

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 142.418 van 21 maart 2005
in de zaak A. 160.903/VII-33.679.**

In zake : de gemeente BORSBEEK,
die woonplaats kiest bij
Advocaat C. SERVAIS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Generaal Lemanstraat 55

tegen :

het Vlaamse gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat J. BERGÉ,
kantoor houdende te LEUVEN,
Vaartstraat 64.

DE VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de gemeente BORSBEEK op 17 maart 2005 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid te vorderen van “de Kapmachtiging Openbaar Bos door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Bos en Groen d.d. 11 maart 2005, toegekend aan de N.V. V.L.M. AIRLINES voor een schaarhoutkap op het terrein van Fort III over een oppervlakte van 7ha en 36are”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 18 maart 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 maart 2005;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten C. SERVAIS en Ph. DIJCKMANS, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van Advocaat J. BERGÉ, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur E. HAESBROUCK;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1.1. Overwegende dat de feitelijke gegevens van de zaak door de verzoekende partij als volgt worden uiteengezet (samengevat) :

Bij schrijven van 15 juni 2004 wordt verzoekster door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Personenvervoer en Luchthavens op de hoogte gebracht van het feit dat er een aantal luchtvaarthindernissen zou bestaan rond de luchthaven van Deurne, in de vorm van bomen en struiken die door het naderingsvlak zouden zijn gegroeid, met name in de omgeving van het Fort III.

Het Vlaams Gewest is exploitant van voormelde luchthaven.

Het Fort III is eigendom van verzoekster het omvat ongeveer 34 ha en beslaat derhalve 10% van het totale grondgebied van de gemeente. Verzoekster stelt dat dit domein is zowat het enige bosgebied is in de gemeente en dat zij dit dan ook wenst te gebruiken als recreatie-zone. Bovendien is het merendeel van de lokale verenigingen (jeugdverenigingen, tekenacademie, enz.) gehuisvest op het domein.

In de zitting van het College van Burgemeester en Schepenen van 2 juli 2004 wordt volgende beslissing genomen:

“Art. 2. Het college beslist dat er mag gesnoeid worden mits voorafgaandelijk overleg ter plaatse met het hoofd van de technische dienst, zodat zowel de hoogte waarop gesnoeid wordt als de precieze locatie kan besproken worden.”

Van deze collegebeslissing wordt bij brief van 7 juli 2004 kennis gegeven aan de heer CATRYSSE, afdelingshoofd Personenvervoer en Luchthavens bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.

Het overleg, waarvan sprake in de collegebeslissing van 2 juli 2004, vindt plaats op 19 juli 2004 . Samen met o.m. de heer CATRYSSE wordt tot een akkoord gekomen wat deze snoeiwerken betreft “de snoeiwerken worden maximaal uitgevoerd”.

Op 23 augustus 2004 richt de heer Gouverneur van de Provincie Antwerpen zich tot verzoekster met de mededeling dat hij vernomen heeft dat het College van Burgemeester en Schepenen zich zou verzetten tegen de snoeiwerken aan Fort III. Hij verzoekt spoedig de nodige maatregelen te nemen.

Verzoekster reageert bij monde van haar burgemeester per brief van 31 augustus 2004, waarin wordt gesteld dat op 2 juli 2004 wel degelijk toestemming tot snoeien werd gegeven, mits voorafgaand overleg.

Nadien volgt nog briefwisseling in verband met de vakkundigheid van de uitgevoerde snoeiwerken. Het gaat, volgens verzoekster, enkel om snoeiwerken langsheen de landingsbanen.

Op 30 november 2004 ontvangt verzoekster een dagvaarding vanwege NV VLM AIRLINES om te verschijnen voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, waarbij deze luchtvaartmaatschappij als gebruiker van de Luchthaven van Deurne vordert:

- De Gemeente Borsbeek te horen bevelen binnen de vijf dagen na de betekening van de tussengekomen beschikking snoei- en kapwerken aan te vatten die uitgevoerd worden in een periode van 30 dagen en die ertoe leiden dat de begroeiing op haar grondgebied op een duurzame wijze in overeenstemming wordt gebracht met de geldende veiligheidsvoorschriften en dus gesnoeid en of gekapt worden zodat er zich geen obstakels meer bevinden binnen het driedimensionaal vlak met vier coördinatoren (A, B, C en D) achter baan 11 op de internationale luchthaven Antwerpen onder verbeurte van een dwangsom van 20.000,00 EUR per dag dat verwerende partij in gebreke blijft hieraan te voldoen;
- Aan VLM toelating te horen verlenen indien de Gemeente Borsbeek in gebreke blijft de snoei- en kapwerken uit te voeren of te laten uitvoeren op kosten van verwerende partij en desnoods met de bijstand van de openbare macht;
- ondergeschikt ir. H. Callebaut op te roepen als getuige;
- de Gemeente Borsbeek te horen veroordelen tot de kosten.

