

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 179.254 van 1 februari 2008
in de zaak A. 169.087/VII-35.198.**

In zake :
1. de n.v. ELECTRABEL,
2. de n.v. ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
samen vormend de tijdelijke vereniging ELECTRABEL-
ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
3. de n.v. ELECTRABEL SEANERGY,
die woonplaats kiezen bij
advocaten T. VANDENPUT en P. DE MAEYER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tedescolaan 7

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Mobiliteit,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. DENYS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Jan Jacobsplein 1.

DE RAAD VAN STATE, VIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. ELECTRABEL, de
n.v. ONDERNEMINGEN JAN DE NUL en de n.v. ELECTRABEL SEANERGY
op 30 december 2005 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van het
koninklijk besluit van 14 oktober 2005 tot instelling van speciale beschermingszones
en speciale zones voor natuurbewoud in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid
van België;

Gelet op het arrest nr. 160.592 van 27 juni 2006 waarbij de
vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt
verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting ingediend door de
verzoekende partijen;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van
wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur J. CLEMENT;

Gelet op de beschikking van 1 februari 2007 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 7 november 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 december 2007;

Gehoord het verslag van staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. DE MAEYER, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat F. MARTENS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. CLEMENT;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De feiten

1.1. De tijdelijke vereniging ELECTRABEL-ONDERNEMINGEN JAN DE NUL wil ten noorden van de Vlakte van de Raan in de Belgische Noordzee een park met 50 windturbines exploiteren.

1.2. Hiertoe verkrijgt zij op 25 juni 2002 enerzijds een bouwmachtiging, en anderzijds een exploitatievergunning. Op 27 maart 2002 heeft zij een domeinconcessie gekregen.

1.3. Er worden verschillende annulatieberoepen met een daarbij horende vordering tot schorsing ingediend. Sommige beroepen zijn enkel gericht tegen de bouwmachtiging, sommige enkel tegen de exploitatievergunning, en nog andere tegen de beide beslissingen.

1.4. Op grond van de vorderingen tot schorsing die worden ingeleid door Yvette SOETE en de gemeente KNOKKE-HEIST, worden met het arrest nr. 117.482 van 25 maart 2003 de bouwmachtiging en de exploitatievergunning van 25 juni 2002 geschorst. Met het arrest nr. 147.047 van 30 juni 2005 worden de annulatieberoepen van Yvette SOETE en de gemeente KNOKKE-HEIST evenwel verworpen, en wordt de bij arrest nr. 117.482 bevolen schorsing van de tenuitvoerlegging van de bouwmachtiging en de exploitatievergunning opgeheven. Over de andere ingestelde beroepen is nog geen definitieve uitspraak gedaan.

1.5. De vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de domeinconcessie van 27 maart 2002 mondt met het arrest nr. 110.794 van 1 oktober 2002 uit in een afstand van het geding. Het annulatieberoep is nog hangende.

1.6. Op 19 december 2003 keurt de ministerraad een aantal voorstellen goed die vervat waren in een nota die betrekking had op het duurzaam beheer van de Noordzee (Fase I). Inzonderheid had die nota betrekking op de exploratie en exploitatie van zeezand en -grind, en op de offshore elektriciteitsproductie. Wat betreft de offshore elektriciteitsproductie wordt in de nota vermeld dat één globale zone voorgesteld wordt voor de inplanting van nieuwe windmolenparken. Die zone is de Thorntonbank. De ministerraad gaat akkoord met de voorgestelde afbakening van de zones. Aan de minister bevoegd voor economie wordt opdracht gegeven een koninklijk besluit voor te bereiden ter vaststelling van de zone van inplanting voor offshore elektriciteitsproductie voor wat de nieuwe aanvragen betreft.

1.7. Met een koninklijk besluit van 17 mei 2004 wordt het koninklijk besluit van 20 december 2000 betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen, overeenkomstig het internationaal zeerecht, gewijzigd. Ingevolge dit koninklijk besluit zal de zone waarin windturbines zouden kunnen worden gebouwd en geëxploiteerd gelegen zijn ter hoogte van de Thorntonbank, en dus niet op de Vlake van de Raan, maar dit koninklijk besluit is enkel van toepassing op aanvragen tot het verkrijgen van een domeinconcessie die ná 30 juni 2004 zijn ingediend.

