een hoger percentage zal gelden dan 41,6, nu in 2009 80% van de smolts in de Ourthe kleiner was dan 15 cm. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank niet aan had kunnen sluiten bij de door de StAB gehanteerde waarde van 60%.

7.2.3. Verder is van belang hoeveel procent van de smolts die door het rooster zwemmen, door de turbine geraakt zal worden en zal sterven. De StAB gaat uit van een percentage van 7, de minister gaat, op grond van het atkb-rapport van 4 september 2014, uit van 2% en volgt daarmee het door WKC Borgharen gehanteerde percentage. De StAB baseert haar cijfer op de turbinesterfte bij de waterkrachtcentrale Linne. WKC Borgharen voert aan dat, zoals neergelegd in de bedrijfsbeschrijving van 29 mei 2014 bij de aanvulling van de aanvraag voor de watervergunning, de waterkrachtcentrale bij Linne veel minder visvriendelijk is dan de vergunde waterkrachtcentrale bij Borgharen. Volgens WKC Borgharen is de vergunde waterkrachtcentrale het best te vergelijken met de waterkrachtcentrale Bonnevilleledam in de Verenigde Staten. WKC Borgharen heeft niet de gemeten visschade bij Bonnevilleledam één op één overgenomen, maar met behulp van de zogenoemde Von Raben-formule uitgerekend wat, gezien de verschillen tussen Bonnevilleledam en de waterkrachtcentrale bij Borgharen, de te verwachten turbinesterfte zal zijn. Deze formule houdt rekening met geometrische waarden van de turbine en verdisconteert daardoor de verschillen tussen de beoogde waterkrachtcentrale bij Borgharen en de Bonnevilleledam. Naar aanleiding van deze formule komt WKC Borgharen op een te verwachten visschade van 1,5%, hetgeen, zo is ter zitting gesteld, door de minister is afgerond op 2%.

Gelet op de overgelegde gegevens met betrekking tot de waterkrachtcentrales bij Borgharen,

Linne en Bonneville-dam en de daarop gebaseerde berekening met de Von Raben-formule, acht de Afdeling aannemelijk dat voor een worst-case scenario moet worden uitgegaan van een sterftecijfer door de turbine van minder dan 7%.

7.2.4. De StAB heeft op grond van de hierboven behandelde factoren en de door de StAB gehanteerde waarden berekend hoe effectief het visgeleidingssysteem moet zijn om aan de norm te kunnen voldoen. Volgens de StAB is dit het geval, indien ten hoogste 12% van de smolts die klein genoeg zijn om door het rooster te gaan, dit ook echt zal doen. De conclusie van de StAB is dat het niet is uitgesloten dat het visgeleidingssysteem voor 88% effectief is.

Ter zitting heeft de minister uiteengezet dat uit onderzoek van deskundige M.C.M. Bruijs volgt dat de effectiviteit van visgeleidingssystemen tussen de 40% en de 100% ligt. Twee van de door hem onderzochte systemen vertonen grote gelijkenschappen met het vergunde visgeleidingssysteem. Uit het onderzoek volgt dat voor deze systemen de effectiviteit tussen de 80% en de 95% ligt. Voorts volgt, zo staat in de bedrijfsbeschrijving, uit voornoemd onderzoek van Larinier & Croze dat bij een rooster met een spijlfstand van 25 mm en een slechter visgeleidingssysteem dan hier vergund, een effectiviteit van 100% is gemeten. Gelet op het voorgaande acht de Afdeling aannemelijk dat het visgeleidingssysteem voor ten minste 88% effectief zal zijn.