Verzoekster stelt dat op 8 december 2004 het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Personenvervoer en Luchthavens, haar laat weten dat er blijkbaar nog steeds een probleem is van hindernissen die door het naderingsvlak steken.

Tijdens de procedure voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen is gebleken dat er een parallel circuit van briefwisseling tussen de VLM en het Vlaamse Gewest (zonder de verzoekster) bestaat. Verzoekster geeft daarvan het volgende overzicht :

In een schrijven van 30 augustus 2004 van VLM aan het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, luchthavencommandant PARIDAENS, wordt gesteld:

“De VLM directie spreekt u aan in uw hoedanigheid van commandant van de luchthaven Antwerpen en als de primair verantwoordelijke persoon voor

de veilige vluchtuitvoering. In de mate van het nodige dient VLM u in gebreke te stellen de nodige maatregelen te nemen om de bomen en struiken dusdanig te korten of te verwijderen, opdat de veiligheid blijvend wordt gewaarborgd en beide banen 11 en 29 over de gehele lengte kunnen worden gebruikt.”

Kopie van deze brief wordt verstuurd aan Vlaams minister Kris Peeters, Vlaams minister Dirk Van Mechelen en de heer Camille Paulus, gouverneur van de provincie Antwerpen. Verzoekster krijgt hiervan geen kopie.

Op 1 september 2004 bezorgt luchthavencommandant PARI-DAENS een schrijven aan de VLM met de mededeling dat het eerdere schrijven zal worden overgemaakt aan de “bevoegde instanties”.

Op 15 september 2004 wordt een nieuw schrijven gericht door het Vlaamse Gewest, afdeling Personenvervoer en luchthavens aan VLM, met volgende mededeling:

“Van zodra deze kaarten bekend waren, is met de technische dienst van de gemeente Borsbeek tijdens een plaatsbezoek overeengekomen om bepaalde bomen en struiken die door het naderingsvlak komen of die een hinder vormen voor de goede zichtbaarheid van de naderingsverlichting te doen wegnemen. Deze snoei- en kappingswerken zullen in de loop van de maand oktober uitgevoerd. Hiertoe werden zopas de nodige financiële middelen vastgelegd.”

Hierop volgt een schrijven van 7 oktober 2004 vanwege de raadslieden van VLM waarin vragen worden gesteld met betrekking tot de voorgenomen werkzaamheden. Verzoekster stelt hiervan niet op de hoogte te zijn gebracht, noch door VLM, noch door het Vlaamse Gewest. In elk geval worden door het Vlaams Gewest in de loop van oktober en november zoals gebruikelijk kappingswerken uitgevoerd op het terrein van Fort III..

Op 4 november 2004 wordt opnieuw namens VLM een herinneringsschrijven gericht aan de afdeling Personenvervoer en luchthavens, die bij schrijven d.d. 8 november 2004 antwoordt als volgt:

“Het is zeker bekend dat op vraag van de luchthavendirectie de gemeente Borsbeek akkoord is gegaan met de kapping of intopping van alle bomen binnen de 2 x 60 zone in het verlengde van de startbaan die een hinder konden vormen voor het vliegverkeer op de baan 11.
Deze kappingen werden uitgevoerd door de onderhoudsaannemer van de luchthaven in de loop van de maand oktober 2004.
De hindernissen in de hellende konische vlakken vormen een complexer probleem gelet op de aard van de natuurwaarde ervan.
Ik heb een overleg gepland met de luchthavendirectie met het directoraat-generaal luchtvaart, dat zal plaatsvinden op 19 november e. k..

Op basis hiervan ben ik bereid om met VLM te overleggen hoe de situatie verder kan verholpen worden.”

Op 19 november 2004 vindt er blijkbaar ‘overleg’ plaats.

Verzoekster stelt dat zij nooit voor dit overleg werd uitgenodigd.

Bij beschikking van de kortgedingrechter van 1 februari 2005 wordt de vordering van VLM ontvankelijk en gegrond verklaard.

Zij legt de gemeente Borsbeek bevel op om binnen de vijf dagen na de betekening van de beschikking, snoei- en kapwerken aan te vatten die uitgevoerd worden in een periode van 30 dagen en die ertoe leiden dat de begroeiing op haar grondgebied op een duurzame wijze in overeenstemming wordt gebracht met de geldende veiligheidsvoorschriften, en dus gesnoeid en/of gekapt worden zodat er zich geen obstakels meer bevinden binnen het driedimensioneel vlak met vier coördinaten (A, B, C en D) achter baan 11 op de internationale luchthaven Antwerpen, waarbij:

- A het noordelijke eindpunt van de baanstrook is met coördinaten (157399.49; 208764.66; 11.86);
- B het zuidelijke eindpunt van de baanstrook is met coördinaten (157298.51208482.13; 11.86);
- C het noordelijke uiteinde van een deel van naderingsvlak is met coördinaten (158285.19 ; 208590. 17 ; 29.76);
- D het zuidelijke uiteinde van een deel van het naderingsvlak is met coördinaten (158095.96 ; 208054.63 ; 29.76).

