

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

nr. A/2014/0414 van 3 juni 2014
in de zaak 1011/0905/A/8/0843

In zake: de vzw [REDACTED], met zetel te [REDACTED]

verzoekende partij

tegen:

de **GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE AMBTENAAR** van het Agentschap Ruimte en Erfgoed, afdeling Oost-Vlaanderen

bijgestaan en vertegenwoordigd door:
advocaat Veerle TOLLENAERE
kantoor houdende te 9000 Gent, Koning Albertlaan 128
waar woonplaats wordt gekozen

verwerende partij

Tussenkomende partijen:

1. de bvba [REDACTED]
2. de nv [REDACTED]

bijgestaan en vertegenwoordigd door:
advocaten Hans-Kristof CAREME en Hilde DERDE
kantoor houdende te 3001 Heverlee, Industrieweg 4 bus 1
waar woonplaats wordt gekozen

I. VOORWERP VAN DE VORDERING

De vordering, ingesteld met een aangetekende brief van 22 juni 2011, strekt tot de vernietiging van het besluit van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het Agentschap Ruimte en Erfgoed, afdeling Oost-Vlaanderen van 27 mei 2011 waarbij aan de tussenkomende partijen een stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het oprichten van vier windturbines.

De bestreden beslissing heeft betrekking op de percelen gelegen te [REDACTED] en met als kadastrale omschrijving [REDACTED].

II. VERLOOP VAN DE RECHTSPLEGING

De verwerende partij heeft een antwoordnota ingediend en heeft een afschrift van het administratief dossier neergelegd. De verzoekende partij heeft een wederantwoordnota ingediend. De tussenkomende partijen hebben een schriftelijke uiteenzetting ingediend.

De behandeling van de vordering die initieel werd toegewezen aan de derde kamer, werd op 16 april 2014 toegewezen aan de achtste kamer.

De partijen zijn opgeroepen voor de openbare terechtzitting van 6 mei 2014, waar de vordering tot vernietiging werd behandeld.

Kamervoorzitter Marc VAN ASCH heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Olivier COOPMAN die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Hans-Kristof CAREME die verschijnt voor de tussenkomenende partijen, zijn verschenen.

De verzoekende partij is schriftelijk verschenen.

Titel IV, hoofdstuk VIII van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) betreffende de Raad voor Vergunningsbetwistingen en de bepalingen van het reglement van orde van de Raad, bekrachtigd door de Vlaamse Regering op 20 november 2009, zijn toegepast.

De uitdrukkelijke verwijzingen in dit arrest naar artikelen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening hebben betrekking op de tekst van deze artikelen, zoals zij golden op het ogenblik van het instellen van de voorliggende vordering.

III. TUSSENKOMST

De bvba [REDACTED] en de nv [REDACTED] verzoeken met een aangetekende brief van 3 augustus 2011 om in het geding te mogen tussenkomen.

De voorzitter van de derde kamer heeft met een beschikking van 5 september 2011 vastgesteld dat er redenen zijn om het verzoek in te willigen en dat de tussenkomenende partijen beschouwd kunnen worden als belanghebbenden in de zin van artikel 4.8.16, §1, eerste lid VCRO.

Er zijn geen redenen om anders te oordelen. De tussenkomenende partijen zijn de aanvragers van de vergunning.

Het verzoek tot tussenkomst is ontvankelijk.

IV. FEITEN

Op 7 december 2010 (datum van het ontvangstbewijs) dienen de tussenkomenende partijen bij de verwerende partij een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor *“het oprichten van vier windturbines”*.

De percelen zijn volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 7 november 1978 vastgestelde gewestplan ‘Dendermonde’, gelegen in agrarisch gebied.

De percelen zijn niet gelegen in een gebied waarvoor een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg of ruimtelijk uitvoeringsplan geldt, noch binnen de omschrijving van een behoorlijk vergunde, niet vervallen verkaveling.

Naar aanleiding van het openbaar onderzoek, georganiseerd van 23 december 2010 tot en met 21 januari 2011, worden twee bezwaarschriften ingediend, waarvan één bezwaar handelde over een gebrekkige procedure. Er werd een nieuw openbaar onderzoek gehouden van 14 februari 2011 tot en met 15 maart 2011, waarbij één bezwaarschrift ingediend werd.

Het Agentschap Wegen en Verkeer brengt op 21 december 2010 een voorwaardelijke gunstig advies uit.

De afdeling Duurzame Landbouwonwikkeling Oost-Vlaanderen brengt op 24 december 2010 een voorwaardelijk gunstig advies uit.

Het Agentschap Ruimte en Erfgoed, afdeling Onroerend Erfgoed, Archeologie brengt op 12 januari 2011 een gunstig advies uit.

Het Agentschap Natuur en Bos brengt op 10 februari 2011 het volgende gunstig advies uit:

“ ...

Op 24 december 2008 zijn deze vier turbines, toen onderdeel van een park van 13 turbines, ongunstig geadviseerd (...). Uit een advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek (INBO-A-2008-211, zie bijlage) bleek dat vooral tijdens de winterperiode dagelijks vliegbewegingen gebeuren tussen het Molsbroek en omgeving (Lokeren) en meer zuidelijke gebieden rond het Donkmeer en de Kalkense meersen. Het betreft hier een trekbeweging tussen twee belangrijke deelgebieden van het Vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde”(…). Deze gebieden, zijn ook onderdeel van het Vlaams ecologische netwerk. De trekroute kruist de vier min of meer in lijn opgestelde turbines uit deze aanvraag.

De algehele samenhang van het natura 2000 netwerk (d.w.z. alle Habitatrichtlijngebieden en Vogelrichtlijngebieden samen), zodat er effectief kan gesproken worden over een coherent Europees ecologisch netwerk, is binnen de habitatrichtlijn (artikel 6, lid 4) zéér belangrijk. Trekroutes tussen de delen van Vogelrichtlijngebieden zijn natuurlijk essentieel voor deze samenhang.

Volgens het artikel 36ter §2 van het natuurdecreet moet elke betekenisvolle verstoring van een soort vermeld in de bijlagen II, III of IV van dit decreet evenals de niet in bijlage IV van dit decreet genoemde en op het grondgebied van het Vlaamse Gewest geregeld voorkomende soorten trekvogels in een speciale beschermingszone worden vermeden. Bijlage IV betreft de vogelsoorten van bijlage I van de Vogelrichtlijn die voorkomen in Vlaanderen. De soorten waarvan sprake in het rapport van de initiatiefnemer en in het advies van het Instituut voor Bos- en Natuuronderzoek staan niet op de lijst in bijlage IV.

Andere belangrijke trekvogels (o.a. Smient, Wilde eend, Slobeend,...) komen op trek en tijdens de winter in aanzienlijke populaties voor binnen het Vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde” en zijn dus ook voorwerp van de Vogelrichtlijn.

Deze trekvogels wisselen frequent af tussen twee deelgebieden van het Vogelrichtlijngebied, doordat het ene gebied geldt als foerageergebied (Kalkoense meersen) en het andere als slaapplek (Molsbroek). Het plaatsen van windmolens tussen twee dergelijke gebieden kan er voor zorgen dat de onderlinge functionaliteit tussen deze gebieden in het gedrang komt. De bruikbaarheid van één van deze deelgebieden of van beide deelgebieden zou zo kunnen afnemen dat er sprake is van een betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone. De initiatiefnemer moet dus aantonen dat er tussen beide deelgebieden geen duidelijke samenhang bestaat, die van belang is voor de functionaliteit van het gebied voor de betrokken soorten.

De initiatiefnemer heeft een onderzoek uitgevoerd op de effecten op de samenhang van deze gebieden (zie bijlage). De studie kan in die zin beschouwd worden als passende beoordeling en verscherpte natuurtoets.

De conclusie van het onderzoek is dat het aantal vliegbewegingen beperkt is. Volgens de studie zijn tussen de 4-12 eenden en 24-40 meeuwen slachtoffer van de vier turbines, wat op populatieniveau te verwaarlozen is. Daarom worden er ook geen mitigerende maatregelen voorgesteld.

Dit onderzoek is voorgelegd aan het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek. In hun advies (INBO-A-2010-275, zie bijlage) wordt geconcludeerd dat de studie van de initiatiefnemer het aantal slachtoffers onderschat omdat geen volledig beeld van de voedseltrek van de eenden wordt weergegeven.

De discrepantie tussen de studie van de initiatiefnemer en de adviezen van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek is zéér groot. Zelfs indien de initiatiefnemer het aantal slachtoffers een factor 2 à 4 onderschat, blijft het effect binnen de perken.

Anderzijds kan gesteld worden dat de 4 turbines geplaatst worden in een rode zone (d.w.z. "af te raden inplantingslocatie") van de globale ornithologische analyse voor de zoekzones voor windturbines in het beleidskader van de Provincie Oost-Vlaanderen. Deze rode zones zijn niet talrijk aanwezig en er zijn voldoende plaatsen waar het risico kleiner wordt ingeschat.

Bovendien is de nabije omgeving nog in volle evolutie. In de komende 15 jaar zullen heel wat Sigma projecten met belangrijke ecologische doelstellingen ontwikkeld worden langs de Schelde en de Durme. Het is moeilijk te voorspellen wat de invloed zal zijn op trekbewegingen. Het belang van de corridor langs de aangevraagde turbines kan zowel stijgen als dalen (als trek langs de Durme toeneemt).

Er blijft onzekerheid over de effecten van de inplanting van de vier turbines, nu en op lange termijn. Het voorzorgsbeginsel vereist dat er een grote zekerheid moet zijn dat er geen significante effecten optreden.

Deze onzekerheid kan slechts opgevangen worden door het opstellen van een monitoringplan en het maken van een duidelijk afsprakenkader. Het Agentschap voor Natuur en Bos zal samen met de initiatiefnemer een maximum aantal slachtoffers bepalen per jaar voor de belangrijkste vogelsoorten. Onder dit maximum zullen effecten als niet significant worden beschouwd. Indien blijkt dat toch significante effecten optreden moeten gepaste maatregelen genomen worden, zoals het stilleggen van turbines in bepaalde periodes.

Gezien de effecten niet resulteren uit bouw van turbines maar uit de exploitatie van de turbines zal het Agentschap voor Natuur en Bos vragen om het monitoringplan en afsprakenkader vast te hechten aan de milieuvergunning.

De stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van de turbines wordt door het Agentschap voor Natuur en Bos gunstig geadviseerd.

...

De Polder tussen Schelde en Durme brengt op 8 januari 2011 een gunstig advies uit.

Het Directoraat-generaal Luchtvaart brengt op 20 januari 2011 een voorwaardelijk gunstig advies uit.