Een effectiviteit van 88% zou betekenen dat, ook indien moet worden uitgegaan van de door de StAB gehanteerde waarden, aan de gestelde normen zou kunnen worden voldaan. Zoals hiervoor echter is overwogen, moet wat betreft het aantal smolts dat de waterkrachtcentrale zal passeren en het aantal smolts dat door de turbine geraakt zal worden en daardoor zal sterven, van een wat lagere waarde uitgegaan worden dan de rechtbank in navolging van de StAB heeft gedaan. Verder is van belang dat, zoals de StAB heeft opgemerkt, onwaarschijnlijk is dat alle waarden zich tegelijkertijd 'worst-case' voor zullen doen. Gelet op deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat uitgaande van een worst-case scenario dat ook werkelijk plaats zou kunnen vinden, aannemelijk is dat aan de gestelde norm voor smolts kan worden voldaan. Zoals onder 7.2 is overwogen, is niet in geschil dat daarmee ook aannemelijk is dat aan de gestelde normen voor andere vissen kan worden voldaan.

Het betoog slaagt.

Overige factoren

8. Uit de stukken kan worden opgemaakt dat naast sterfte veroorzaakt door het in aanraking komen met de bladen van de turbine bij

stroomafwaartse migratie, ten eerste van belang is in hoeverre vissen zullen sterven doordat ze tegen het rooster aangedrukt worden en vervolgens vanwege de stroming niet meer weg kunnen zwemmen (impingement), daarnaast doordat vissen door het rooster heen gezogen worden (entrainment) en ten slotte vanwege stroomopwaartse migratie. Gelet op het visgeleidingssysteem, de lage aanstroomsnelheid en de voorschriften met betrekking tot het schoonhouden van het rooster, acht de Afdeling het niet aannemelijk dat een relevant aantal vissen door impingement of entrainment dood zal gaan.

Ten aanzien van stroomopwaartse migratie door salmoniden overweegt de Afdeling dat de vissen daarvoor gebruik kunnen maken van de vistrap. Dat gedurende de bouw van de waterkrachtcentrale geen vistrap voor de stroomopwaartse migratie aanwezig zal zijn, wordt onderzocht, doordat, zo is ter zitting toegelicht, gebouwd zal worden in een periode van het jaar waarin salmoniden nauwelijks stroomopwaarts migreren. De Afdeling acht verder, gelet op het rapport "Reactie op het rapport van BFS over de nieuw te realiseren WKC te Borgharen" van atkb van 1 augustus 2016, aannemelijk dat salmoniden zelden zullen proberen via de turbine stroomopwaarts te migreren.

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling ook in zoverre aannemelijk dat aan de gestelde normen voor vissterfte kan worden voldaan.

Indirecte vissterfte

9. De minister en WKC Borgharen betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat voorschrift 5, negende lid, onvoldoende rechtszeker is en dat de minister onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de uitgestelde vissterfte vanwege lichte beschadigingen verwaarloosbaar is.

9.1. De in vergunningvoorschrift 5 gestelde normen zijn gebaseerd op artikel 5 van de beleidsregel. In de toelichting bij de beleidsregel staat dat de norm ziet op alle vissterfte, inclusief de indirecte vissterfte, zolang deze bekend is. In geschil is of vergunningvoorschrift 5 ook op indirecte vissterfte ziet.

De in het voorschrift gestelde norm ziet op visschade. Ter zitting is door de minister toegelicht dat 'visschade' zowel ziet op vissen die direct aan hun verwondingen doodgaan, als op vissen die door het passeren van de waterkrachtcentrale zodanige beschadigingen oplopen, dat vrijwel zeker is dat zij hieraan op een later moment zullen sterven. Deze verwondingen worden omschreven in het negende lid van voorschrift 5. Het voorschrift ziet daarmee dus ook op indirecte vissterfte. Vissen met verwondingen die niet nood-

zakelijkerwijs tot de dood zullen leiden, worden bij bepaling van de (indirecte) vissterfte niet meegerekend, omdat de eventuele dood van deze vissen niet meer direct aan de waterkrachtcentrale zal kunnen worden toegerekend. Nu het causale verband tussen het passeren van de waterkrachtcentrale en de vissterfte bij deze laatste categorie beschadigingen moeilijk is aan te tonen, is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de minister in redelijkheid deze categorie heeft mogen uitsluiten. Voorts is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het voorschrift in zoverre voldoende rechtszeker is.

Het betoog slaagt.