De beschikking spreekt de veroordeling uit onder verbeurte van een dwangsom t.v.v. VLM ten belope van 20.000,00 EUR die verbeurd zal zijn per aangevatte dag dat de gemeente Borsbeek in gebreke blijft om de gevorderde maatregel te voldoen.

De beschikking machtigt ten slotte VLM om, in geval de gemeente Borsbeek in gebreke blijft om aan de tussen te komen maatregel gevolg te geven, de hierboven vermelde snoei- en/of kapwerken uit te voeren of te laten uitvoeren, op kosten van de gemeente Borsbeek, en zich daarvoor desgevallend te laten bijstaan door de openbare macht.

Bij deurwaardersakte van 10 februari 2005 stelt verzoekster hoger beroep in tegen de beschikking van de kort geding rechter .

Gelet op de betekening van de beschikking aan verzoekster op 2 februari 2005 diende verzoekster uiterlijk op 7 februari 2005 de bevolen werken aan te vatten. Na consultatie van meerdere aannemers werd op de collegevergadering van 11 februari 2005 bij hoogdringendheid beslist om een aannemer aan te duiden.

Verzoekster stelt dat zij ondertussen en vanaf 7 februari 2005 ononderbroken in eigen beheer heeft gesnoeid maar dat het voor haar duidelijk werd dat de bevolen maatregel “zowel materieel als juridisch onmogelijk was” .

Bij tussenarrest van 22 februari 2005 heeft het Hof het hoger beroep ontvankelijk verklaard, maar inzake de discussie ten gronde de debatten ‘heropend’ gelet op de problematiek van de ‘scheiding der machten’ en de zaak voor pleidooien vastgesteld op 7 maart 2005.

Op 9 maart 2005 vraagt de raadsman van VLM een kapmachtiging aan.

Op 11 maart 2005 levert de woudmeester van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap een kapmachtiging af aan VLM in toepassing van artikel 50 van het Bosdecreet. Dit is de bestreden beslissing.

Op 14 maart 2005 wordt de zaak in beraad genomen door het Hof van Beroep. Het arrest zal worden uitgesproken op 12 april 2005.

1.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota verwijst naar de uiteenzetting van de feiten door de verzoekende partij;

2.1. Overwegende, vooreerst, dat de verwerende partij betoogt dat de bestreden beslissing een overbodige beslissing is, nu “bij afwezigheid, c.q. vernietiging of schorsing van de tenuitvoerlegging (...) de kapping op grond van art. 81, al. 2 Bosdecreet even goed (blijkt) te kunnen worden uitgevoerd”;

2.2. Overwegende dat de voornoemde bepaling van het bosdecreet betrekking heeft op “kappingen voorzien in een goedgekeurd beheersplan”, terwijl in casu ter terechtzitting is gebleken dat de betrokken percelen niet zijn opgenomen in een goedgekeurd beheersplan; dat alleen reeds om die reden de stelling van de verwerende partij niet opgaat; dat vaststaat dat in casu een kapmachtiging werd aangevraagd en werd verleend;

3. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat aan de vereiste aangaande de uiterst dringende noodzakelijkheid is voldaan, nu is gebleken dat de n.v. VLM Airlines hedennamiddag is gestart met de uitvoering van de werken;

3.2.1. Overwegende, wat de vereiste aangaande het voorhanden zijn van een ernstig middel betreft, dat de verzoekende partij als eerste middel de schending aanvoert van “artikel 36bis en artikel 36ter van het Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu van de Vlaamse Raad dd. 21 oktober 1997 (hierna genoemd Natuurbehoudsdecreet) juncto het besluit van de Vlaamse regering van 24 mei 2002 tot vaststelling van de gebieden die in uitvoering van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna aan de Europese Commissie zijn voorgesteld als speciale beschermingszones, evenals de Motiveringswet”; dat zij het middel als volgt toelicht :

“1.

De Europese Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (hierna de Habitatrichtlijn) richt zich op de aanwijzing en het behoud van speciale beschermingszones voor kwetsbare planten- en andere diersoorten.

Samen met de Europese Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (hierna de Vogelrichtlijn) vormt de Habitatrichtlijn het zogenaamde ‘Natura 2000-netwerk’, een Europees ecologisch netwerk.

Beide richtlijnen beogen dat plannen en projecten die nadelige gevolgen kunnen hebben voor deze zones een soort ‘ecologische toetsing’ dienen te ondergaan.

2.