De Interdepartementale Windwerkgroep brengt op 9 december 2010 het volgende gunstig advies uit:

“ ...

De windturbines worden ingeplant in een trekgebied tussen twee delen van het Vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde”, een onderdeel van het Vlaams ecologisch netwerk. Conform de bepalingen uit het natuurdecreet moet elke betekenisvolle verstoring op de vermelde soorten worden vermeden. De soorten waargenomen in de studie staan niet op de lijst van soorten uit bijlage IV van het natuurdecreet. Andere belangrijke trekvogels (o.a. Smient, Wilde Eend, Slobeend,...) komen op trek en tijdens de winter in aanzienlijke populaties voor binnen het Vogelrichtlijngebied en zijn dus ook voorwerp van de Vogelrichtlijn.

De ontwikkelaar liet een studie uitvoeren naar de effecten op de samenhang van deze twee deelgebieden van het Vogelrichtlijngebied, die kan beschouwd worden als een passende beoordeling en verscherpte natuurtoets. Wat betreft de trek van niet op de lijst uit bijlage IV van het natuurdecreet voorkomende trekvogels, voornamelijk tijdens de winter, concludeert het onderzoek dat deze vliegbewegingen beperkt zijn. Uit een evaluatie van het INBO betreffende de noodzakelijke methode van dergelijke studies, wordt echter geconcludeerd dat de studie van de initiatiefnemer een onvolledig beeld geeft van de voedseltrek, specifiek voor eenden, waardoor een onderschatting van het potentieel aantal aanvaringen kan gemaakt zijn. Echter, zelfs als wordt rekening gehouden met een onderschatting van het mogelijk aantal aanvaringsslachtoffers met factor 2 à 4, zou het effect aanvaardbaar blijven.

Om de onzekerheid rond de mogelijke effecten vandaag en op langere termijn ten aanzien van de gebiedsontwikkeling in de nabije omgeving op te vangen is het bij de exploitatie van de windturbines noodzakelijk om samen met het Agentschap Natuur en Bos, een monitoringsplan en afsprakenkader op te stellen.

“ ...”

De verwerende partij beslist op 27 mei 2011 een stedenbouwkundige vergunning te verlenen. De verwerende partij motiveert haar beslissing als volgt:

“ ...

De aanvraag heeft betrekking op een goed met als ligging [REDACTED] en met als kadastrale omschrijving [REDACTED].

Het betreft een aanvraag tot het oprichten van 4 windturbines met een max. masthoogte van 108m en een max. tiphoogte van 150m, met daarbij per windturbine een transformator, een toegangsweg en een kraanplaats.

Deze aanvraag werd onderzocht, rekening houdend met de terzake geldende wettelijke bepalingen, in het bijzonder met de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

De aanvraag is op 09/12/2010 ontvankelijk en volledig bevonden op basis van artikel 4.7.26. § 3. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar motiveert zijn/haar standpunt als volgt :

STEDENBOUWKUNDIGE BASISGEGEVENS UIT DE PLANNEN VAN AANLEG / RUIMTELIJKE UITVOERINGSPLANNEN

Ligging volgens de plannen van aanleg + bijhorende voorschriften

De aanvraag is volgens het gewestplan DENDERMONDE (KB 07/11/1978) gelegen in een agrarisch gebied.

In deze zone gelden de stedenbouwkundige voorschriften van art. 11.4.1. van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen. Deze voorschriften luiden als volgt :

(...)

Bepaling van het plan dat van toepassing is op de aanvraag

Het goed is niet gelegen binnen de grenzen van een goedgekeurd plan van aanleg, noch binnen de omschrijving van een behoorlijk vergunde en niet vervallen verkaveling. Het blijft de bevoegdheid van de overheid de aanvraag te toetsen aan de gebruikelijke inzichten en noden betreffende een goede aanleg der plaats, gebaseerd op de eerder geciteerde voorschriften van het van kracht zijnde gewestplan.

Overeenstemming met dit plan

De aanvraag strijdt met het geldend voorschrift.

Afwijking van stedenbouwkundige voorschriften

Art. 4.4.9. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening stelt :

“§1. Het vergunningverlenende bestuursorgaan mag bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning of een verkavelingsvergunning in een gebied dat sorteert onder de voorschriften van een plan van aanleg, afwijken van de bestemmingsvoorschriften, indien het aangevraagde kan worden vergund op grond van de voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepalingen, vermeld in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 11 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, zoals de tekst ervan is vastgesteld bij het besluit van 11 april 2008.

Het eerste lid laat geen afwijkingen toe op de voorschriften van het plan van aanleg die betrekking hebben op de inrichting en het beheer van het gebied.

§2. Voor de toepassing van §1, eerste lid, geldt dat een bestemmingsvoorschrift van een plan van aanleg alleszins vergelijkbaar is met een categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding, indien deze concordantie vermeld wordt in de tabel, opgenomen in artikel 7.4.13, eerste lid, of in de concordantielijst, bepaald krachtens voornoemd artikel 174, tweede lid.”

Krachtens de overeenkomstige bepalingen van art. 7.4.13, wordt het bestemmingsvoorschrift ‘Agrarische gebieden’ van de plannen van aanleg, volgens de aldaar aangegeven tabel, geconcordeerd met de categorie van gebiedsaanduiding ‘Landbouw’.

Het typevoorschrift voor de categorie van gebiedsaanduiding '4. Landbouw', zoals aangegeven in de bijlage bij het Besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen (11 april 2008), bepaalt daarbij onder meer :

Voor zover deze door hun beperkte impact de realisatie van de algemene bestemming niet in het gedrang brengen,

zijn de volgende werken, handelingen en wijzigingen eveneens toegelaten :

.../...

het aanbrengen van windturbines en windturbineparken, alsook andere installaties voor de productie van (hernieuwbare) energie of energierecuperatie. De mogelijke effecten van de inplanting ten aanzien van efficiënt bodemgebruik, eventuele verstoring van de uitbating(smogelijkheden) en landschappelijke kwaliteiten dienen in een lokalisatienota te worden beschreven en geëvalueerd.

.../...

Natuurbehoud, landschapszorg en recreatief medegebruik zijn ondergeschikte functies in het agrarisch gebied.

In deze context leveren de desbetreffende decretale bepalingen de principiële rechtsgrond voor de stedenbouwkundige vergunning.

VOORSCHRIFTEN DIE VOLGEN UIT VERORDENINGEN

///

ANDERE ZONERINGSGEGEVENS

///

EXTERNE ADVIEZEN

Het college van burgemeester en schepenen bracht op 29/03/2011 een gunstig advies uit.

Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan Ruimte en Erfgoed, Onroerend Erfgoed, Archeologie.

Dit advies werd uitgebracht op 12/01/2011 en ontvangen op 12/01/2011.

Het advies is voorwaardelijk gunstig.

Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan Wegen en Verkeer – autosnelwegen.

Dit advies werd uitgebracht op 21/12/2010 en ontvangen op 24/12/2010.

Het advies is voorwaardelijk gunstig.

Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan Afdeling Duurzame Landbouwonwikkeling Oost-Vlaanderen.

Dit advies werd uitgebracht op 24/12/2010 en ontvangen op 05/01/2011.

Het advies is voorwaardelijk gunstig.

Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan Agentschap voor Natuur en Bos Buitendienst Oost-Vlaanderen.

Dit advies werd uitgebracht op 10/02/2011 en ontvangen op 10/02/2011.

Het advies is gunstig.

*Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan Polder tussen Schelde en Durme.
Dit advies werd uitgebracht op 08/01/2011 en ontvangen op 11/01/2011.
Het advies is voorwaardelijk gunstig.*

*Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan het Directoraal-generaal Luchtvaart.
Dit advies werd uitgebracht op 20/01/2011 en ontvangen op 26/01/2011.
Het advies is voorwaardelijk gunstig.*

*Op 09/12/2010 heb ik advies gevraagd aan interdepartementale Windwerkgroep.
Dit advies werd uitgebracht op 03/03/2011 en ontvangen op 04/03/2011.
Het advies is gunstig.*

HET OPENBAAR ONDERZOEK

In toepassing van de Vlaamse codex Ruimtelijke Ordening en het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000, en latere wijzigingen, betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning en verkavelingsaanvragen, is de aanvraag onderworpen aan een openbaar onderzoek.

De aanvraag is verzonden naar de gemeente ZELE voor de organisatie van het openbaar onderzoek. Het vond plaats van 23/12/2010 tot 21/01/2011. Er werden 2 bezwaren ingediend. Eén bezwaar handelde over gebreken binnen de procedure van het openbaar onderzoek.

Een nieuw openbaar onderzoek werd gehouden van 14/02/2011 tot 15/03/2011. Er werd één bezwaarschrift ingediend.

Het bezwaarschrift heeft betrekking op : negatieve effecten op VEN-gebied en vogelrichtlijngebied; negatieve effecten op de relictzone; de noodzaak tot volledige beoordeling via verscherpte natuurtoets en passende beoordeling; de noodzaak aan een MER-procedure.

Na onderzoek van de bezwaren en opmerkingen worden volgende standpunten hieromtrent ingenomen : mijn dienst maakt zich het advies van ANB eigen:

Conform de bepalingen uit het natuurdecreet moet elke betekenisvolle verstoring op de vermelde soorten uit bijlage II, III of IV van het natuurdecreet worden vermeden. Andere belangrijke trekvogels (o.a. Smient, Wilde Eend, Slobeend, ...) komen op trek en tijdens de winter in aanzienlijke populaties voor binnen het vogelrichtlijngebied.

De windturbines worden ingeplant in het trekgebied tussen twee delen van het vogelrichtlijngebied "Durme en middenloop van de Schelde", een onderdeel van het Vlaams ecologisch netwerk. Het ene gebied geldt als foerageergebied (Kalkense Meersen) en het andere gebied als slaapplek (Molsbroek). Het plaatsen van winterturbines tussen twee dergelijke gebieden kan er voor zorgen dat de onderlinge functionaliteit tussen deze gebieden in het gedrang komt. De bruikbaarheid van één van de twee deelgebieden of van beide deelgebieden zou kunnen afnemen zodat er sprake is van een betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone. De initiatiefnemer moet dus aantonen dat er tussen de beide deelgebieden geen duidelijke samenhang is, die van belang is voor de functionaliteit van de betrokken soorten.

De initiatiefnemer heeft een onderzoek uitgevoerd op de effecten op de samenhang van deze gebieden. De studie kan, zoals gesteld binnen het advies van het Agentschap voor

Natuur en Bos, beschouwd worden als passende beoordeling en verscherpte natuurtoets.