1.8. De tijdelijke vereniging ELECTRABEL-ONDERNEMINGEN JAN DE NUL verkreeg reeds op 27 maart 2002 de domeinconcessie voor het windmolenpark op de Vlake van de Raan.

1.9. In een persbericht van 31 mei 2005 wordt medegedeeld dat de minister bevoegd voor de Noordzee concrete maatregelen voor de afbakening van de beschermde mariene gebieden heeft voorgesteld. Er worden drie speciale beschermingszones voor vogels voorgesteld, en twee speciale zones voor natuurbehoud. Tot deze laatste behoort ook de Vlake van de Raan.

1.10. Op 8 juli 2005 hecht de ministerraad zijn principiële goedkeuring aan twee ontwerpen van koninklijke besluiten die enerzijds betrekking hebben op gebruikersovereenkomsten en beleidsplannen voor beschermde mariene gebieden, en anderzijds op de instelling van speciale beschermingszones en speciale zones voor natuurbehoud in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

1.11. Met het ministerieel besluit van 25 juli 2005 worden de ministeriële besluiten van 25 juni 2002 opgeheven. De vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van evengenoemd besluit wordt verworpen bij arrest nr. 156.790 van 23 maart 2006.

1.12. In het Belgisch Staatsblad van 13 oktober 2005 verschijnt de wet van 17 september 2005 tot wijziging van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Deze wetswijziging heeft onder meer betrekking op de "gerichte mariene reservaten", en op de speciale beschermingszones en speciale zones voor natuurbehoud.

1.13. Op 14 oktober 2005 neemt de Koning het bestreden besluit tot instelling van speciale beschermingszones en speciale zones voor natuurbehoud in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België. Er worden drie speciale beschermingszones ingesteld, met name een zone voor Koksijde, een zone voor Oostende en een zone voor Zeebrugge. Daarnaast worden in artikel 8 van het bestreden besluit twee speciale zones voor natuurbehoud ingesteld, zijnde :

1/ het "Trapegeer Stroombank gebied", en

2/ de "Vlake van de Raan".

Artikel 10 van het bestreden besluit verbiedt in deze speciale zones voor natuurbehoud de volgende activiteiten :

"(...) 1/ activiteiten van burgerlijke bouwkunde;
2/ industriële activiteiten;
3/ activiteiten van publicitaire en commerciële ondernemingen;
4/ het storten van baggerspecie en inerte materialen van natuurlijke oorsprong".

Dit is het thans bestreden besluit.

2. De ontvankelijkheid

2.1.1. Ambtshalve moet worden opgemerkt dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift enkel middelen aanvoeren tegen artikel 8, 2/, van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005.

2.1.2. Bijgevolg moet het voorwerp van het beroep geacht worden beperkt te zijn tot artikel 8, 2/, van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005.

2.2.1. De verwerende partij voert in een exceptie aan dat de eerste en de tweede verzoekende partij geen persoonlijk, direct, actueel en zeker belang hebben bij onderhavig beroep, doordat zij geen houder zijn van een rechtsgeldige concessie, noch beschikken over rechtsgeldige administratieve toelatingen om tot de bouw en de exploitatie van het windturbinepark over te gaan.

2.2.2. De verzoekende partijen stellen dat zij wel degelijk belang hebben bij dit annulatieberoep en dit "alleen al om te vermijden dat men uit de afwezigheid van onderhavig beroep een instemming met het opheffingsbesluit van 25 juli 2005 zou kunnen afleiden (...)". Zij voegen hieraan toe dat het feit of zij al dan niet houder zijn van de nodige administratieve toelatingen voor de bouw en de exploitatie van het windturbinepark, bijgevolg zelfs niet relevant is.

2.2.3. De verzoekende partijen zijn vennootschappen wier activiteit bestaat uit het oprichten en uitbaten van windturbines in zeegebieden en uit het produceren, transporteren, omvormen en distribueren van elektriciteit afkomstig uit windturbines in de zeegebieden. Artikel 10, 1/, van het bestreden besluit verbiedt in de speciale zones voor natuurbehoud activiteiten van burgerlijke bouwkunde, zodat het oprichten van windturbines in dergelijke zones onmogelijk wordt gemaakt. De verzoekende partijen hebben belang bij het bestrijden van een reglementair besluit

dat de mogelijkheid om hun commerciële activiteiten uit te oefenen ernstig inperkt. Noch de afloop van het beroep van de verzoekende partijen tegen het ministerieel besluit van 25 juli 2005 tot intrekking van de bouwvergunning en de exploitatievergunning voor de Vlake van de Raan (zaak nr. A 166.306/VII-34.634), noch het lot van de domeinconcessie van 27 maart 2002 zijn terzake relevant.