Na diverse ingebrekestellingen vanwege de Europese Commissie (zie hierover VAN HOORICK, “Natuurbeschermingsrecht. Recente wetgeving en rechtspraak ingevolge de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn”, N.J.W., 2003, 1318 e.v.) heeft het Vlaams Gewest de Habitatrichtlijn geïmplementeerd door een aanpassing van het Natuurbehoudsdecreet (stuk VI. 1), meer bepaald door inlassing van een nieuwe afdeling 3bis inzake de speciale beschermingszones bij Decreet van 19 juli 2002.

Het nieuwe artikel 36 bis regelt de vaststellingsprocedure van speciale beschermingszones. Het nieuwe artikel 36 ter bevat de eigenlijke beschermingsmaatregelen.

3.

In uitvoering van de Habitatrichtlijn werd Fort III te Borsbeek/Mortsel in zijn totaliteit door de Vlaamse regering reeds bij besluit van 24 mei 2002 vastgesteld als speciale beschermingszone, meer bepaald als onderdeel van de “Historische fortengordels van Antwerpen als vleermuizenhabitats” (code BE2100045). (...)

Bij beschikking van de Europese commissie dd. 7 december 2004 is dit bevestigd (...).

Daarbij staat vast dat de bescherming van Fort III als speciale beschermingszone definitief is, alleen al gelet op artikel 36 bis §12 Natuurbehoudsdecreet dat uitdrukkelijk vermeldt:

‘De gebieden bedoeld in het besluit van de Vlaamse regering van 24 mei 2002 tot vaststelling van de gebieden die in uitvoering van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna aan de Europese commissie zijn voorgesteld als speciale beschermingszones worden geacht definitief te zijn vastgesteld, in de zin van § 6.’ (...)

Dit wordt blijkbaar ook niet betwist door het Vlaams Gewest, nu de terzake bevoegde minister in zijn brief van 28 februari 2005 (stuk 111.19) zelf aangeeft:

‘Wij noteren dat de door de Rechtbank opgelegde maatregelen onderworpen zijn aan de nodige vergunningen in het kader van het bosdecreet en in het kader van het natuurdecreet.

Afdeling Natuur verwijst dus naar artikel 36ter van het decreet betreffende het natuurbehoud waarin staat dat ... (...). Deze afweging is vereist. Gelet op de inhoud van het vonnis heb ik aan de administratie bevoegd voor de regionale luchthavens opdracht gegeven zo ‘n passende beoordeling op te maken.’

Het Vlaams Gewest kan dus niet ontkennen dat Fort III te beschouwen is als definitief vastgestelde speciale beschermingszone in de zin van de Habitatrictlijn en afdeling 3 bis Natuurbehoudsdecreet.

4.

Op grond van artikel 36 ter §1 Natuurbehoudsdecreet is nochtans elke administratieve overheid voortaan verplicht de nodige instandhoudingsmaatregelen te nemen alsook alle nodige beschermingsmaatregelen om elke verslechtering van de natuurkwaliteit en het natuurlijk milieu van de habitats alsook elke betekenisvolle verstoring van een ‘soort’ in de speciale beschermingszone te vermijden.

Het staat vast dat het Vlaamse Gewest te beschouwen is als ‘administratieve overheid’, te meer gelet op de definitie van dit begrip in artikel 2, 22° Natuurbehoudsdecreet:

‘het Vlaamse Gewest, de openbare instellingen die ervan afhangen, de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instellingen die belast zijn met taken van openbaar nut en de andere besturen die onderworpen zijn aan het administratief toezicht van het Vlaamse Gewest.’

Het is derhalve duidelijk dat de bestreden beslissing, die aanzienlijke kappingen mogelijk maakt in de speciale zone, volledig in strijd is met voornoemde verplichting in hoofde van het Vlaams Gewest, aangezien de kapmachtiging precies van die aard is om een verslechtering en/of verstoring te veroorzaken.

5.

Daarnaast gelden ingevolge de definitieve vaststelling als speciale beschermingszone diverse ‘beschermingsmechanismen’, onder meer in toepassing van het Natuurbehoudsdecreet.

Artikel 36 bis § 15 Natuurbehoudsdecreet bepaalt immers:

‘Zodra een gebied dat in aanmerking komt als speciale beschermingszone definitief is vastgesteld in de zin van § 6 of § 12 wordt het voor toepassing van de artikelen 13 § 4, 34, 36, 36ter §§ 3 tot 6, 47 en 48 van dit decreet beschouwd als speciale beschermingszone.’

6.

Bovendien geldt voor zulke beschermingszones op basis van artikel 36 ter §3 Natuurbehoudsdecreet de zogenaamde verplichte natuurtoets:

‘een vergunningsplichtige activiteit, een plan of een programma dat een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van deze speciale beschermingszone kan veroorzaken, dient onderworpen te worden aan een

passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone.'

6.1.

Er kan geen twijfel over bestaan dat de aanvraag van VLM een 'vergunningsplichtige activiteit' betreft.