De conclusie van het onderzoek is dat het aantal vliegbewegingen beperkt is. Volgens de studie zijn er per jaar tussen de 4-12 eenden en de 20-40 meeuwen als slachtoffer te verwachten van de vier turbines wat op populatieniveau te verwaarlozen is.

Er is een grote discrepantie tussen de studie van de initiatiefnemer en de adviezen van het INBO. Zelfs indien de initiatiefnemer het aantal slachtoffers een factor 2 à 4 onderschat, blijft het effect binnen de perken.

Anderzijds kan gesteld worden dat de 4 turbines geplaatst worden in een rode zone (af te raden inplantingslocatie) van de globale ornithologische analyse voor windturbines in het beleidskader van de Provincie Oost-Vlaanderen. Deze rode zones zijn niet talrijk aanwezig en er zijn voldoende plaatsen waar het risico kleiner wordt ingeschat.

Bovendien is de hele omgeving nog in volle evolutie. Het belang van de corridor langs de aangevraagde turbines kan zowel stijgen als dalen.

Er is dus nog heel wat onzekerheid over de effecten van de inplanting van de vier turbines, nu en op lange termijn.

Deze onzekerheid kan worden opgevangen door het opstellen van een monitorplan en het maken van een duidelijk afsprakenkader. Het Agentschap voor natuur en Bos zal samen met de initiatiefnemer een maximum aantal slachtoffers per jaar bepalen voor de belangrijkste vogelsoorten. Onder dit maximum zullen effecten als niet-significant worden beschouwd. Indien blijkt dat er toch significante effecten zijn, moeten passende maatregelen genomen worden, zoals het stilleggen van turbines in bepaalde periodes.

Gezien de effecten niet resulteren uit de bouw van de turbines, maar uit de exploitatie van de turbines, en gezien er een afsprakenkader zal worden opgemaakt met ANB in het kader van de milieuvergunning, kunnen de turbines aanvaard worden.

De turbines worden ingeplant in de relictzone "Hekkenhoek, Gavers, De Vliet, Wezepoel-Hoek". Het inplanten van turbines heeft steeds een negatieve impact op het landschap : het landschap wordt visueel meer versnipperd. De turbines bevinden zich echter aan de buitenzijde van de relictzone en evenwijdig met de E17 waardoor de impact op het landschap deels gerelativeerd kan worden.

Het oprichten van 4 turbines is geen MER-plichtige activiteit (Besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 houdende de vaststelling van de categorieën van projecten onderworpen aan een milieueffectrapportage). De turbines bevinden zich immers niet in een vogelrichtlijngebied, doch slechts tussen twee lussen van een vogelrichtlijngebied.

HISTORIEK

Het project is een uitbreiding van het windpark Scheldeland, bestaande uit 9 turbines ten zuiden van de E17. In totaal zal het windpark dus 13 turbines omvatten. De stedenbouwkundige vergunning voor het windpark bestaande uit 13 turbines werd al eens ingediend op 23/10/2008. Hier werden 4 turbines uitgesloten omwille van de impact op de avifauna. Deze problematiek wordt binnen dit dossier verder onderzocht wat leidde

tot afspraken met het Agentschap voor Natuur en Bos.

BESCHRIJVING VAN DE OMGEVING EN DE AANVRAAG

De aanvraag situeert zich ten zuiden van en evenwijdig met de E17, op grondgebied van Zele.

De aanvraag beoogt het oprichten van 4 windturbines, op een afstand van ca 180m van de snelweg. Ten noorden van de snelweg ligt een industriezone op het grondgebied van Lokeren.

De turbines hebben een maximale masthoogte van 108m en een maximale tiphoogte van 150m. De voet van de turbine heeft een oppervlakte van 15m op 15m.

De turbines worden voorzien van 3 wieken.

Ze hebben een maximum capaciteit van 3300kW.

Daarnaast worden de nodige cabines, toegangswegen en kraanplaatsen voorzien.

WATERTOETS

Er kan gesteld worden dat de geringe vermindering van het waterbergend vermogen die de bouw van de sokkels met zich meebrengt, geen beduidende impact heeft op het lokale waterregime. De kraanplaats wordt uitgevoerd in waterdoorlatende materialen. De Polder tussen Schelde en Durme bracht een gunstig advies uit.

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

De principiële rechtsgrond voor het project dient – zoals reeds hoger aangegeven – gezocht in art. 4.4.9. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, waardoor met een vergunning kan worden afgeweken van de bestemmingsvoorschriften van een plan van aanleg (in casu het vigerend gewestplan, dat het project situeert in agrarisch gebied), indien daarbij gerefereerd kan worden aan ‘voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepalingen’.

In de rubriek ‘Afwijkings- en uitzonderingsbepalingen’ werd de inhoudelijke samenhang tussen de decretale bepalingen en het overeenkomstig type-voorschrift voor de categorie van gebiedsaanduiding ‘Landbouw’, vanuit de specifieke concordantieregeling uitvoerig toegelicht.

De turbines worden gebundeld met de E17 en zijn een vervollediging van één groter windturbinepark “Scheldeland”. De lijnopstelling beperkt de landschappelijke impact.

De dichtste woning bevindt zich op een afstand van 259m. Het betreft een alleenstaande woning, op minder dan 300m van de E17. Ze maakt geen deel uit van een woonkern. De impact van het geluid zal, gelet op de overheersende windrichting, minimaal zijn. De nodige remediërende maatregelen zullen moeten genomen worden om te voldoen aan de omzendbrief RO/2006/02 “Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines”. Dit wordt opgenomen binnen de voorwaarden van deze vergunningsbeslissing.

Deze woning situeert zich bovendien dicht bij de 30-urenzone wat slagschaduw betreft. De nodige remediërende maatregelen zullen moeten genomen worden om te voldoen aan de omzendbrief RO/2006/02 “Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines”. Dit wordt opgenomen binnen de voorwaarden van deze vergunningsbeslissing.

De cabines, werkzones en toegangswegen zijn beperkt van omvang en verenigbaar met de goede ruimtelijke ordening.

Naar aanleiding van het openbaar onderzoek werd één uitgebreid bezwaarschrift ingediend. Onder de paragraaf "het openbaar onderzoek", wordt hierop uitgebreid ingegaan. De opmaak van een monitoringplan en een afsprakenkader met ANB naar aanleiding van de milieuvergunning zal worden opgenomen in de voorwaarden.

Uit wat voorafgaat blijkt dat aan de voorwaarden zoals gesteld in het typevoorschrift met betrekking tot de categorie "landbouw" voldaan is: de realisatie van de algemene bestemming wordt niet in het gedrang gebracht en er werd een localisatienota opgemaakt, waarin de mogelijke effecten van de turbines op de omgeving worden bestudeerd en omschreven.

Het schepencollege bracht een gunstig advies uit.

ALGEMENE CONCLUSIE

Tegen de aanvraag zijn er geen stedenbouwkundige bezwaren.

BIJGEVOLG WORDT OP 27.05.2011 HET VOLGENDE BESLIST :

*De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar geeft de vergunning af aan de aanvrager
..."*

Dit is de bestreden beslissing.

V. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

A. Ontvankelijkheid wat betreft de tijdigheid van het beroep

De bestreden beslissing is genomen op 27 mei 2011. Het beroep tot vernietiging van 22 juni 2011 is alleszins tijdig.

B. Ontvankelijkheid wat betreft het belang van de verzoekende partij

Standpunt van de partijen

1.

De verwerende partij is van oordeel dat het maatschappelijk doel van de verzoekende partij zeer algemeen omschreven is in haar statuten, zodat haar vordering als een actio popularis moet aanzien worden en de verzoekende partij bijgevolg niet beschikt over het vereiste belang overeenkomstig artikel 4.8.16, §1, 4° VCRO.

2.

De tussenkomenende partijen sluiten zich aan bij de argumentatie van de verwerende partij.

3.

De verzoekende partij repliceert dat zij beschikt over het rechtens vereiste belang en beroept zich op een subjectief recht op bescherming van de fauna en flora, op het persoonlijk belang van de verzoekende partij en op het collectief belang.

De verzoekende partij verwijst naar haar statutair doel en inzonderheid artikel 2 van haar statuten. Zij stelt dat zij eveneens erkend is krachtens het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu als regionale terreinbeherende natuurvereniging voor o.m. het Molsbroek, Reservaatzone Donkmeer en Scheldebroeken. Deze gebieden behoren tot het Vogelrichtlijngebied "Durme en middenloop van de Schelde" en Vengebied, die voorwerp zijn van het beroep tot vernietiging.

De verzoekende partij verantwoordt haar persoonlijk belang op grond van artikel 4.8.16, §1, 3° en 4° VCRO. Zij stelt dat zij beheerder is van bijzonder beschermde gebieden waarvan de waarden kunnen aangetast worden door de voorliggende stedenbouwkundige vergunning.

De verzoekende partij steunt haar persoonlijk belang eveneens op grond van artikel 714 B.W. omdat een potentieel milieuverstorende handeling haar gebruiksrecht aantast op niet-toegeëigende milieubestanddelen.

De verzoekende partij steunt haar collectief belang op het verdrag van Aarhus van 25 juni 1998, zoals geïmplementeerd in artikel 4.8.16, §1, 4° VCRO. Zij betwist dat het collectief belang waarop zij aanspraak maakt, moet aanzien worden als een niet-ontvankelijke actio popularis, gelet op de persoonlijke band tussen de milieuvereniging en haar verdediging van dat collectief belang. Zij verwijst naar haar statuten en het feit dat zij een duurzame en effectieve werking heeft en erkend is als regionale terreinbeherende natuurvereniging specifiek voor de regio rond Durme-, Moervaart- en Scheldestreek.

Beoordeling door de Raad

1.

Een verzoekende partij kan als een belanghebbende procesbekwame vereniging beschouwd worden die optreedt namens een groep wiens collectieve belangen door de vergunnings-, validerings- of registratiebeslissing zijn bedreigd of geschaad, zoals bepaald in artikel 4.8.16, §1, eerste lid, 4° VCRO in zoverre zij beschikt over een duurzame en effectieve werking overeenkomstig de statuten.

Dit betekent dat een door een procesbekwame vereniging bij de Raad ingesteld beroep in principe ontvankelijk is, wanneer die vereniging het volgende kan aantonen:

- a. dat zij namens de groep een collectief belang nastreeft in overeenstemming met de statutaire doelstellingen van de vereniging (te onderscheiden van het algemeen belang) en waarbij het collectief belang niet de optelsom is van de individuele belangen van haar leden;
- b. dat het ingeroepen collectief belang door de bestreden beslissing bedreigd of geschaad wordt;
- c. dat de vereniging beschikt over een duurzame en effectieve werking overeenkomstig de statuten.

2.