Tussenconclusie

10. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, acht de Afdeling aannemelijk dat aan de gestelde normen voor maximale visschade kan worden voldaan en dat de vergunningvoorschriften ter zake toereikend en voldoende rechtszeker zijn.

Schadevergoeding

11. De minister betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat de verleende vergunning in strijd met artikel 3.4, eerste lid, van de Awb de mogelijke verplichting tot voldoening van schadevergoeding inperkt. De minister voert aan dat de desbetreffende overweging uit de vergunning niet op rechtsgevolg is gericht en dat daarom hier tegen geen beroep kon worden ingesteld.

11.1. In de overwegingen van de verleende vergunning staat, kort weergegeven, dat indien werkzaamheden aan de stuw zullen plaatsvinden dan wel de stuw geheel verplaatst zal worden, de eventuele kosten die dat voor WKC Borgharen met zich zal brengen, in beginsel niet gecompenseerd zullen worden.

11.2. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is het bovenstaande geen op zelfstandig rechtsgevolg gericht onderdeel van het besluit. Zoals de minister terecht betoogt, is beantwoording van de vraag of WKC Borgharen bij werkzaamheden aan of verplaatsing van de stuw aanspraak zou kunnen maken op financiële compensatie, thans niet aan de orde. Dit maakt geen onderdeel uit van de aanvraag en is evenmin deel van het dictum van het besluit.

Het betoog slaagt.

Conclusie hoger beroepen

12. De hoger beroepen van de minister en WKC Borgharen zijn gegrond.

Gronden rechtbank

13. Aangezien de hoger beroepen gegrond zijn, zal de Afdeling alsnog de bij de rechtbank

aangevoerde beroepsgronden beoordelen, voor zover de rechtbank daaraan niet is toegekomen.

14. Wat betreft het betoog van Sportvisserij Nederland dat de verleende vergunning in strijd is met artikel 2, aanhef, eerste 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), overweegt de Afdeling als volgt. Daargelaten of deze bepaling rechtstreekse werking heeft, staat in dit artikel dat geen waterkrachtcentrales mogen worden gebouwd, tenzij voorzien wordt in een oplossing voor vrije vismigratie. Gelet op de getroffen maatregelen, met name de verschillende bypasses, is met de verleende vergunning hierin voorzien. Er bestaat dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de vergunning in strijd met de Beschikking is verleend. Het betoog faalt reeds daarom. Hetzelfde gaat op voor het betoog van Sportvisserij Nederland en Visstandverbetering Maas dat de vergunning is verleend in strijd met het Aalbeheerplan. Daargelaten of strijd met het Aalbeheerplan tot vernietiging van het besluit kan leiden, staat in het Aalbeheerplan niet dat geen nieuwe waterkrachtcentrales mogen worden gebouwd, maar dat bij de bouw van een nieuwe waterkrachtcentrale ook een visgeleidingssysteem moet worden gerealiseerd, hetgeen hier het geval is.

15. Ten aanzien van het betoog van Sportvisserij Nederland en Visstandverbetering Maas dat de minister advies had moeten vragen aan de bestuursorganen die krachtens de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora en Faunawet bevoegd zijn vergunningen te verlenen ten behoeve van het project, overweegt de Afdeling dat de Waterwet niet de verplichting kent een dergelijk advies te vragen. Het betoog faalt.

16. Sportvisserij Nederland en Visstandverbetering Maas hebben verder betoogd dat de minister niet heeft gemotiveerd waarom geen sprake zou zijn van nadelige gevolgen voor het milieu die tot het opstellen van een milieueffectrapport zouden moeten leiden.