2.2.4. Nog daargelaten of de interpretatie van de verwerende partij als zou het om "dwingende redenen van groot openbaar belang" mogelijk zijn om af te wijken van voormeld artikel 10 van aard is om het belang van de verzoekende partijen te ondergraven, vindt de interpretatie hoe dan ook geen steun in de tekst van het bestreden besluit. In artikel 10 worden immers een aantal activiteiten geheel verboden, zonder afwijkingsmogelijkheid. In artikel 11 wordt een beoordelingsprocedure opgelegd waarbij het logischerwijze niet gaat om het binnen de speciale zone voor natuurbehoud verrichten van de activiteiten die artikel 10 verbiedt, maar om andere activiteiten ofwel om het verrichten van de in artikel 10 bedoelde activiteiten buiten de speciale zone voor natuurbehoud, maar met significante gevolgen voor deze zone.

2.2.5. De exceptie wordt verworpen.

3. De grond van de zaak

3.1. In het eerste middel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 3, 4, 6 en 7 van de Europese richtlijn nr. 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde fauna en flora (hierna : Habitatrichtlijn), van de artikelen 6, 7 en 8 van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald van het redelijkheids- en van het evenredigheidsbeginsel, alsook dat er sprake is van een manifeste beoordelingsfout, zowel in rechte als in feite. Ten slotte voeren de verzoekende partijen ook aan dat er een schending is van "het verbod van willekeur" en dat er sprake is van machtsafwending.

3.1.1. In een eerste onderdeel van het eerste middel stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij de Vlake van de Raan instelt als een speciale zone voor natuurbehoud, zonder dat dit gebied over de vereiste kwaliteiten beschikt om voor zulke bescherming in aanmerking te komen. Zij betogen dat de

Habitatrichtlijn en de wettelijke bepalingen die moeten zorgen voor de uitvoering ervan, enkel een bescherming vereisen van gebieden met een bepaald type natuurlijke habitat, en dat die gebieden moeten worden ingepast in een internationaal netwerk van beschermde gebieden (Natura 2000).

3.1.2. In een tweede onderdeel van het eerste middel stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij in het beschermde gebied bovendien algemene behoudsmaatregelen oplegt, waardoor elke activiteit die zij aldaar zouden willen ontplooiën "bij voorbaat en definitief" wordt uitgesloten, terwijl artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn toelaat dat bepaalde projecten om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch worden gerealiseerd, mits compenserende maatregelen.

3.1.3. In een derde onderdeel van het eerste middel argumenteren de verzoekende partijen als volgt :

"Derde onderdeel
doordat zowel verzoekende partijen in hun MER en eveneens de verwerende partij in de MEB enerzijds en in de afgeleverde domeinconcessie, machtigingen tot de bouw en vergunningen tot exploitatie anderzijds, na jarenlange wetenschappelijke studies in het betrokken gebied eerst tot de conclusie zijn gekomen dat de Vlake van de Raan niet als een voor bescherming in aanmerking komend gebied is te beschouwen en vervolgens, zonder echt concreet aanwijsbare en afwijkende onderzoeksresultaten met betrekking tot het gebied, de verwerende partij plots wel de mening is toegedaan dat het gebied als speciale zone voor natuurbehoud dient te worden beschermd en bovendien in dat gebied voorheen toegelaten en wettig vergunde activiteiten definitief onmogelijk dienen te worden gemaakt (...)"

3.2. In haar memorie van antwoord betoogt de verwerende partij dat zij de bestreden beslissing in alle redelijkheid heeft genomen en dat zij geen foutieve beoordeling in rechte of in feite heeft gemaakt. Zij stelt ook dat de verzoekende partijen niet beschikken over de nodige administratieve toelatingen om tot de bouw en de exploitatie van het windturbinepark over te gaan. Voorts betoogt zij dat er te dezen geen noodzaak was om artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn toe te passen, aangezien er geen "dringende redenen van groot openbaar belang" waren om dergelijke exploitatie toe te laten op de Vlake van de Raan. Zij wijst erop dat er namelijk alternatieve oplossingen bestaan en de bouw en exploitatie van het betrokken windturbinepark ook op de Thorntonbank kan plaatsvinden, waarvoor reeds administratieve toelatingen werden verkregen door de verzoekende partijen. Ten slotte stelt de verwerende partij dat zij het belang van de verzoekende partijen in de bouw en de exploitatie van het windturbinepark heeft afgewogen tegen "het

algemeen belang van de coherente uitvoering van een samenhangend ruimtelijk ordeningsplan waar alle belangen op evenwichtige wijze worden in acht genomen".