Dit begrip wordt in artikel 2, 46° Natuurbehoudsdecreet immers als volgt gedefinieerd:

'Een activiteit waarvoor op grond van een wet, decreet of besluit, een vergunning, toestemming of machtiging vereist is'.

Minstens staat vast dat de bewuste activiteit een machtiging vereist, nu VLM deze zelf heeft aangevraagd en ook het Vlaams Gewest hierop is ingegaan in toepassing van artikel 50 Bosdecreet.

6.2.

Er kan evenmin twijfel over bestaan dat de gevraagde machtiging 'een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van deze speciale beschermingszone kan veroorzaken.

Dit begrip wordt in artikel 2, 30° Natuurbehoudsdecreet immers als volgt gedefinieerd:

'een aantasting die meetbare en aantoonbare gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone, in de mate er meetbare en aantoonbare gevolgen zijn voor de staat van instandhouding van de soort(en) of de habitat(s) waarvoor de betreffende speciale beschermingszone is aangewezen of voor de staat van instandhouding van de soort(en) vermeld in bijlage III van dit decreet voor zover voorkomend in de betreffende speciale beschermingszone.'

In casu heeft VLM, zoals blijkt uit de brief van haar raadslieden van 9 maart 2005 een machtiging aangevraagd 'tot uitvoering van de kap- en snoeiwerken zoals omschreven in deze beschikking'.

Met 'deze beschikking' wordt bedoeld hoger geciteerde beschikking van de kortgedingrechter

Aan de hand van plaatsbeschrijvingen door de landmeter van het Vlaams Gewest is gebleken dat de 'snoei- en kapwerken' zoals bevolen door de kortgedingrechter de facto een kaalslag betekenen van Fort III, aangezien op zeer vele plaatsen de bomen dienen te worden gekapt tot 1 meter boven de grondoppervlakte.

Het spreekt voor zich dat dergelijke kapwerken meetbare en aantoonbare gevolgen hebben voor de vleermuizenhabitat van de betreffende speciale beschermingszone.

6.3.

Het kan dus niet worden betwist dat het voorwerp van de aanvraag van VLM beantwoordt aan hoger genoemde definitie uit artikel 36ter §3 Natuurbehoudsdecreet en dus moet worden onderworpen aan een 'passende beoordeling'.

Om deze reden schrijft de bevoegde administratie reeds op 9 februari 2005 (...) aan de milieuambtenaar van verzoekster:

'Was de rechter op de hoogte dat het fort als Habitatrichtlijngebied voor vleermuizen is weerhouden, en dat er in dat geval een passende beoordeling vereist is?'

Ook de bevoegde minister geeft in zijn brief van 28 februari 2005 (...) toe dat de door de kortgedingrechter bevolen maatregelen onderworpen zijn aan vergunningen en een passende beoordeling in het kader van het bosdecreet respectievelijk van het natuurbehoudsdecreet en dat bijgevolg ook een passende beoordeling vereist is.

Een en ander impliceert dat het Vlaams Gewest toegeeft dat het voorwerp van de aanvraag valt onder het toepassingsgebied van artikel 36ter §3 Natuurbehoudsdecreet en derhalve een passende beoordeling noodzakelijk is.

7.

De passende beoordeling moet bovendien, aldus woordelijk artikel 36 ter §3 derde lid Natuurbehoudsdecreet, worden opgemaakt door de initiatiefnemer:

‘De initiatiefnemer is verantwoordelijk voor het opstellen van de passende beoordeling’

Gelet op het feit dat het gaat om een aanvraag van VLM dient deze laatste de passende beoordeling op te stellen en bij te voegen bij haar aanvraag. Uit de aanvraag blijkt dat enkel de beschikking van de kortgedingrechter is bijgevoegd en geenszins een passende beoordeling.

Ook uit de bestreden beslissing zelf blijkt dat dergelijke passende beoordeling niet bestond bij het nemen van de beslissing.

8.

Indien deze passende beoordeling zou voorliggen, dient bovendien de Afdeling Natuur hierover een advies op te stellen:

Hierover zegt ook het Natuurbehoudsdecreet, met name artikel 36 ter §3, voorlaatste alinea:

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

Dit advies van de Afdeling Natuur(behoud) werd blijkens de bestreden beslissing niet afgewacht.

9.

In casu werd het Vlaams Gewest, met name de afdeling Bos en Groen, uitdrukkelijk door VLM gevraagd om activiteiten goed te keuren die een ‘betekenisvolle aantasting’ konden inhouden.

Nochtans kan de overheid in principe geen ‘betekenisvolle aantasting’ goedkeuren, behoudens onder bepaalde stringente voorwaarden:

Zo bepaalt artikel 36 ter §4 Natuurbehoudsdecreet:

‘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.’

Artikel 36 ter §5 vervolgt:

‘In afwijking op de bepalingen van §4 kan een vergunningsplichtige activiteit die of een plan of programma dat (...) een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, slechts toegestaan of goed gekeurd 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...’