16.1. In het verweerschrift bij de rechtbank heeft de minister uiteengezet dat hij aan de hand van de in artikel 2, vijfde lid, aanhef en onder b, van het Besluit milieueffectrapportage genoemde selectiecriteria beoordeeld heeft of het nodig zou zijn om een m.e.r.-beoordeling te doorlopen en geconcludeerd dat dit niet het geval is. De minister heeft daartoe overwogen dat de belangrijkste milieu-effecten die zouden kunnen optreden de gevolgen voor vissen betreffen. Op dat gebied is alle redelijkerwijs te verkrijgen informatie be-

schikbaar en daaraan is de aanvraag getoetst. Uit die toetsing blijkt dat de visschade nihil zal zijn. De waterkrachtcentrale heeft voorts geen invloed op de chemische waterkwaliteit en er zijn geen hydromorfologische gevolgen omdat de waterkrachtcentrale in een al bestaande stuw zal worden gerealiseerd. Omdat de waterkrachtcentrale zich grotendeels onder water zal bevinden heeft deze geen invloed op landschap, landgebruik of landschappelijke waarden. De waterkrachtcentrale zal voorts geen verkeersaantrekkende werking van enige betekenis hebben en geen invloed hebben op de luchtkwaliteit. Verder zal er geen geluidbelasting optreden, omdat het geluid van het vallen van het water over de stuw harder is. Er zullen ten slotte geen effecten zijn op de grondwaterstand, omdat het tijdens de bouw onttrokken grondwater snel zal worden aangevuld en er geen bebouwing of infrastructuur op de zettingsgevoelige bodemlagen aanwezig is, en er zullen ook geen effecten op de bodemkwaliteit zijn.

Gelet op het voorgaande heeft de minister voldoende gemotiveerd waarom het opstellen van een milieueffectrapport niet noodzakelijk is.

Het betoog faalt.

17. Wat betreft het betoog van Sportvisserij Nederland dat de vergunning is verleend in strijd met de zogenoemde motie Jacobi/Van Veldhoven, overweegt de Afdeling dat een motie bestuursorganen niet bindt. Het betoog faalt reeds daarom.

18. Ten slotte faalt het betoog van Sportvisserij Nederland dat de gevraagde activiteiten niet verenigbaar zijn met de maatschappelijke functies van de Maas, zoals de sportvisserij. De minister stelt zich op het standpunt dat de verschillende functies tegen elkaar zijn afgewogen en daarbij ook beoordeeld is wat het effect is van de waterkrachtcentrale op de vissterfte. Deze vissterfte is zo beperkt, dat de Afdeling geen aanleiding ziet voor het oordeel dat de activiteiten niet verenigbaar zijn met de maatschappelijke functies van de Maas.

19. Gelet op hetgeen onder 14 tot en met 18 is overwogen, geven de overige bij de rechtbank aangevoerde gronden geen aanleiding tot vernietiging van het besluit van 1 juli 2015.

Eindconclusie en proceskosten

20. Zoals hiervoor is overwogen, zijn de hoger beroepen gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover de uitspraak betrekking heeft op de beroepen van WKC Borgharen, Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg, VBC Roerdal en Visstandverbetering Maas. Dit betekent dat de uitspraak in stand blijft voor zover daarbij het beroep van Eco Energie ongegrond is verklaard. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen,

zal de Afdeling de beroepen van WKC Borgharen, Sportvisserij Nederland, Sportvisserij Limburg, VBC Roerdal en Visstandverbetering Maas tegen het besluit van 1 juli 2015 van de minister alsnog ongegrond verklaren. Dit betekent dat de verleende vergunning in stand blijft.

21. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

22. Redelijke toepassing van artikel 8:114 van de Awb brengt met zich dat de griffier van de Raad van State aan WKC Borgharen en de minister het door hen voor de behandeling van het hoger beroep betaalde griffierecht terugbetaalt.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart de hoger beroepen gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 25 april 2017 in 16/1738, 16/1745, 16/1748, 16/1749, 16/1751 en 16/1752, voor zover de uitspraak betrekking heeft op de beroepen van Waterkrachtcentrale Borgharen B.V., vereniging Sportvisserij Nederland, vereniging Sportvisserij Limburg, Stichting Visserijbeheercommissie Roerdal en vereniging Visstandverbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij;
- III. verklaart de door Waterkrachtcentrale Borgharen B.V., vereniging Sportvisserij Nederland, vereniging Sportvisserij Limburg, Stichting Visserijbeheercommissie Roerdal en vereniging Visstandverbetering Maas, organisatie tot behartiging van de belangen van de sportvisserij, bij de rechtbank ingestelde beroepen ongegrond;
- IV. bepaalt dat de griffier van de Raad van State aan Waterkrachtcentrale Borgharen B.V. het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 501 (zegge: vijfhonderdeen euro) voor de behandeling van het hoger beroep terugbetaalt.
- V. bepaalt dat de griffier van de Raad van State aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 501 (zegge: vijfhonderdeen euro) voor de behandeling van het hoger beroep terugbetaalt.