3.3. In hun memorie van wederantwoord wijzen de verzoekende partijen erop dat zij een nieuw onderdeel aan het eerste middel wensen toe te voegen, dat zij als volgt formuleren :

"Inderdaad stellen verzoekende partijen vast dat de handelwijze van de Belgische Staat, zoals blijkt uit de memorie van antwoord en uit het administratief dossier, volstrekt in strijd is met de artikelen 33, 35, 105 en 108 van de Grondwet doordat de verwerende partij, die soeverein is voor wat het Belgisch grondgebied betreft en de federale bevoegdheden dient uit te oefenen die door de Grondwet en de bijzondere wetten krachtens de Grondwet uitdrukkelijk werden toegekend en slechts delegatie van die bevoegdheden kan overwegen binnen de door de Grondwet voorziene grenzen, zich in deze aangelegenheid volledig heeft laten leiden door een overeenkomst die door de Vlaamse overheid en de Nederlandse overheid werd gesloten met betrekking tot het Schelde-Estuarium, d.i. een deel van het grondgebied waarvoor de Vlaamse overheid en de Nederlandse overheid bevoegd zijn, en dit op basis van onderzoeksresultaten die uitsluitend gelden voor het Nederlands grondgebied en waarbij de verwerende partij zich gebonden acht door een overeenkomst waar zij geen partij bij is en de onderzoeksresultaten van de Nederlandse studie klakkeloos aanvaardt zonder zelf ook maar enig onderzoek te hebben gedaan voor wat haar eigen grondgebied betreft. (...)

Zodat door het aannemen van het koninklijk besluit louter op basis van een politiek akkoord tussen de Vlaamse overheid en de Nederlandse overheid en louter op basis van onderzoeksresultaten uitgaande van een vreemde mogendheid de verwerende partij de grondwettelijke bepalingen vermeld in het nieuwe onderdeel van het middel heeft geschonden. Deze bepalingen zijn van openbare orde. Dat alleen al om deze reden het betrokken besluit dient vernietigd te worden".

3.4. Zoals reeds in het arrest nr. 147.047 van 30 juni 2005, dat hoger werd vermeld onder punt 1.4., werd aangenomen, bestaat er geen juridische verplichting bestaat om de Vlake van de Raan als speciale beschermingszone af te bakenen op grond van de Habitatrichtlijn. Dit betekent evenwel niet dat de verwerende partij dit gebied niet mag beschermen. Een correcte toepassing van de Richtlijn 79/409/EEG brengt mee dat indien een gebied duidelijk veel meer in aanmerking komt om van speciale beschermingsstatus te genieten, bijvoorbeeld omwille van het aantal vogels, de zeldzaamheid van de vogels of de ecologische kenmerken van het gebied, men dit gebied en niet een ander dat veel minder in aanmerking komt voor bescherming zal moeten afbakenen. De aanwijzing van een beschermingsgebied moet steunen op wetenschappelijke criteria die voor het betrokken gebied concreet moeten worden getoetst.

Ten dezen stelt de verwerende partij dat zij zich heeft laten leiden door de omstandigheden dat de Nederlandse overheid zich voorneemt om de kustzee voor Nederland, met inbegrip van het Nederlandse deel van de Vlakte van de Raan, als habitatgebied te beschermen en dat de Vlaamse minister voor Leefmilieu vraagt om voor het Belgische deel van de Vlakte van de Raan hetzelfde te doen in het licht van het op 11 maart 2005 afgesloten Derde Memorandum van Overeenstemming tussen Vlaanderen en Nederland.

Uit de gegevens van de zaak blijkt echter een opvallend verschil in de gevolgde werkwijze voor het aanduiden in het bestreden besluit van de drie speciale beschermingszones en de speciale zone voor natuurbehoud "Trapegeer Stroombank Gebied" enerzijds en de speciale zone voor natuurbehoud "Vlakte van de Raan" anderzijds.