Het maatschappelijk doel van de verzoekende partij wordt in artikel 2 van haar statuten als volgt omschreven:

“ ...
- de belangstelling voor de natuur, het natuurbehoud, de bescherming van fauna en flora, de landschapszorg, het leefmilieu, de ruimtelijke ordening.....
- actief op te treden voor het behoud, de bescherming en de verbetering van de natuur, de fauna en flora, het landschap, het leefmilieu, de ruimtelijke ordening en de monumenten, inclusief de vrijwaring van het doel via gerechtelijke weg in zoverre toegelaten door de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, overeenkomstig de wetgeving en rechtspraak van toepassing op het Arbitragehof en de Raad van State;
- het beheer van natuurreservaten en ecologisch waardevolle terreinen die met dat doel worden verkregen onder een of andere vorm van zakelijk recht.
...”

De verzoekende partij toont op voldoende wijze aan dat haar collectief belang niet samenvalt met het algemeen belang in de mate zij als regionale terreinbeherende natuurvereniging ressorteert onder artikel 2 van het decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu van 21 oktober 1997, en een aantal natuurgebieden in beheer heeft die betrekking hebben op of mogelijk getroffen kunnen worden door de verleende stedenbouwkundige vergunning, inzonderheid de reservaten het Molsbroek, Donkmeer en de Scheldebroeken. Deze reservaten behoren tot het Vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde”.

De verzoekende partij voert terecht aan dat zij als beheerder van bijzonder beschermde gebieden waarvan de waarden kunnen aangetast worden door de stedenbouwkundige vergunning beschikt over het rechtens vereiste belang en bewijst met name dat zij beschikt over een voldoende duidelijke persoonlijke band tussen de verzoekende partij als natuurvereniging en de verdediging van het door haar aangeduide collectief belang.

De verzoekende partij verwijst naar haar meest recente statuten zoals gepubliceerd in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 27 september 2004 en toont op voldoende wijze aan dat zij zich in de loop van de voorbije jaren effectief ingezet heeft in het kader van haar maatschappelijk doel en aldus beschikt over een duurzame en effectieve werking overeenkomstig de statuten.

De exceptie kan niet worden aangenomen.

De verzoekende partij beschikt over het rechtens vereiste belang, zoals bepaald in artikel 4.8.16, §1, eerste lid, 4° VCRO.

C. Ontvankelijkheid wat betreft de hoedanigheid van de verzoekende partij

Standpunt van de partijen

1.

De verwerende partij stelt dat het beroep tot vernietiging niet ontvankelijk is omdat de beslissing om in rechte te treden genomen is vooraleer de bestreden beslissing genomen werd. Zij stelt dat de verzoekende partij geen rechtsgeldige beslissing kon nemen over een nog niet bestaande vergunningsbeslissing. In het kader van de bevoegdheid van de Raad op het vlak van wettigheidskritiek kan een beslissing om in rechte te treden niet beschouwd worden als een

rechtsgeldige beslissing zonder de concrete draagwijdte en inhoud te kennen vermits de bestreden beslissing nog niet genomen werd.

2.

De tussenkomende partij sluit zich hierbij aan en voegt toe dat de beslissing om in rechte te treden van 26 april 2011 niet aangeeft tegen welke beslissing er beroep moet worden ingesteld noch dat zij betrekking heeft op de vergunningsaanvraag die aanleiding heeft gegeven tot de bestreden beslissing van 27 mei 2011. Evenmin wordt volgens de tussenkomende partij aangegeven bij welk rechtscollege een beroep moet worden ingesteld.

De tussenkomende partij argumenteert ter zitting nog dat de Raad ambtshalve de hoedanigheid en procesbevoegdheid van de verzoekende partij moet nagaan. Zij stelt dat zowel het inleidend verzoekschrift tot vernietiging als de wederantwoordnota slechts ondertekend werd door de voorzitter van de verzoekende partij en zulks niet conform de statuten is geschied.

3.

De verzoekende partij repliceert dat zij correct en tijdig heeft beslist om in rechte te treden en verwijst naar twee beslissingen van haar raad van bestuur, respectievelijk van 26 april 2011 en 7 juni 2011.

Beoordeling door de Raad

1.

Het bij artikel 6 EVRM gewaarborgde recht van toegang tot de rechter kan aan ontvankelijkheidsvoorwaarden onderworpen worden, voor zover ze niet op overdreven formalistische wijze toegepast worden.

De verzoekende partij dient overeenkomstig artikel 4.8.16, §3 VCRO o.m. haar hoedanigheid aan te tonen en met name haar bevoegdheid om in rechte te treden. Zij dient hiertoe een afschrift mee te delen van haar actueel geldende statuten en van de akte van aanstelling van haar organen, alsmede het bewijs dat het daartoe bevoegde orgaan beslist heeft om in rechte op te treden.

2.

Een beslissing om in rechte te treden is geen rechtshandeling maar een loutere materiële handeling die aan een rechtshandeling voorafgaat en is bijgevolg niet onderworpen aan de formele motiveringsplicht.

Anders dan wat de verzoekende partij meent, doet de Raad geen wettigheidscontrole naar de motieven die vervat liggen in het besluit om in rechte te treden.

De Raad dient enkel na te gaan of de beslissing om in rechte te treden voldoende duidelijk is qua voorwerp, of zij genomen werd door het daartoe rechtens bevoegde orgaan en of zij voorafgaat aan de datum van indiening van het beroep tot vernietiging.

3.

De Raad stelt vast dat de verzoekende partij bij haar verzoekschrift een afschrift van haar statuten heeft gevoegd, alsook de samenstelling van haar bestuursorganen en de beslissing van de raad van bestuur van de verzoekende partij van 26 april 2011 om in rechte te treden.

Er kan aangenomen worden dat de verzoekende partij tijdig haar besluit heeft willen nemen, in aanmerking nemend dat zij als vzw niet altijd de mogelijkheid heeft ten allen tijde haar bestuur

tijdig bijeen te roepen om rechtsgeldige beslissingen te nemen, rekening houdend met de dwingende beroepstermijnen die in de VCRO zijn voorzien. De genomen beslissing is voldoende duidelijk qua voorwerp en doel.

De beslissing om in rechte te treden, zoals geformuleerd in de notulen van de raad van bestuur van de verzoekende partij van 26 april 2011 kan beschouwd te worden als een beslissing genomen onder de opschortende voorwaarde van aflevering door de verwerende partij van een stedenbouwkundige vergunning aan de tussenkommende partijen voor de bouw van vier windturbines langs de E17 te Zele.

Los van deze vaststelling blijkt bovendien dat het besluit van de raad van bestuur van 26 april 2011 bevestigd werd op 7 juni 2011, na aflevering van de vergunning door de verwerende partij en met de vermelding dat beroep zal aangetekend worden bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen tegen ten laatste 27 juni 2011.

De beslissing om in rechte te treden is rechtsgeldig genomen.

4.

Conform artikel 9 van de statuten van de verzoekende partij wordt de vereniging in administratieve procedures vertegenwoordigd door een werkend lid. Bij gerechtelijke procedures wordt de vereniging vertegenwoordigd hetzij door een advocaat hetzij door een werkend lid aangesteld door de raad van bestuur.

Het verzoekschrift tot vernietiging en de wederantwoordnota zijn ondertekend door de voorzitter van de raad van bestuur met de vermelding dat hij ondertekent "namens de raad van bestuur".

De verzoekende partij bewijst op voldoende wijze haar hoedanigheid en procesbevoegdheid.

De Raad verwerpt de exceptie.

VI. ONDERZOEK VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

Enig middel

Standpunt van de partijen

In dit middel roept de verzoekende partij de schending in van de Richtlijn 85/337/EEG van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, van de Richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde fauna en flora (habitatrichtlijn), de schending van artikel 4.7.26 en 4.3.3 VCRO, van artikel 4.3.1 tot 4.3.3, 4.1.4 en 4.3.7 van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (DABM), van artikel 16, 17 e.v., artikel 26bis en 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (natuurdecreet), van het MER-besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 houdende vaststelling van de categorieën van projecten aan milieueffectrapportage, van het besluit van de Vlaamse Regering van 28 mei 2004 betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning en tenslotte van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

1.

De verzoekende partij zet in een eerste onderdeel uiteen dat dat in de dossiersamenstelling van de aanvraag een goedgekeurd MER of een goedgekeurde ontheffingsnota in het kader van MER-screening ontbreekt, waardoor de vergunningsaanvraag niet volledig is en conform artikel 4.7.26 VCRO niet ontvankelijk en volledig mocht bevonden worden. Zij verwijst naar het besluit van de Vlaamse Regering van 28 mei 2004 betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning.

De verzoekende partij stelt dat de bestreden beslissing ten onrechte tot het besluit komt dat het oprichten van de vier windturbines niet aan de MER-plicht onderworpen is. Het decreet van 5 april 1995 (DABM) bepaalt in welke gevallen een project voorafgaand aan het verlenen van de vergunning aan een milieueffectrapportage moet onderworpen worden, of in welke gevallen een verzoek tot ontheffing van de verplichting tot milieueffectrapportage kan ingediend worden.

De verzoekende partij verwijst hiervoor naar Het MER-besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 dat de Europese project-MER richtlijn 85/337/EEG heeft geïmplementeerd. Dit besluit bepaalt in bijlage II de categorieën van projecten die aan de project-MER onderworpen worden, maar waarvoor de initiatiefnemer een gemotiveerd verzoek tot ontheffing kan indienen. Windenergieprojecten vallen onder bijlage II, meer bepaald in de categorie “*Energiebedrijven*”, subcategorie “*i) installaties voor het opwekken elektriciteit door middel van windenergie voor zover de activiteit betrekking heeft:*

° op 20 windturbines of meer, of

° op 4 windturbines of meer, die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied.”

De verzoekende partij voert aan dat het project ingediend door de tussenkomende partijen vier windturbines betreft die een aanzienlijke invloed kunnen hebben op de natuurwaarden in het Vogelrichtlijngebied “Durme- en Middenloop van de Schelde” en enkele VEN-gebieden, zodat een MER of gemotiveerd verzoek tot ontheffing van de MER-plicht moest opgemaakt worden. De adviezen van het Agentschap Natuur en Bos (ANB) en het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek (INBO) geven aan dat er een risico bestaat op aanzienlijke negatieve effecten op het milieu en tegelijk op bijzonder beschermde gebieden. De verzoekende partij wijst erop dat het ANB stelt dat er onzekerheid blijft over de effecten van de inplanting van de vier turbines nu en op lange termijn.