Noot

1. Deze uitspraak van 6 december 2017 is de uitspraak in hoger beroep, waarbij de rechtbankuitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland dateert van 25 april 2017 (AB 2017/178). Dat is al een compliment waard. Binnen iets meer dan zeven maanden is de hoger beroepszaak afgerond en de vergunning onherroepelijk. Welk land doet ons dat na?

Dat betekent overigens niet dat de vergunning-aanvrager snel uitsluitel heeft gekregen over de mogelijkheid de waterkrachtcentrale te mogen bouwen en exploiteren. De aanvraag van Arbra BV, de rechtsvoorganger van de huidige vergunningaanvrager WKC Borgharen, dateert van 7 april 2010. Op 19 oktober 2010 heeft verweerder de vergunning verleend. Bij uitspraak van 13 juli 2011 (ECLI:NL:RBMAA:2011:BR1582) heeft de Rechtbank Maastricht het door Arbra BV, 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 ABRvS de uitspraak van Rechtbank Maastricht bevestigd. De onderhavige vergunning is een aangevulde vergunning die opnieuw is beoordeeld en die op 13 oktober 2014 is verleend en waarover zoals gezegd op 25 april 2017 door de rechtbank werd geoordeeld.

Een tweede aspect dat opmerking verdient is dat de technisch-inhoudelijke aspecten zoveel eenvoudiger lijken dan in de eerdere uitspraken. Ikzelf vond de zaak behoorlijk lastig te doorgronden en was daar volgens mij niet de enige in. Van die complexiteit is in de Afdelingsuitspraak weinig meer terug te vinden. Appeltje eitje zou je zeggen. Een tweede compliment dus voor de wijze waarop de complexe materie in de uitspraak wordt verwoord.

2. Een van de redenen voor deze vereenvoudiging zou kunnen zijn dat een aantal aspecten uit de eerdere procedures niet meer ter discussie stond. Dat betreft bijvoorbeeld de vraag of de wijze waarop Nederland de Kaderrichtlijn water implementeert niet meer ter discussie stond. Kennelijk was dat geen beroepsgrond meer en konden alle partijen zich vinden in de uitleg van de Rechtbank Midden-Nederland die oordeelde dat de implementatie in overeenstemming met Europese vereisten is. Voor partijen is dat prettig, alhoewel ik wel benieuwd ben naar het oordeel van de Afdeling over de wijze waarop Nederland de Kaderrichtlijn water heeft geïmplementeerd.

3. De zaak spitst zich bij de Afdeling met name toe op de vraag hoe moet worden omgegaan met zogenaamde worst case-scenario's. WKC Borgharen en de minister betogen dat de rechtbank ten onrechte is uitgegaan van een worst case-scenario, en als men dan al uit zou moeten gaan van een worst case-scenario geen scenario moet worden gekozen dat in de praktijk nooit zal voorkomen. De Afdeling oordeelt dat wel moet worden uitgegaan van een worst case-scenario omdat 'bij de beoordeling van de aangevraagde waterkrachtcentrale niet kan worden uitgegaan van vaststaande gegevens. Er moet dan ook ge-