10.

Artikel 36 ter §5 vervolgt:

‘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 bestreden beslissing vermeldt weliswaar:

‘Waar de bosbedekking onvolledig blijft dient men te herbebossen in het op de kap eerstvolgend plantseizoen, met inheemse struiken, en in een plantverband dat niet wijder is dan 2 m x 2 m. Het herbebossingsplan (soorten en spreiding over het terrein) moet voorgelegd worden aan en goedgekeurd worden door het Bosbeheer vooraleer de beplanting aan te vatten.’

Op geen enkele wijze kan deze vermelding in de bestreden beslissing worden beschouwd als de noodzakelijke compenserende maatregelen uit artikel 36ter §5 Natuurbehoudsdecreet : deze dienen niet alleen voorafgaandelijk aan de bestreden beslissing genomen te zijn, ze moeten ook van die aard zijn dat een evenwaardige habitat wordt ontwikkeld.

11.

Artikel 36 ter §6 verplicht de overheid tot een zorgvuldige afweging en uitdrukkelijke motivering

‘De overheid houdt bij haar beslissing over de voorgenomen actie, en in voorkomend geval ook bij de uitwerking ervan, rekening met het goedgekeurde milieu-effectrapport, 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.(...)

Wordt deze beslissing genomen in het kader van een vergunningsverlening 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. ‘

De motivering en het beschikkend gedeelte van de bestreden beslissing bevatten geen enkel element waaruit blijkt de betreffende overwegingen ingevolge §4, 5 en 6 van artikel 36ter Natuurbehoudsdecreet werden gemaakt.

Blijkens de bestreden beslissing is de enige motivering:

‘Reden van de kapping : snoei- en kapwerken in het kader van een veiligheidsrisico met betrekking tot de uitbating van de luchthaven, voorgaande ingevolge de beschikking in kort geding van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen dd. 1 februari 2005’

Het Natuurbehoudsdecreet voorziet uiteraard nergens een uitzondering voor ‘kappingen’ die zouden voortvloeien uit een rechterlijke beslissing (waartegen dan nog hoger beroep hangt), te meer daar deze rechterlijke beslissing op geen enkele manier de natuurtoets zoals verplicht door het Natuurbehoudsdecreet maakt.

12.

Conclusie in verband met de Habitatreglementering en het Natuurbehoudsdecreet moet dan ook zijn dat deze bepalingen manifest geschonden zijn door de bestreden beslissing.

Het is duidelijk dat de bestreden beslissing volledig in strijd is met de positieve verplichting in hoofde van het Vlaamse Gewest tot het nemen van instandhoudings- en beschermingsmaatregelen in de betreffende beschermingszone op grond van artikel 36bis Natuurbehoudsdecreet.

Er is evenmin betwisting mogelijk dat de machtigingsaanvraag onder het toepassingsgebied van artikel 36 ter Natuurbehoudsdecreet valt.

Volgens dit artikel dienen de bestuursinstanties die dergelijke machtigingen verlenen de opdracht ‘verder te kijken dan hun eigen wetgeving en ook rekening te houden met de natuurbelangen’ (G. VAN HOORICK, “Natuurbe-

schermingsrecht. Recente wetgeving en rechtspraak ingevolge de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn”, N.J.W., 2003, (1318), 1322- stuk V.5)

Of zoals dezelfde auteur nog schrijft (“De implementatie van ‘Natura 2000’ in het Vlaamse Gewest”, T.M.R. 2003, (204), 211 - stuk V.5):

‘Al bij al kan men hier dus spreken van een vrij omvattende natuurtoets die verplicht is bij heel wat activiteiten, plannen en programma’s die hun oorsprong vinden en (voor het overige) beheerst worden door andere wetgevingen. Dit is echter juist één van de innoverende instrumenten in het milieurecht, zoals er wellicht nog zullen volgen en nodig zijn. Sectorale beoordelingskaders voor overheidsbeslissingen moeten immers kunnen doorbroken worden, derwijze dat de milieubescherming daadwerkelijk wordt geïntegreerd in het denken en handelen van ieder bestuur, op basis van welke wetgeving ook. ‘

Het is duidelijk dat de woudmeester dit in casu manifest niet gedaan heeft: er was geen passende beoordeling en er was geen advies van de Administratie Natuur.”;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota onder de hoofding “Over de uiterst dringende noodzakelijkheid (UDN)’ zelf stelt wat volgt:

“In haar brief aan de Vlaamse minister van Financiën, Begroting en Ruimtelijke Ordening van 16 februari 2005 beschrijft de verzoekende partij dat het Natuurbehouddecreet in speciale beschermingsgebieden, waaronder het EU-Habitatrichtlijn-gebied, een natuurvergunningsplicht instelt voor wijziging van de vegetatie en van kleine landschapselementen.