De verzoekende partij is in een tweede onderdeel van oordeel dat overeenkomstig artikel 36ter van het natuurdecreet en artikel 6 van de Richtlijn 92/43/EEG een ‘Habitattoets’ of ‘Passende Beoordeling’ moest opgemaakt worden om na te gaan of de aanvraag een betekenisvolle aantasting kan impliceren van de natuurlijke kenmerken van een ‘Speciale Beschermingszone’ (SBS, Vogel- of Habitatrichtlijngebied). Artikel 36ter van het natuurdecreet bepaalt dat de passende beoordeling voor MER-plichtige projecten geschiedt in het kader van de milieueffectrapportage. De verzoekende partij is van mening dat de passende beoordeling niet conform de regelgeving is gebeurd nu de aanvraag niet aan een milieueffectrapportage onderworpen werd.

De verzoekende partij stelt dat de aanvraag geweigerd had moeten worden bij toepassing van artikel 4.3.3 VCRO wegens strijdigheid met direct werkende normen binnen andere beleidsvelden, zoals deze gebleken zijn uit de verplicht in te winnen adviezen of dat tenminste de nodige beperkende voorwaarden hadden moeten opgenomen worden in de vergunningsbeslissing.

De verzoekende partij argumenteert dat in tegenstelling tot wat in het ANB-advies van 10 februari 2011 vermeld is, de Fortech-studie opgesteld in opdracht van de tussenkomende partijen niet als 'passende beoordeling' conform artikel 36ter van het natuurdecreet en als een 'verscherpte natuurtoets' conform artikel 26bis van het natuurdecreet kan aanzien worden vermits belangrijke methodologische opmerkingen gemaakt werden door het INBO in zijn advies aan het ANB.

Zij stelt dat de eindconclusie van het advies van het ANB dat stelt dat de onzekerheid rond mogelijke significante negatieve gevolgen kan opgevangen worden door een monitoringplan en een afsprakenkader zowel wettelijk als wetenschappelijk niet correct is. Volgens haar kan het gebrek aan informatie niet gebruikt worden om de aanvraag goed te keuren, zelfs met milderende maatregelen. Een dergelijk plan is tot op heden zelfs nog niet opgesteld, terwijl het klaar had moeten zijn vooraleer de stedenbouwkundige vergunning wettelijk mocht uitgereikt worden.

De verzoekende partij besluit nogmaals dat de voorliggende aanvraag had moeten onderworpen worden aan een milieueffectrapportage.

De verzoekende partij zet in een derde onderdeel uiteen dat artikel 16 van het natuurdecreet niet nageleefd werd, vermits er sprake is van 'vermijdbare schade'. Zij verwijst naar het advies van ANB waarin gesteld wordt dat de vier windturbines geplaatst worden in een 'rode zone', dit is een af te raden inplantingslocatie, terwijl er voldoende alternatieve plaatsen beschikbaar zijn waar het risico kleiner ingeschat wordt.

De verzoekende partij meent in een vierde onderdeel dat uit bovenstaande argumentatie blijkt dat de verwerende partij haar beslissing onzorgvuldig afgewogen en niet afdoende gemotiveerd heeft.

Zij besluit tot de gegrondheid van het door haar ingeroepen middel.

2.

De verwerende partij antwoordt op het eerste onderdeel van het aangevoerde middel dat de aanvraag niet MER-plichtig is vermits de vier windturbines niet in een bijzonder beschermd gebied gelegen zijn. De turbines worden ingeplant in het trekgebied tussen twee delen van het vogelrichtlijngebied "Durme en middenloop van de Schelde", een onderdeel van het Vlaams ecologisch netwerk.

De verwerende partij verwijst uitvoerig naar het advies van het ANB waaruit moet blijken dat het effect op de samenhang tussen de twee delen van een Vogelrichtlijngebied binnen de perken blijft, en dat de bestaande onzekerheid kan opgevangen worden door de opgelegde voorwaarden van een monitoringplan en een afsprakenkader.

Zij argumenteert dat de verzoekende partij niet aantoonde dat het vergunde windturbineproject een aanzienlijke invloed kan hebben op de betrokken beschermde gebieden en evenmin dat het onderzoek naar de milieueffecten van het voorliggende project onvoldoende zorgvuldig gebeurd is.

De verwerende partij is wat het tweede onderdeel betreft van oordeel dat de Fortech-studie wel als 'passende beoordeling' en als 'verscherpte natuurtoets' kan beschouwd worden. Het begrip 'passende beoordeling' is in de regelgeving niet nader omschreven en dient richtlijnconform begrepen te worden, met name een beoordeling waarin op een afdoende wijze wordt onderzocht welke de gevolgen zijn voor het gebied, "*rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen*" ervan. Conform artikel 2, 30° van het natuurdecreet strijdt niet elk

nadelig gevolg van een voorgenomen project op een speciale beschermingszone met de geldende instandhoudingsdoelstellingen.

De verwerende partij verwijst naar het advies van het ANB waaruit blijkt dat betekenisvolle effecten kunnen vermeden worden door het opstellen van een monitoringplan en een afsprakenkader, zodat het voorzorgbeginsel gerespecteerd wordt. Uit het advies blijkt immers dat het aantal vliegbewegingen beperkt is en dat het aantal slachtoffers door het INBO wordt overschat. De onzekerheid of er ooit significante effecten zullen optreden wordt geremedieerd door het opleggen van een monitoringplan en een afsprakennota.

De verwerende partij merkt op dat de Raad binnen zijn wettigheidsbeoordeling slechts kan nagaan of het vergunningverlenend bestuursorgaan binnen de perken van de redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen en of er van de juiste feitelijke uitgangspunten vertrokken is. Volgens haar maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat een monitoringplan en afsprakennota als opgelegde voorwaarden onvoldoende zijn. De verzoekende partij toont evenmin aan in welke mate de opgelegde voorwaarden strijdig zijn met de wetgeving. De verwerende partij acht het middel wat dit betreft niet ontvankelijk. Zij stelt bovendien dat de vergunning niet uitvoerbaar zal zijn indien tussen ANB en de tussenkommende partij geen akkoord zou bereikt worden inzake het monitoringplan en de afsprakennota.

De verwerende partij betwist dat artikel 16 van het natuurdecreet geschonden wordt zoals aangevoerd wordt door de verzoekende partij in het derde onderdeel van haar middel. Zij meent dat dit onderdeel van het middel niet ontvankelijk is omdat de verzoekende partij niet aantoont hoe de bestreden beslissing artikel 16 schendt. Ondergeschikt argumenteert zij dat een natuurtoets uitgevoerd is door het ANB, die bevestigt dat er geen significant negatieve impact op de natuur kan verwacht worden mits het opleggen van voorwaarden. Het ANB stelt in haar advies dat, zelfs als de studie van de tussenkommende partij (de Fortech-studie) het aantal slachtoffers onderschat heeft, dit aantal sowieso verwaarloosbaar is omdat het aantal vliegbewegingen beperkt is. De Fortech-studie kan volgens het ANB beschouwd worden als passende beoordeling en verscherpte natuurtoets. De verwerende partij merkt op dat de Raad voor wat betreft de naleving van de zorgplicht en de concrete maatregelen opgelegd conform artikel 16, §1 van het natuurdecreet slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt.

De verwerende partij besluit dat de verzoekende partij geen ernstig argument aanvoert om te oordelen dat de natuurtoets niet op correcte wijze uitgevoerd is of zou gesteund zijn op foutieve gegevens.

De verwerende partij besluit tenslotte dat de verzoekende partij wat het ingeroepen vierde onderdeel van het middel betreft niet concreet aantoont waarom het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel geschonden zijn. Dit onderdeel is volgens de verwerende partij eveneens onontvankelijk.

3.

De tussenkommende partijen voegen hieraan toe dat de verzoekende partij zich beperkt tot een opsomming van rechtsregels, zonder aan te duiden welke bepalingen zij geschonden acht, minstens zonder te verduidelijken waaruit de concrete schending van die rechtsregels zou bestaan. Zij oordeelt dat het middel onontvankelijk is.

De tussenkommende partijen voeren in essentie dezelfde argumenten aan als de verwerende partij en zijn van mening dat de aanvraag niet MER-plichtig is. De windturbines bevinden zich immers niet in een beschermde zone en bevinden zich met name niet in het vogelrichtlijngebied “Durme

en middenloop van de Schelde”, maar slechts op ruime afstand tussen twee lussen van dit vogelrichtlijngebied.

Volgens de tussenkomenende partijen oordeelt de verzoekende partij verkeerdelijk dat de aanvraag alsnog aan de MER-plicht onderworpen is omdat het project, hoewel gelegen buiten de perimeter van een bijzonder beschermd gebied, er wel een aanzienlijke invloed zou kunnen op hebben. De verwerende partij oordeelt echter terecht dat de aanvraag geen aanzienlijke invloed heeft op de door de verzoekende partij aangewezen gebieden, verwijzend naar het advies van het ANB. Hieruit blijkt volgens de tussenkomenende partijen dat het effect op de samenhang tussen beide delen van het vogelrichtlijngebied binnen de perken blijft. Evenmin blijkt uit de verwijzing die de verzoekende partij maakt naar de adviezen van het INBO en het ANB dat er sprake kan zijn van een “*aanzienlijke invloed*”, of dat het onderzoek naar de milieueffecten onzorgvuldig gevoerd is.

De tussenkomenende partijen stellen dat de Fortech-studie die zij hebben laten uitvoeren aantoont dat de INBO-adviezen die dateren van 2002-2008 anno 2011 minstens gedeeltelijk achterhaald zijn en moeten bijgestuurd worden. In zijn advies van 12 januari 2011 is het INBO weliswaar van oordeel dat het Fortech-onderzoek geen volledig beeld weergeeft van de voedseltrek van eenden tussen de speciale beschermingszones (vogelrichtlijngebieden), maar het advies preciseert volgens de tussenkomenende partijen niet hoe het tot deze besluitvorming komt, noch dat de onderschatting van het aantal vliegbewegingen een aanzienlijke invloed zou hebben op de beschermde gebieden. De tussenkomenende partijen citeren het advies van het ANB waaruit blijkt dat zelfs bij een mogelijke onderschatting met een factor 2 à 4 het effect nog steeds binnen de perken blijft. Bovendien wordt de potentiële onzekerheid voldoende opgevangen door het opleggen van voorwaarden in de vergunning, met name de verplichting voor de tussenkomenende partijen om samen met het ANB een monitoringplan en een afsprakenkader op te stellen in het kader van de exploitatie.