bruik worden gemaakt van aannames, met de daarbij behorende marges. Voorts zijn er verschillende onzekere factoren die niet door WKC Borgharen kunnen worden beïnvloed, zoals het wisselende debiet van de Maas en het soort en de aard en omvang van de vissen in de Maas. Gelet op deze omstandigheden en de daaruit voortvloeiende onzekerheden, is de rechtbank bij haar beoordeling terecht uitgegaan van een worst case-scenario.' Dus indien er sprake is van onzekerheden en omstandigheden die de vergunningaanvrager niet in de hand heeft is toepassing van een worst case-scenario het uitgangspunt. De Afdeling voegt daar echter aan toe: 'Daarbij gaat het wel om een worst case-scenario dat zich in de praktijk werkelijk zal kunnen voordoen. Dat uit voorschrift 5 en de toelichting bij de beleidsregel volgt dat altijd aan de norm moet worden voldaan, maakt dat niet anders, nu dat niet betekent dat de norm in geen enkele, ook louter theoretische situatie overschreden mag worden. (...) Bovendien is bij het bepalen van de waarden als uitgangspunt gehanteerd dat uitgegaan moet worden van de meest strenge waarden, ook indien onwaarschijnlijk is dat deze waarden zich in de praktijk voor zullen doen. Het door de rechtbank gehanteerde worst case-scenario acht de Afdeling, gezien het voorgaande, geen worst case-scenario dat zich werkelijk voor zal kunnen doen en daarom niet het juiste beoordelingsscenario.' In zijn annotatie bij ABRvS 25 oktober 2017 201605448/1/A1 (*Milieu en Recht* 2017/144) inzake de omgevingsvergunning voor het Rif-project in Rotterdam gaat van Kempen in op de al dan niet noodzakelijke toepassing van een worst case-scenario en onderscheidt daarbij verschillende varianten in de wijze van omgang met onzekere effecten. Bij een worst case-scenario worden voor de relevante parameters (bijvoorbeeld geproduceerd geluid, geëmitteerde stoffen, getroffen dieren, enz.) de meest ongunstige waarden ingevuld. Blijven de effecten van het project dan nog steeds binnen de grenzen van het acceptabele, dan kan onderbouwd worden dat het project doorgang kan vinden, ook al blijven de exacte waarden van de parameters onbekend omdat met zekerheid kan worden gesteld dat de effecten acceptabel zijn. Deze door van Kempen beschreven variant heeft niet als randvoorwaarde dat de mogelijke effecten niet alleen theoretisch maar ook in de praktijk niet op zullen kunnen treden. Vervolgens komt de variant aan de orde dat het verkrijgen van zekerheid omtrent de effecten niet altijd nodig is om een project toch doorgang te laten vinden. In deze variant wordt een zo goed mogelijke inschatting van de verwachte parameters gemaakt en op basis daarvan kan berekend worden wat het meest waarschijnlijke effect zal zijn. Als dat waarschijnlijke effect acceptabel is, kan het

project doorgang vinden. Het is in die gevallen niet volledig uitgesloten dat de effecten de grenzen van het acceptabele zullen overschrijden, maar dat is niet aannemelijk. Van Kempen verwijst naar vergelijkbare jurisprudentie waarin een worst case-scenario niet per se nodig is en dat ook uitgaan mag worden van een representatieve/normale/realistische situatie; zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2823; ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2341; ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2469 en ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2959. Dat is de invulling die de Afdeling bestuursrecht spraak in de onderhavige *Borgharen*-zaak lijkt te kiezen, met als aandachtspunt dat deze benadering nu onder de noemer 'worst case-scenario' wordt gebracht. Wat bij deze tweede benadering echter cruciaal is, is de mogelijkheid voor de vergunningaanvrager of exploitant om bij het optreden van niet verwachte negatieve effecten corrigerend op te kunnen treden. Deze randvoorwaarde wordt ook wel een mechanisme om 'de hand aan de kraan' te houden genoemd en wordt gezien als een pragmatische manier om bijvoorbeeld met het strikte voorzorgsbeginsel om te gaan. Uit de uitspraak van de rechtbank bleek echter dat juist een hand aan de kraan-benadering niet goed mogelijk is omdat er geen monitoringplan aanwezig is: "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." De Afdeling blijkt de afwezigheid van een monitoringsplan geen probleem te vinden, en ook het feit dat onduidelijk is of zo'n monitoringplan uitvoerbaar is lijkt geen reden de vergunning te vernietigen (althans er wordt in de uitspraak van de Afdeling verder niet op ingegaan, misschien dat in de tussentijdse zeven maanden wel een uitvoerbaar monitoringplan is ontwikkeld, maar dat lijkt geen aspect dat genoemd zou moeten worden).