Fort II ligt als Vleermuizenhabitat volgens art. I, 38e van het B. Vl. Reg. van 14 mei 2002 binnen de perimeter van een zgn. Habitatrichtlijngebied.

Artikel 36ter § 3 e.v. Natuurbehouddecreet moet bijgevolg worden toegepast, wat betekent dat naast de natuurvergunning wegens wijziging van de vegetatie -waarvan de uitvoering van de in kort geding bevolen maatregel afhankelijk lijkt te zijn- ook een zgn. passende beoordeling moet worden gemaakt, om na te gaan of de handelingen waarvoor een vergunning wordt gevraagd geen betekenisvolle negatieve en vermijdbare effecten voor de beschermingszone heeft.

Alhoewel de zgn. passende beoordeling de zorg is van diegene die de natuurvergunning vraagt, heeft de APL er al voor gezorgd. Op 15 maart 2005 heeft het Instituut voor Natuurbehoud een advies gegeven (...).

Maar tot op vandaag lijken de verzoekende partij noch de VLM een natuurvergunning te hebben aangevraagd.

Dit betekent dat de door de voorzitter in kort geding bevolen maatregelen niet kunnen worden uitgevoerd, zelfs al zou de bestreden beslissing worden geschorst. In die zin is er geen geldig UDN”;

3.2.3. Overwegende dat, zoals de verwerende partij in haar nota zelf stelt, de beschikking van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen, zetelend in kort geding, geen vrijstelling inhoudt voor het vragen van de vergunningen die voor het uitvoeren van de bevolen werken noodzakelijk zijn; dat, in acht genomen het gegeven dat uit de neergelegde stukken blijkt dat oude hoogstammige bomen tot onder de kruin worden gekapt, de verwerende partij prima facie dan ook kan worden gevolgd in haar stellingname dat in casu een natuurver-

gunning wegens wijziging van de vegetatie noodzakelijk is en dat de in artikel 36ter, § 3, van het zogenaamde natuurbehoudsdecreet passende beoordeling dient te worden opgesteld; dat evenwel niet blijkt dat de n.v. VLM Airlines de passende beoordeling bij haar aanvraag tot kapmachtiging heeft gevoegd; dat bovendien die passende beoordeling, zoals de verzoekende partij prima facie terecht stelt, diende vergezeld te zijn van het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud; dat het advies van het Instituut voor Natuurbehoud verleend op 15 maart 2005, waarvan de verwerende partij gewag maakt, niet in aanmerking kan worden genomen, nu dat advies werd uitgebracht nadat de bestreden kapmachtiging werd verleend en die machtiging bovendien niet de “mittegerende en compenserende maatregelen” bevat, die in evengenoemd advies werden voorgesteld; dat het middel in de besproken mate ernstig is;

3.3.1. Overwegende dat, wat de vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, de verzoekende partij doet gelden wat volgt:

“Verzoekster toont hierbij aan dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Immers, de bestreden beslissing verleent de N.V. VLM AIRLINES de machtiging om conform de beschikking van 1 februari 2005 ‘in de percelen hierboven vermeld (bedoeld worden: terrein binnen de coördinaten omschreven in de beschikking in kort geding van 1 februari 2005). een schaarhoutkap uit te voeren.’ Deze schaarhoutkap zal plaatsvinden over een bosbestand van 7 ha en 56 are.

Dit betekent dat binnen het domein ‘Fort III’, eigendom van verzoekster, een ware kaalslag wordt georganiseerd. Immers, de markeringen die ter plaatse gebeurden door daartoe blijkbaar bevoegde ambtenaren zijn conform de coördinaten die geëist werden door de N.V. VLM AIRLINES en in uitvoering van de beschikking van 1 februari 2005. Zoals uit de diverse fotoreportages genoegzaam blijkt zullen talloze bomen nog slechts een stronk zijn.

Het spreekt voor zich dat de kaalslag over die enorme oppervlakte een ernstig nadeel uitmaakt voor de eigenaar, in casu verzoekster, en dat dit nadeel moeilijk te herstellen valt. Gekapte bomen blijven gekapte bomen. Vijftig jaar oude bomen die tot stronk herleid zijn, zullen sterven. ‘Herbebossing’ door middel van struiken en laagstammige inheemse bomen betekent de facto een bestemmingswijziging en de totstandkoming van een ander — minderwaardig — bos. Zelfs een echte eventuele herbebossing doet geen afbreuk aan het moeilijk herstelbaar karakter van het nadeel dat verzoekster dreigt te lijden als gevolg van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. Immers, het zal ongetwijfeld tientallen jaren duren vooraleer de situatie op het terrein van Fort III zich zal hersteld hebben tot de toestand vlak voor de gevreesde kaalslag.

Fort III is stedenbouwkundig gelegen in een recreatiegebied (Gewestplan Antwerpen). Het is een openbaar bos, waarvan gretig gebruik wordt gemaakt door wandelaars, fietsers. Diverse verenigingen komen er samen. Het is de enige groene long van de gemeente en maakt derhalve een unieke waarde uit binnen de gemeente Borsbeek.