De tussenkomenende partijen stellen dat niet kan afgeleid worden uit het feit dat de in opdracht van de tussenkomenende partijen uitgevoerde Fortech-studie als een passende beoordeling gekwalificeerd wordt, hieruit ook automatisch voortvloeit dat een MER-studie moet opgemaakt worden. Artikel 36ter van het natuurdecreet stelt enkel dat indien een project MER-plichtig is, de passende beoordeling in dat geval gebeurt via de milieueffectrapportage. De verplichting om een passende beoordeling op te maken, betekent niet dat het project daarom aan de MER-plicht onderworpen is. De tussenkomenende partijen verwijzen naar artikel 36ter, 5^e alinea van het natuurdecreet dat handelt over de projecten waarvoor géén MER moet opgesteld worden.

De tussenkomenende partijen besluiten tot de ongegrondheid van het eerste onderdeel van het middel.

De tussenkomenende partijen stellen bovendien dat zij bij hun aanvraag een “onderzoek naar de mogelijke effecten van het windpark Goeiende (Zelee) op vogels” gevoegd hebben, waaruit blijkt dat het project geen betekenisvolle aantasting zal veroorzaken van de natuurlijke kenmerken van de gespecialiseerde beschermingszones in de omgeving. De tussenkomenende partijen citeren in dat verband uitvoerig het advies van het ANB en de bestreden beslissing genomen door de verwerende partij, die zich dat advies eigen gemaakt heeft.

De tussenkomenende partijen stellen dat het natuurdecreet niet voorschrijft hoe een dergelijke passende beoordeling dient uitgevoerd te worden. Derhalve dient het begrip richtlijnconform uitgelegd te worden, met name als een beoordeling waarin op afdoende wijze onderzocht is welke de gevolgen voor het gebied zijn, rekening houdende met de instandhoudingsdoelstellingen. Volgens de tussenkomenende partijen valt de wijze waarop die

beoordeling gebeurt onder de discretionaire bevoegdheid van de betrokken overheid. De Raad kan zijn beoordeling niet in de plaats stellen en beschikt slechts over een legaliteitstoezicht.

De tussenkomende partijen merken op dat een passende beoordeling in inhoudelijk opzicht minder verregaand is dan een MER, zodat de enkele vaststelling dat een MER op basis van alle recente wetenschappelijke gegevens een belangrijke aanvulling zou zijn, geen afbreuk doet aan de wettigheid van de beoordeling die in het kader van de aanvraag gebeurd is. De tussenkomende partijen stellen bovendien dat in de bestreden beslissing tegemoet gekomen is aan de onzekerheid over eventuele significante effecten door het opleggen van voorwaarden, met name de opmaak van een monitoringplan en een afsprakennota. Hiermede is volgens de tussenkomende partijen voldaan aan het voorzorgbeginsel. De tussenkomende partijen stellen bovendien dat het ANB zich op 4 augustus 2011 akkoord heeft verklaard met de monitoring en resultaatsverbintenis die de tussenkomende partijen inmiddels hebben voorgelegd.

De tussenkomende partijen oordelen eveneens dat de verzoekende partij niet aangeeft in welke mate de opgelegde vergunningsvoorwaarde in strijd is met de geldende wetgeving zodat het middel op dit punt onontvankelijk is.

De tussenkomende partijen besluiten tot de ongegrondheid van het tweede onderdeel.

De tussenkomende partijen sluiten zich aan bij het verweer van de verwerende partij m.b.t. de beweerde schending van artikel 16 van het natuurdecreet. Zij voegen eraan toe dat de verzoekende partij de draagwijdte van artikel 16, §1 van het natuurdecreet ten onrechte beperkt tot de plicht om schade aan natuurwaarden te “*voorkomen*”. Zij stellen dat artikel 16, §1 handelt over “*vermijdbare schade*” en ook toelaat om voorwaarden op te leggen om zodanige schade “*te voorkomen, te beperken of, indien dit niet mogelijk is, te herstellen*”.

De vergunningverlenende overheid beschikt volgens de tussenkomende partijen bij de keuze op welke wijze er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan, over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. In casu werd door de verwerende partij op grond van een gunstig advies van het ANB geoordeeld dat het aantal slachtoffers binnen de perken blijft zodat er geen significante nadelige effecten moeten verwacht worden. De vaststelling dat er in de naburige zoekzones rond het geplande traject andere alternatieven zouden kunnen onderzocht worden, volstaat volgens de tussenkomende partijen niet om aan te tonen dat het project onzorgvuldig zou gevoerd zijn en zou steunen op onjuiste gegevens.

De tussenkomende partijen besluiten tot de onontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van het derde onderdeel.

De tussenkomende partijen sluiten zich tenslotte aan bij de verwerende partij voor wat betreft de onontvankelijkheid van het vierde onderdeel m.b.t. de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur.

4.

In haar wederantwoordnota stelt de verzoekende partij m.b.t. het eerste onderdeel dat de te onderzoeken milieu-effecten zowel directe als indirecte effecten kunnen zijn en dus ook activiteiten kunnen betreffen die zich buiten de beschermde gebieden voordoen. Bovendien moet de beslissing of al dan niet een MER moet opgemaakt worden, of een ontheffingsdossier, gebeuren vooraleer de stedenbouwkundige vergunning ingediend wordt. Op dat ogenblik was reeds duidelijk uit het advies van het ANB en het INBO dat er een kans tot een significant effect bestond op een bijzonder beschermd gebied. Volgens de verzoekende partij kunnen documenten van latere datum, al dan niet met goedgekeurde voorwaarden, niet aanvaard worden.

Ter ondersteuning van het tweede onderdeel van haar middel voert de verzoekende partij nog aan dat in het advies van het ANB van 10 februari 2011 niet met alle beschikbare gegevens rekening gehouden werd, gezien in het bezwaarschrift ingediend door de verzoekende partij een uitvoerige studie was gevoegd als verderzetting van het INBO-advies. De wetgeving vereist dat in een effectbeoordeling rekening gehouden wordt met de *“beste wetenschappelijke kennis ter zake”*.

De verzoekende partij stelt bovendien dat wanneer milderende maatregelen opgelegd worden, deze moeten gekend en goedgekeurd zijn vooraleer de vergunning afgeleverd wordt. Zij verwijst hiervoor naar de artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn. De goedkeuring van het monitoringplan en afsprakenkader werd evenwel slechts gegeven op 4 augustus 2011 terwijl de stedenbouwkundige vergunning dateert van 27 mei 2011, en is dus onwettig. De verzoekende partij merkt op dat het INBO-advies van 28 juni 2011 in verband met het opgelegde monitoringplan nog stelt dat de verstoring van de trekcorridor niet in het advies opgenomen werd. In het advies van het ANB van 4 augustus 2011 wordt ook enkel gesproken over het beperken van het aantal slachtoffers door aanvaring, maar ook hier ontbreekt het aspect verstoring van de trekcorridor volledig. De verzoekende partij stelt tenslotte vast dat het opgestelde monitoringplan en afsprakenkader beperkt is in tijd, waardoor er niet met zekerheid kan gesteld worden dat er geen significante effecten kunnen optreden.

De verzoekende partij besluit dat het ANB haar advies m.b.t. het monitoringplan en afsprakenkader niet op correcte wijze tot stand gebracht heeft.

Voor wat betreft de schending van artikel 16 van het natuurdecreet herhaalt de verzoekende partij haar stelling dat de opgelegde voorwaarde die vermijdbare schade moet voorkomen, beperken of herstellen (het monitoringplan en de afsprakennota), niet was uitgewerkt noch goedgekeurd op het ogenblik van de aflevering van de vergunning en bovendien niet alle mogelijke aspecten in aanmerking heeft genomen, in casu het aspect verstoring van de trekcorridor. Derhalve is volgens haar artikel 6(3) van de Habitatrictlijn geschonden. De opgelegde voorwaarden zijn volgens haar niet volledig. Bovendien werd geen alternatievenonderzoek opgenomen in de nota van de tussenkomende partijen, terwijl uit het advies van het ANB van 10 februari 2011 blijkt dat er sprake kan zijn van een betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone en dat de inplanting voorzien is in een af te raden “rode zone”, en er voldoende alternatieve plaatsen zijn met een kleiner risico.

De verzoekende partij verwijst tevens naar het inmiddels goedgekeurd plan-MER van 7 juli 2011 van het PRUP ‘Afbakening kleinstedelijk gebied Lokeren’ dat aangeeft dat het af te raden is om windturbines te plaatsen in de zone van de te verwachten intensieve trek van watervogels tussen de *“bijzonder beschermde gebieden”* in hetzelfde risicogebied als de aangevraagde stedenbouwkundige vergunning. De verzoekende partij besluit tot de gegrondheid van het derde onderdeel van het ingeroepen middel.

Inzake de ingeroepen schending van de beginselen van behoorlijk bestuur (vierde onderdeel) voert de verzoekende partij aan dat het advies van het ANB van 10 februari 2011 geen rekening heeft gehouden met alle beschikbare gegevens en niet wetenschappelijk onderbouwd is. Vermits de verwerende partij zich dit advies eigen gemaakt heeft, schendt de bestreden beslissing het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij stelt dat het advies van 4 augustus 2011 inzake de concretisering van de opgelegde voorwaarden geen rekening houdt met de bijkomende concluderende opmerkingen van het INBO in haar advies van 28 juni 2011 (verstoring van de trekcorridor). Dit aspect kwam

ook al ter sprake in het INBO-advies van 12 januari 2011. Vermits het ANB en de verwerende partij deze fout hebben overgenomen, is volgens de verzoekende partij het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel geschonden.

De verzoekende partij leidt tenslotte de schending van de ingeroepen beginselen van behoorlijk bestuur af uit het feit dat het monitoringplan en afsprakenkader, als milderende maatregelen zoals voorzien in artikel 6(3) van de Habitatrichtlijn niet goedgekeurd waren op het ogenblik van de aflevering van de vergunning.

De verzoekende partij besluit tot de gegrondheid van het ingeroepen middel.

Beoordeling door de Raad

I.

Ontvankelijkheid van het middel en haar diverse onderdelen

De Raad stelt vast dat de verzoekende partij onder punt 5.1 van het beroep tot vernietiging de geschonden geachte regelgeving, stedenbouwkundige voorschriften en beginselen van behoorlijk bestuur heeft opgesomd.

De verzoekende partij heeft bovendien onder punt 5.2 van het beroep tot vernietiging uitgebreid en gedetailleerd aangegeven op welke wijze zij de ingeroepen regelgeving, stedenbouwkundige voorschriften en beginselen van behoorlijk bestuur geschonden acht.