De aanwijzing van de vier eerste zones wordt in de aanhef van het bestreden besluit verantwoord door een opsomming van wetenschappelijke criteria zoals het aantal vogels, de zeldzaamheid van de vogels of de ecologische kenmerken van het gebied. De aangehaalde gegevens gaan klaarblijkelijk terug op de wetenschappelijke adviezen van de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee (BMM), het Instituut voor Natuurbehoud en het Onderzoekscentrum voor Zeevisserij en het Departement mariene ecologie van de Universiteit Gent, waarnaar eveneens in de aanhef wordt verwezen. Voor de aanwijzing van de "Vlakte van de Raan" in de aanhef van bestreden besluit wordt als enige specifieke verantwoording het volgende overwogen :

"Overwegende de aanduiding van de Vlakte van de Raan als speciale zone voor natuurbehoud in het voorstel van de Projectdirectie Ontwikkelingsschets Schelde-estuarium in haar scenario 2010 en het grensoverschrijdend karakter van deze zandbank".

Als recente wetenschappelijke gegevens voor de aanduiding van de Vlakte van de Raan verwijst de verwerende partij in haar memorie van antwoord naar het rapport "Gebieden met bijzondere ecologische waarden op het Nederlands Continentaal Plat" dat in april 2005 in opdracht van het Nederlands ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en het Nederlands ministerie van Verkeer en Waterstaat is opgemaakt.

Het blijkt niet - en de verwerende partij beweert zelfs niet - dat in deze studie het Belgische deel van de Vlakte van de Raan werd onderzocht. In de Nederlandse studie wordt verwezen naar het voorstel in de enkele maanden eerder

opgemaakte ontwikkelingsschets 2010 voor het Schelde-estuarium om de Vlake van de Raan als speciale beschermingszone aan te wijzen in het kader van de Habitatrictlijn. Er zijn echter doorslaggevende verschillen in de beide situaties.

In de studie werd er van uitgegaan dat België op het Belgische deel van de Vlake van de Raan een windmolenpark zou bouwen. De Nederlandse regelgeving maakt het echter mogelijk om binnen een beschermingszone van de Habitatrictlijn een windmolenpark op te richten om "dwingende redenen van groot openbaar belang". Het bestreden besluit maakt dit evenwel niet mogelijk binnen de speciale zones voor natuurbehoud. In de Nederlandse studie wordt ook voorgesteld om het gehele zeegedeelte dat aansluit bij het Schelde-estuarium te beschermen, terwijl in artikel 8, 2/, van het bestreden besluit een gebied wordt afgebakend van slechts 19,17 km². Om deze redenen kan de voormelde studie niet beschouwd worden als de wetenschappelijke verantwoording voor de aanduiding van het Belgische deel van de Vlake van de Raan als speciale zone voor natuurbehoud.

Van de studies die de verwerende partij nu bij haar laatste memorie neerlegt blijkt niet dat het bestreden besluit erop gebaseerd zou zijn, te meer daar het rapport "De Vlake van de Raan van onder het stof gehaald" dateert van 13 oktober 2006, dit is één jaar na het bestreden besluit.

Indien de redenering die de verwerende partij in haar laatste memorie ontwikkelt wordt gevolgd, namelijk dat de afbakening in artikel 8, 2/, van het bestreden besluit afdoende wordt verantwoord door de samenhang met het in Nederland beschermde habitatgebied, dan zou ook in België het gehele zeegedeelte dat aansluit bij het Schelde-estuarium beschermd moeten worden. Artikel 8, 2/, van het bestreden besluit vat de Vlake van de Raan evenwel binnen zeer nauwe grenzen waarvoor tot op vandaag geen verantwoording op grond van wetenschappelijke criteria voorligt.

De verwerende partij geeft niet aan op welke wetenschappelijke criteria de afbakening van artikel 8, 2/, van het bestreden besluit gesteund werd. In het kader van een beroep tot nietigverklaring moet, noch mag de Raad van State afzien - zoals in de memorie van antwoord door de verwerende partij gevraagd - van de vernietiging van de aangevochten bepaling op grond van "belangenafweging of het algemeen belang".

Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond,

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE:**

Artikel 1.

Vernietigd wordt artikel 8, 2/, van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 tot instelling van speciale beschermingszones en speciale zones voor natuurbehoud in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

Artikel 2.

Dit arrest zal worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als de vernietigde bepaling.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van het annulatieberoep, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op een februari tweeduizend en acht, door de VIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
Mevr.	E. IMPENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

E. IMPENS.

L. HELLIN.