4. Dan is er nog een aantal aspecten waarover de Afdeling diende te oordelen. Dit betreft de vraag of het voorschrift inzake indirecte vissterfte voldoende rechtszeker is. De in het voorschrift gestelde norm ziet op visschade. Ter zitting is door de minister toegelicht dat 'visschade'

zowel ziet op vissen die direct aan hun verwondingen doodgaan, als op vissen die door het passeren van de waterkrachtcentrale zodanige beschadigingen oplopen, dat vrijwel zeker is dat zij hieraan op een later moment zullen sterven. Deze verwondingen worden omschreven in lid 9 van voorschrift 5. Het voorschrift ziet daarmee dus ook op indirecte vissterfte. Vissen met verwondingen die niet noodzakelijkerwijs tot de dood zullen leiden, worden bij bepaling van de (indirecte) vissterfte niet meegerekend, omdat de eventuele dood van deze vissen niet meer direct aan de waterkrachtcentrale zal kunnen worden toegerekend. Nu het causale verband tussen het passeren van de waterkrachtcentrale en de vissterfte bij deze laatste categorie beschadigingen moeilijk is aan te tonen, is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de minister in redelijkheid deze categorie heeft mogen uitsluiten. Voorts is de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het voorschrift in zoverre voldoende rechtszeker is. Waarom het voorschrift voldoende rechtszeker is wordt niet nader toegelicht door de Afdeling. De rechtbank wees er op dat de rechtszekerheid vereist dat de verschillende categorieën van visschade duidelijk dienen te zijn en dat moet worden gemotiveerd waarom 'uitgestelde vissterfte als gevolg van lichte beschadiging (categorie 2) verwaarloosbaar is'. Kennelijk is de uitleg van de minister ter zitting voldoende om het voorschrift voldoende rechtszeker te maken. Ik heb daar een beetje moeite mee. Als zowel door appellanten, de Stab en de lagere rechters allemaal getwijfeld wordt aan de betekenis en duidelijkheid van het vergunningvoorschrift en de rechter oordeelt dat niet duidelijk is wat de verschillende categorieën van visschade precies betekenen, kan dat dan worden opgelost door een toelichting van de minister ter zitting bij de Raad van State? Wat nu als men niet in beroep was gegaan tegen de vergunning? Ik heb een voorkeur voor de formulering van vergunningvoorschriften die ook zonder zo'n toelichting (in hoger beroep!) voldoende duidelijk en dus rechtszeker zijn. Wel zo prettig voor eventuele toekomstige derden-belanghebbenden die bijvoorbeeld een verzoek om handhaving in willen dienen indien blijkt dat er toch meer vissen sterven dan voorzien was.

5. In de overwegingen van de verleende vergunning staat, kort weergegeven, dat indien werkzaamheden aan de stuw zullen plaatsvinden dan wel de stuw geheel verplaatst zal worden, de eventuele kosten die dat voor WKC Borgharen met zich zal brengen, in beginsel niet gecompenseerd zullen worden. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is de Afdeling van oordeel dat het bovenstaande geen op zelfstandig

rechtsgevolg gericht onderdeel van het besluit is, nu beantwoording van de vraag of WKC Borgharen bij werkzaamheden aan of verplaatsing van de stuw aanspraak zou kunnen maken op financiële compensatie, thans niet aan de orde is. De Afdeling oordeelt dat (een verzoek om) schadevergoeding geen onderdeel uitmaakt van de aanvraag en de opmerking over de schadevergoeding evenmin deel is van het dictum van het besluit. In mijn annotatie bij de rechtbankuitspraak ben ik op dit aspect al uitvoerig ingegaan en zal dat hier niet herhalen. Voor de zekerheid kan het dus geen kwaad een dergelijke overweging in een vergunning op te nemen.