Voor wat betreft de ingeroepen schending van de beginselen van behoorlijk bestuur verwijst de verzoekende partij naar haar argumentatie uitgewerkt in het kader van de eerste drie onderdelen van het middel. Enkel in de mate de verzoekende partij in haar wederantwoordnota de beginselen van behoorlijk bestuur eveneens geschonden acht stellend dat het ANB in haar advies van 4 augustus 2011 inzake de concretisering van de opgelegde voorwaarden geen rekening hield met het INBO-advies van 28 juni 2011, oordeelt de Raad dit als een nieuw niet-ontvankelijk middel. Los van de vaststelling dat deze adviezen dateren van na de bestreden beslissing kan de verzoekende partij niet op ontvankelijke wijze voor het eerst nieuwe middelen inroepen in haar wederantwoordnota.

De Raad verwerpt de ingeroepen excepties en verklaart het middel in haar geheel zowel als de diverse onderdelen ontvankelijk, met uitzondering van de ingeroepen schending van de beginselen van behoorlijk bestuur gelieerd aan de adviezen van het ANB van 4 augustus 2011 en van het INBO van 28 juni 2011.

II.

De MER-plicht

1.

Het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (hierna het MER-decreet genoemd), zoals gewijzigd door het decreet van 18 december 2002 bepaalt het volgende:

“ ...

Artikel 4.3.1: Voorgenomen projecten worden, alvorens een vergunning kan worden aangevraagd voor de vergunningsplichtige activiteit die het voorwerp uitmaakt van het project, aan een milieueffectrapportage onderworpen in de gevallen bepaald in dit hoofdstuk.

Artikel 4.3.2, §1: De Vlaamse regering wijst, aan de hand van de criteria die worden omschreven in de bij dit decreet gevoegde bijlage II, de categorieën van projecten aan die worden onderworpen aan de in dit hoofdstuk bedoelde vorm van milieueffectrapportage.

Artikel 4.3.2, §2: De Vlaamse regering wijst, aan de hand van de criteria die worden omschreven in de bij dit decreet gevoegde bijlage II, de andere dan in §1 bedoelde categorieën van projecten aan waarvoor overeenkomstig dit hoofdstuk al dan niet een milieueffectrapport moet worden opgesteld op grond van een beslissing, geval per geval, van de administratie.

Artikel 4.3.3, §3: In de gevallen bedoeld in artikel 4.3.2 kan de initiatiefnemer een gemotiveerd verzoek tot ontheffing van de milieueffectrapportageverplichting indienen bij de dienst MER.

...

2.

Het MER-besluit legt de lijst van deze categorieën vast. Bijlage II bevat een lijst met categorieën van projecten waarvoor de MER-plicht geldt maar waarvoor de initiatiefnemer een ontheffing kan aanvragen bij de administratie.

Bijlage II van het MER-besluit onderwerpt o.m. volgende projecten aan de MER-plicht met mogelijkheid tot ontheffing de categorie Windenergieprojecten, subcategorie i):

“ ...

Installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie voor zover de activiteit betrekking heeft:

-op 20 windturbines of meer, of

-op 4 windturbines of meer, die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied.

...”

Artikel 1 van het MER-besluit bepaalt de volgende gebieden als bijzonder beschermde gebieden:

“ ...

a. De speciale beschermingszones overeenkomstig het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu;

...”

3.

Het natuurdecreet van 21 oktober 1997 omschrijft in artikel 2, 43° de speciale beschermingszone als volgt:

“ ...

Gebied aangewezen door de Vlaamse Regering in toepassing van de Vogelrichtlijn of van de Habitatrichtlijn.

...”

4.

De Raad stelt vast dat de turbines ingeplant worden tussen twee lussen van het vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde”, een onderdeel van het Vlaams ecologisch netwerk.

Teneinde na te gaan of de voorliggende aanvraag MER-plichtig is, dient nagegaan te worden of de bouw van de vier windturbines een “*aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben*” op het bijzonder beschermd gebied “Durme en middenloop van de Schelde”.

Voormelde bepaling betreft niet alleen de beoogde werken die ingeplant worden binnen een beschermd gebied, maar ook projecten daarbuiten die een aanzienlijke invloed op de beoogde bijzonder beschermde gebieden kunnen hebben.

De bestreden beslissing schendt aldus het MER-besluit in de mate de verwerende partij van oordeel is dat de aanvraag niet onder toepassing van de MER-plicht valt omdat de vier turbines niet binnen een beschermd gebied ingeplant worden.

5.

Gezien in de bestreden beslissing evenwel eveneens een beoordeling gemaakt wordt in het kader van de MER-plicht over de vereiste dat het aangevraagde “een aanzienlijke invloed” kan hebben op het bijzonder beschermd gebied, wordt dit aspect door de Raad hierna verder onderzocht.

Volgens het advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek van 2008 (INBO-A—211) zoals overgenomen in het advies van het Agentschap Natuur en Bos van 10 februari 2011 zijn de vier windturbines op 24 december 2008, als een toenmalig onderdeel van een park van 13 turbines, ongunstig geadviseerd omdat er zich dagelijks vliegbewegingen voordoen, met name trekbewegingen tussen twee belangrijke deelgebieden van het Vogelrichtlijngebied “Durme en middenloop van de Schelde”, die onderdeel zijn van het Vlaams ecologisch netwerk. Uit het advies blijkt bovendien dat de trekroute de vier turbines kruist. Het advies vermeldt uitgebreid dat trekroutes tussen delen van Vogelrichtlijngebieden essentieel zijn voor de samenhang van het natura 2000 netwerk (alle Habitatrichtlijngebieden en Vogelrichtlijngebieden samen).

Hetzelfde advies vermeldt tevens dat de vier turbines voorzien worden in een “rode zone”, d.w.z. een “af te raden inplantingslocatie” van de globale ornithologische analyse voor de zoekzones voor windturbines in het beleidskader van de Provincie Oost-Vlaanderen. Volgens het advies zijn deze rode zones niet talrijk aanwezig en zijn er voldoende plaatsen waar het risico kleiner ingeschat wordt. Bovendien wordt aangestipt dat de nabije omgeving nog in volle evolutie is en er onzekerheid blijft over de effecten van de inplanting van de vier turbines

Het MER-besluit van 10 december 2004 geeft uitvoering aan de Richtlijn 85/337/EG die bepaalt dat alle projecten die “een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben”, het voorwerp moeten uitmaken van een milieueffectrapportage.

De verplichtingen inzake screening vervat in artikel 4 e.v. van voormelde Richtlijn zijn een voldoende duidelijke en ambtshalve door de nationale rechter op te werpen toetsingsnorm ter beoordeling van de wettigheid van een vergunningsbesluit. De bepalingen zijn derhalve rechtstreeks inroepbaar.

Het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak steeds gesteld dat welke methode de lidstaten ook hebben gekozen ter invulling van de screeningsverplichting, de gebruikte methode geen afbreuk mag doen aan de doelstelling van Richtlijn 85/337/EEG, met name dat geen enkel project dat aanzienlijke milieueffecten kan hebben, van een project-MER wordt uitgesloten, tenzij het specifieke project op basis van een algemene beoordeling kan geacht worden geen aanzienlijk milieu-effect te hebben (o.m. HvJ 10 juni 2004, nr C-87/02).

Gelet op de toepassing van het voorzorgbeginsel moet aangenomen worden dat een positieve screeningsbeslissing zich opdringt wanneer er sprake is van onzekerheid omtrent de mogelijke aanwezigheid van significante (negatieve) effecten.

De Raad stelt trouwens vast dat het ANB zelf aangeeft dat het voorzorgbeginsel vereist dat er een grote zekerheid moet zijn dat er geen significante (negatieve) effecten optreden.

De zorgvuldigheidsplicht impliceert dat de verwerende partij bij het nemen van haar beslissing op zorgvuldige wijze handelt bij de feitenvinding en beoordeling van de voorliggende adviezen. Zij kan zich hierbij gebeurlijk steunen op externe eensluidende adviezen doch enkel in de mate deze adviezen zelf op zorgvuldige wijze tot stand gekomen zijn en voldoende gemotiveerd zijn.

De Raad is van oordeel dat het advies van het ANB weliswaar werd opgenomen in het bestreden besluit maar tot een kennelijk onredelijke besluitvorming komt in de mate een gunstig advies, weliswaar onder voorwaarden, wordt afgeleverd, niettegenstaande vastgesteld wordt dat het aangevraagde project zich tussen twee lussen van het beschermd gebied “Durme en middenloop van de Schelde” bevindt, en dit in een rode zone, d.w.z. de meest af te raden zoekzones voor windturbines, en tevens aangegeven wordt dat er voldoende alternatieve inplantingsplaatsen zijn in de omgeving die veel minder hinder veroorzaken.

De Raad is van oordeel dat het advies intern tegenstrijdige motieven bevat in de mate gesteld wordt dat, hoewel er grote onzekerheid blijft bestaan over mogelijke negatieve impact, zij zich uiteindelijk aansluit bij de studie opgemaakt in opdracht van de tussenkomende partijen en deze als een passende beoordeling en als een verscherpte natuurtoets aanvaardt, hoewel uit het advies van het INBO blijkt dat de impact op de vogeltrekroute door deze studie ernstig onderschat wordt en er tevens ernstige vragen gesteld worden bij de aanpak en methodologie.

De samenlezing van de uitgebrachte adviezen, en met name het gegeven dat de voorziene inplantingslocatie van de vier turbines zich in een rode, dus volstrekt af te raden, zoekzone bevindt, het feit dat een belangrijke trekroute de windturbines kruist, het bestaan van voldoende alternatieve inplantingsplaatsen die minder belastend zijn, en het gegeven dat deze vier turbines deel uitmaken van een vorige aanvraag van dertien turbines en toen niet vergund werden om gelijklopende motieven als hierboven vermeld, kunnen enkel leiden tot de conclusie dat de verwerende partij niet op kennelijk redelijke wijze het bestaan van mogelijke aanzienlijke invloed op de beschermde gebieden vermocht te negeren.

6.

Conform artikel 4.3.1, §1, tweedelid VCRO kan het vergunningverlenende bestuursorgaan weliswaar een vergunning afleveren wanneer het van oordeel is dat de overeenstemming van het aangevraagde met het recht en de goede ruimtelijke ordening gewaarborgd kan worden door het opleggen van voorwaarden. In casu legt de verwerende partij op dat een monitoringplan en afsprakennota moet opgemaakt worden in samenspraak tussen de tussenkomende partijen en het ANB, teneinde te vermijden dat het aangevraagde project een aanzienlijke invloed zou kunnen hebben op de betrokken speciale beschermingsgebieden.

De Raad merkt evenwel op dat zulks minstens veronderstelt dat de opgelegde voorwaarden voldoende precies zijn om te kunnen nagaan of de beoogde doelstelling kan bereikt worden. Zulks vereist m.a.w. dat het monitoringplan en de afsprakennota als opgelegde voorwaarden inhoudelijk moeten ingevuld zijn op datum van de te nemen beslissing, zo niet blijft op het ogenblik van de bestreden beslissing de onzekerheid bestaan over de mogelijke negatieve impact en aanzienlijke invloed op de beschermde gebieden.