Evenwel treedt de gemeente Borsbeek hier op als eigenaar, en als eigenaar lijdt verzoekster dan ook een onherstelbaar nadeel wanneer ook de natuurwaarde van haar eigendom aangetast wordt, aangezien dit een essentieel bestanddeel uitmaakt. De natuurwaarde van Fort III is officieel bevestigd en beschermd door middel van de erkenning van het gebied als Habitatrichtinggebied. Het ontnemen van deze natuurwaarde door tot kapping over te gaan van het bosbestand leidt er onherroepelijk toe dat de vraag zal komen of het domein nog wel de bescherming verdient die het nu heeft.

Zowel de ecologische als de recreatieve functies die dit gebied thans vervult, zullen door de tenuitvoerlegging van de thans bestreden beslissing zeer duidelijk verloren gaan.

Voor zoveel als nodig, wijst verzoekster erop dat ook de ernst van de door haar aangevoerde middelen mee in rekening moet worden gebracht bij de beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Verzoekster verwijst daarvoor uitdrukkelijk naar het arrest van Uw Raad nr. 85.427 d.d. 21 februari 2000, waarin terecht werd gesteld:

‘dat, immers, eensdeels hoe ernstiger de door de verzoekende partij aangevoerde middelen, hoe groter de kans op een uiteindelijke vernietiging van de bestreden beslissing, en hoe moeilijker te verantwoorden de verzoekende partij het door haar beschreven nadeel — mits het minimaal aan de vereisten van ernst en moeilijke herstelbaarheid voldoet — te laten ondergaan in afwachting van de uitspraak over de grond van de zaak; dat anderdeels hoe zwaarwichtiger de onrechtmatigheid die in het ernstig bevonden middel wordt aangeklaagd, hoe harder die geacht kan worden aan te komen voor de verzoekende partij’.

Hierboven toonde verzoekster reeds genoegzaam aan dat de thans bestreden beslissing prima facie, zelfs na summier onderzoek, onwettig blijkt.

Verder wijst verzoekster erop dat de vernietiging van de bestreden beslissing alleen, zonder voorafgaande schorsing, niet volstaan om haar een genoegzaam herstel van het door de bestreden beslissing teweeggebrachte nadeel te waarborgen.

Immers, vernietiging kan maar verwacht worden over een termijn van ongeveer acht à tien jaar.

Verzoekster wijst erop dat een dergelijke procedure dan enkel aanleiding zou kunnen geven tot een herstel bij equivalent, daar waar verzoekster precies het herstel in natura voorstaat, namelijk het behoud van het bos op haar terreinen bij Fort III.

Het door verzoekster te ondergane nadeel is dus wel degelijk zeer ernstig, evenals moeilijk te herstellen.

3.3.2. Overwegende dat dit betoog, gesteund door de overgelegde fotoreportages, overtuigt;

4. Overwegende dat voldaan is aan de voorwaarden gesteld krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zodat de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit kan worden bevolen;

5.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota vraagt om de tenuitvoerlegging van de bestreden machtiging niet te schorsen, gelet op het belang

van de veiligheid van de luchtvaart dat dient te primeren op “het belang van een specifieke vorm van begroeiing, bos en natuur in het naderingsvlak van een internationale luchthaven”;

5.2. Overwegende, vooreerst, dat wordt vastgesteld dat de n.v. VLM Airlines, begunstigde van de bestreden kapmachtiging, het niet nodig heeft geacht om in het administratief kort geding tussen te komen ter vrijwaring van haar belangen; dat het betrokken bomenbestand reeds sedert jaren een feit is; dat de verwerende partij met haar betoog niet aannemelijk maakt dat het veiligheidsprobleem op zeer korte tijd dermate acuut is geworden, dat wettelijk voorgeschreven procedures niet moeten worden gevolgd; dat, integendeel, zij zelf toegeeft dat in casu de n.v. VLM Airlines een natuurvergunning had moeten aanvragen en dat zij een passende beoordeling had moeten voegen bij haar machtigingsaanvraag; dat in alle redelijkheid moet worden aangenomen dat de vereiste procedures binnen een zeer korte tijdspanne kunnen worden gevoerd en afgehandeld; dat, die overwegingen in acht genomen, alsmede het moeilijk herstelbare karakter van het nadeel, niet wordt ingegaan op de vraag om op grond van belangenafweging de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet te schorsen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de op 11 maart 2005 door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Bos en Groen verleende ‘Kapmachtiging Openbaar Bos’, toegekend aan de n.v. V.L.M. AIRLINES voor een schaarhoutkap op het terrein van Fort III over een oppervlakte van 7ha en 36are.

Artikel 2.

Dit arrest zal worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig maart tweeduizend en vijf, door :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

M.-R. BRACKE.