6. Al met al zal door de verleende vergunning de vismigratie verbeteren. De nieuwe waterkrachtcentrale zal aan strenge eisen moeten voldoen en verwacht kan worden dat de overige waterkrachtcentrales dan ook hun vismigratiesysteem dienen te verbeteren zodat de aldaar optredende vissterfte ook significant omlaag zal gaan.

H.F.M.W. van Rijswick

AB 2018/40

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

28 december 2017, nr. 17/574 AW

(Mr. B.J. van de Griend)

m.nt. R. Ortlep

ABkort 2018/9

ECLI:NL:CRVB:2017:4455

Intrekking met terugwerkende kracht van een rechtsgeldig begunstigend besluit; strijd met het (materiële) rechtszekerheidsbeginsel.

Volgens vaste rechtspraak (uitspraak van 15 maart 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA1958) komt aan een bestuursorgaan in beginsel de bevoegdheid toe een gemaakte fout te herstellen, mits het daartoe strekkende besluit niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en ook overigens geen sprake is van strijd met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel. Daartoe zal buiten twijfel moeten staan dat het oorspronkelijke besluit, in dit geval het besluit van 22 oktober 2014, onjuist was. Dat laatste is hier niet het geval. Voor zover het gaat om het in geschil zijnde punt van de verwachte geschiktheid, is het besluit van 22 oktober 2014 zoals gezegd, in tegendeel, geheel in lijn met punt 7, onder C, van het beleidsdocument. Intrekking van een conform geldend beleid dan wel een vaste gedragslijn genomen besluit op de grond dat vanwege bijzondere omstandigheden ten nadele van de betrokkene van dat beleid of die gedragslijn had moeten worden afge-

weken, is evident in strijd met de rechtszekerheid. Opgemerkt wordt daarbij dat het aan appellant opgelegde voorwaardelijk strafontslag dateert van lang vóór het nemen van het ingetrokken besluit. De conclusie is dat de korpschef in dit geval niet bevoegd was om nog tot intrekking van het besluit van 22 oktober 2014 over te gaan. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 9 december 2016, 15/3936 (aangevallen uitspraak) tussen Appellant

en

De korpschef van politie.

Procesverloop

Namens appellant heeft mr. N.D. Dane hoger beroep ingesteld.

De korpschef heeft een verweerschrift ingediend.

Partijen hebben (desgevraagd) nadere stukken ingezonden.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 november 2017. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. Dane. De korpschef heeft zich, met bericht, niet laten vertegenwoordigen.

Overwegingen

1.1. Appellant was werkzaam bij de voormalige politieregio Amsterdam-Amstelland, laatstelijk in de functie van generalist Gebiedsgebonden Politie (GGP).

1.2. Als uitwerking van het Akkoord Arbeidsvoorwaarden sector politie 2005–2007 hebben de Minister van Veiligheid en Justitie (thans Justitie en Veiligheid) en de politievakorganisaties op 9 september 2010 overeenstemming bereikt over de tweede tranche van de landelijk te harmoniseren arbeidsvoorwaarden politie (HAP II). Deze afspraken zijn vastgelegd in de op 1 november 2010 in werking getreden circulaire Harmonisatie arbeidsvoorwaarden politie tweede tranche (Stcrt. 2010, 19782; circulaire).

1.3. Een onderdeel van de harmonisatieafspraken is het in bijlage 6 van de circulaire opgenomen 'Loopbaanbeleid van assistent A tot en met senior in de GGP' (loopbaanbeleid). In die bijlage zijn de afspraken vastgelegd over de mogelijkheden tot doorstroming (bevordering) van ambtenaren binnen de GGP naar een volgend niveau of volgende functie. Voor de bevordering van generalist GGP (schaal 7) naar senior GGP (schaal 8) is als vereiste gesteld dat sprake is van 'vakmanschap' blijkend uit een recente beoordeling boven de norm met daarin opgenomen ver-