Nu blijkt dat de concrete inhoud van de opgelegde voorwaarden nog diende onderhandeld te worden tussen het ANB en de tussenkommende partijen op datum van de bestreden beslissing, dient vastgesteld te worden dat op het ogenblik van de vergunningsbeslissing minstens grote onzekerheid bestond over de mogelijke aanzienlijke invloed op het beschermd gebied “Durme en de middenloop van de Schelde”, zodat niet anders kan geoordeeld worden dan dat het project onder toepassing valt van de MER-plicht, overeenkomstig het MER-besluit van 10 december 2004.

Het feit dat het monitoringplan en afsprakenkader inmiddels goedgekeurd is door het ANB is hierbij irrelevant. De Raad merkt bijkomend op dat het bepalen van een maximaal aantal gedoogde slachtoffers binnen welk kader niet zou kunnen gesproken worden van een “aanzienlijke invloed” op het bijzonder beschermd gebied, er precies op wijst dat zowel op het ogenblik van de te nemen beslissing als op het ogenblik van het opstellen van het monitoringplan grote onzekerheid bestond over de mogelijke negatieve impact van het project, hetgeen het project meteen MER-plichtig maakt in toepassing van het MER-besluit van 10 december 2004.

III.

De passende beoordeling en de gewone en verscherpte natuurtoets

1.

Hoewel de Raad in het kader van het hem opgedragen legaliteitstoezicht slechts beschikt over een marginale toetsingsbevoegdheid, dient hij na te gaan of de bestreden beslissing steunt op een correcte feitenvinding, of zij genomen is na een zorgvuldig onderzoek van alle aspecten van de aanvraag, en niet kennelijk onredelijk is rekening houdend met alle voorliggende gegevens en adviezen. De bestreden beslissing moet derhalve verantwoord kunnen worden door in rechte en in feite aanvaardbare motieven die moeten blijken uit de beslissing zelf.

2.

Het risico op aanzienlijke milieu-effecten wordt door de verwerende partij geminimaliseerd door te verwijzen naar de Fortech-studie, uitgevoerd in opdracht van de tussenkommende partijen, en die door de verwerende partij aanvaard wordt als een “passende beoordeling” en “verscherpte natuurtoets”, in uitvoering van artikel 16, 26 bis en 36ter van het natuurdecreet.

Artikel 36ter van het natuurdecreet van 21 oktober 1997 luidt als volgt:

“ ...

§3. Een vergunningsplichtige activiteit die, of een plan of programma dat, afzonderlijk of in combinatie met één of meerdere bestaande of voorgestelde activiteiten, plannen of programma's, een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, dient onderworpen te worden aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone.

De verplichting tot het uitvoeren van een passende beoordeling geldt ook indien wegens het verstrijken van de lopende vergunning van de vergunningsplichtige activiteit een nieuwe vergunning moet worden aangevraagd.

De initiatiefnemer is verantwoordelijk voor het opstellen van de passende beoordeling.

Indien een vergunningsplichtige activiteit of een plan of programma onderworpen is aan de verplichting tot milieueffectrapportage overeenkomstig de wetgeving in uitvoering van de project-MERrichtlijn of de plan-MERrichtlijn, geschiedt de passende beoordeling in het kader van de milieueffectrapportage. De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen in verband met de herkenbaarheid van de passende beoordeling in het milieueffectrapport.

Indien een vergunningsplichtige activiteit of een plan of programma niet onderworpen is aan de verplichting tot milieueffectrapportage overeenkomstig de wetgeving in uitvoering van de project-MERrichtlijn of de plan-MERrichtlijn, vraagt de administratieve overheid steeds het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud.

De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen in verband met de inhoud en de vorm van de passende beoordeling.

§ 4. De overheid die over een vergunningsaanvraag, een plan of programma moet beslissen, mag de vergunning slechts toestaan of het plan of programma slechts goedkeuren indien het plan of programma of de uitvoering van de activiteit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken. De bevoegde overheid draagt er steeds zorg voor dat door het opleggen van voorwaarden er geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan ontstaan.

§ 5. In afwijking op de bepalingen van § 4, kan een vergunningsplichtige activiteit die of een plan of programma dat afzonderlijk of in combinatie met één of meer bestaande of voorgestelde activiteiten, plannen of programma's, een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, slechts toegestaan of goedgekeurd worden

a) nadat is gebleken dat er voor de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone geen minder schadelijke alternatieve oplossingen zijn en

b) omwille van dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard. Wanneer de betrokken speciale beschermingszone of een deelgebied ervan, een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat of een prioritaire soort is, komen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijk gunstige effecten dan wel, na advies van de Europese Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang, in aanmerking.

De afwijking bedoeld in het voorgaande lid kan bovendien slechts toegestaan worden nadat voldaan is aan de volgende voorwaarden:

1° de nodige compenserende maatregelen genomen zijn en de nodige actieve instandhoudingsmaatregelen genomen zijn of worden die waarborgen dat de algehele samenhang van de speciale beschermingszone en -zones bewaard blijft;

2° de compenserende maatregelen zijn van die aard dat een evenwaardige habitat of het natuurlijk milieu ervan, van minstens een gelijkaardige oppervlakte in principe actief is ontwikkeld.

De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen voor het opstellen van een passende beoordeling van de effecten van de activiteit op de habitats, de habitats van een soort en op de soort of soorten waarvoor de speciale beschermingszone is aangewezen, voor het onderzoeken van minder schadelijke alternatieven en inzake de compenserende maatregelen.

De Vlaamse regering oordeelt over het bestaan van een dwingende reden van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard.

Elke beslissing in uitvoering van de afwijkingsprocedure van deze paragraaf, wordt met redenen omkleed.

§ 6. De overheid houdt bij haar beslissing over de voorgenomen actie, en in voorkomend geval ook bij de uitwerking ervan, rekening met het goedgekeurde milieueffectrapport, de passende beoordeling of het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud.

De overheid motiveert elke beslissing over de voorgenomen actie in het bijzonder op volgende punten:

1° de keuze voor de voorgenomen actie, een bepaald alternatief of bepaalde

deelalternatieven;

2° de aanvaardbaarheid van de te verwachten betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone;

3° de in het milieueffectrapport, in de passende beoordeling of de in het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud voorgestelde compenserende maatregelen en actieve instandhoudingsmaatregelen.

Wordt deze beslissing genomen in het kader van een vergunningverlening of het verlenen van een toestemming of machtiging, dan deelt de overheid haar beslissing mee aan de aanvrager op dezelfde wijze als de beslissing op de aanvraag voor de vergunning of de toestemming of machtiging wordt meegedeeld.

§ 7. Voor de speciale beschermingszones kan de Vlaamse regering een specifieke regeling uitwerken voor de cumulatieve toepassing van de procedures voorzien in dit artikel en in de artikelen 13, 15 en 26bis.

...”

Artikel 16 natuurdecreet luidt als volgt:

“ ...

§ 1. In het geval van een vergunningsplichtige activiteit, draagt de bevoegde overheid er zorg voor dat er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan door de vergunning of toestemming te weigeren of door redelijkerwijze voorwaarden op te leggen om de schade te voorkomen, te beperken of, indien dit niet mogelijk is, te herstellen.

...”

Artikel 26 bis natuurdecreet luidt als volgt:

“ ...

§ 1. De overheid mag geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

...”

3.

Indien bij de MER-screening vastgesteld wordt dat er sprake is van een risico op betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone, dient bijkomend ook een passende beoordeling opgemaakt te worden conform art 36ter §3 van het natuurdecreet. De betekenisvolle aantasting moet beoordeeld worden op grond van de instandhoudingsdoelstellingen voor het betrokken gebied, in casu de betrokken speciale beschermingszones.

Vermits de Raad reeds heeft vastgesteld dat de aanvraag onderworpen is aan de MER-plicht, impliceert zulks dat de passende beoordeling binnen het kader van de MER dient opgesteld te worden overeenkomstig artikel 36ter, §3 van het natuurdecreet. De bestreden beslissing is hiermede strijdig, in de mate zij de Fortech-studie, opgemaakt op initiatief van de tussenkomende partijen beschouwt als passende beoordeling en verscherpte natuurtoets.

De Raad ziet bovendien niet hoe de Fortech-studie door de verwerende partij in alle redelijkheid als “passende beoordeling “ kan beschouwd worden, nu blijkt dat deze studie ernstig bekritiseerd is door het INBO zowel qua methodologie als qua resultaten.

De Raad merkt tevens op dat overeenkomstig artikel 16 van het natuurdecreet de vergunning dient geweigerd te worden in geval van vermijdbare schade aan de natuur. Nu het bovenvermeld

advies van het INBO aangeeft dat de aanvraag ligt in een rode zoekzone (af te raden zone) en aangeeft dat er voldoende potentiële alternatieve inplantingsplaatsen in de omgeving zijn die veel minder hinder veroorzaken, ziet de Raad in alle redelijkheid niet in hoe de vergunning kon toegekend worden, zonder dat bovendien een onderzoek is gebeurd naar mogelijke alternatieve inplantingsplaatsen zoals voorzien in artikel 36ter, §5a en 5b van het natuurdecreet.

De Raad besluit dat de bestreden beslissing in de aangegeven mate strijdig is met het MER-decreet en het MER-besluit, met artikel 16 en 36ter van het natuurdecreet, en met het zorgvuldigheidsbeginsel, en niet afdoende gemotiveerd is.

Het middel is gegrond.

OM DEZE REDENEN BESLIST DE RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

1. Het verzoek tot tussenkomst van de bvba [REDACTED] en de nv [REDACTED] is ontvankelijk.
2. Het beroep is ontvankelijk en gegrond.
3. De Raad vernietigt de beslissing van de verwerende partij van 27 mei 2011, waarbij aan de tussenkomende partijen de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van vier windturbines op percelen gelegen te [REDACTED] en met kadastrale omschrijving [REDACTED].
4. De Raad beveelt de verwerende partij een nieuwe beslissing te nemen over de aanvraag van de tussenkomende partijen en dit binnen een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de betekening van dit arrest.
5. De Raad legt de kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, ten laste van de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting op 3 juni 2014, door de Raad voor Vergunningsbetwistingen, achtste kamer, samengesteld uit:

Marc VAN ASCH, voorzitter van de achtste kamer,

 met bijstand van

Sofie VAN NOTEN, toegevoegd griffier.

De toegevoegd griffier,

De voorzitter van de achtste kamer,

Sofie VAN NOTEN

Marc VAN ASCH