

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.465 van 4 december 2008
in de zaak A. 154.731/VII-32.619.**

In zake : de NV SPE,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. FAURE,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 210 A

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van de
Noordzee,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. MARTENS,
kantoor houdende te HOBOKEN,
Maria Henriëttalei 35.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV SPE op 13 augustus 2004 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van de federale vice-eerste minister en minister van Begroting en Overheidsbedrijven van 14 juni 2004 houdende weigering aan de verzoekende partij van een machtiging voor de bouw en een vergunning voor de exploitatie van een windturbinepark van zeven windturbines, met een nominaal vermogen van 2 MW per windturbine, inclusief de gedeeltes van loopbruggen naar de havendam die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, nabij de Westdam en de haven van Zeebrugge;

Gelet op het arrest nr. 137.954 van 2 december 2004 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur J. CLEMENT;

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

Gelet op de beschikking van 16 oktober 2008 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 20 november 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. CRAUWELS die, loco advocaat M. FAURE verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat F. MARTENS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd M. LEFEVER;

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. Met een aangetekend schrijven van 14 mei 2002 stelt de verzoekende partij de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee en van het Schelde-Estuarium (hierna genoemd : het bestuur) in kennis van haar voornemen om een milieueffectenrapport (hierna : MER) op te stellen voor een vergunningsplichtige activiteit in de Belgische zeegebieden, overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 houdende de regels betreffende de milieueffectenbeoordeling in toepassing van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België (hierna : wet van 20 januari 1999).

1.2. Op 9 januari 2003 ontvangt het bestuur een ontwerp van een MER van de verzoekende partij. Het bestuur maakt op een vergadering van 7 februari 2003 haar opmerkingen over aan de verzoekende partij.

1.3. Op 12 november 2003 dient de verzoekende partij bij het bestuur een aanvraag in tot machtiging voor de constructie en vergunning voor de exploitatie van zeven windmolens nabij de westelijke strekdam van Zeebrugge, inclusief de gedeeltes van de loopbruggen naar de havendam die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, overeenkomstig artikel 12 van het koninklijk besluit van 7 september 2003 houdende de procedure tot vergunning en machtiging van bepaalde activiteiten in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België (hierna : koninklijk besluit van 7 september 2003).

Deze aanvraag kadert in een globaal project van veertien windturbines, waarvan de overige zeven zich bevinden op het grondgebied van het Vlaamse Gewest. Voor deze zeven windturbines werd een aanvraag voor het bekomen van de nodige administratieve toelatingen ingediend bij de bevoegde Vlaamse overheden, overeenkomstig de Vlaamse wetgeving.

De verzoekende partij dient, samen met haar aanvraag, een MER in, overeenkomstig artikel 13, § 1, 5/, van het koninklijk besluit van 7 september 2003.

1.4. De verwerende partij verklaart, op advies van 27 november 2003 van het bestuur, bij aangetekend schrijven van 2 december 2003, de aanvraag volledig en ontvankelijk met vermelding van de retributie die voor de milieueffectenbeoordeling van de aangevraagde activiteit verschuldigd is.

1.5. De aanvraag van de verzoekende partij wordt in het Belgisch Staatsblad van 29 december 2003 gepubliceerd.

De aanvraag, met in bijlage het MER, wordt van 3 januari 2004 tot 2 februari 2004 in de kantoren van het bestuur te Brussel en te Oostende, alsook in iedere kustgemeente, ter inzage van het publiek gelegd, overeenkomstig artikel 18 van het koninklijk besluit van 7 september 2003. Het MER en de niet-technische samenvatting worden eveneens op de website van het bestuur (<http://www.mumm.ac.be>) ter inzage van de burger gesteld.

Tijdens dit openbaar onderzoek worden tien bezwaarschriften bij het bestuur ingediend, waaronder twee bezwaarschriften die ondertekende bezwaren van 71 personen bevatten.

Het bestuur neemt contact op met de bevoegde overheid van Nederland alsook met de Nederlandse officiële contactpersoon van het Verdrag inzake milieu-effectrapportage in grensoverschrijdend verband (Espoo-verdrag) om te vragen of zij wensen te worden geconsulteerd. Deze instanties geven een negatief antwoord.

1.6. Op verzoek van het bestuur maakt de verzoekende partij bij schrijven van 6 april 2004 aanvullende informatie over.

1.7. Het bestuur gaat over tot een milieueffectenbeoordeling van de voorgenomen activiteit, die op 16 april 2004 wordt afgesloten.

1.8. Het bestuur maakt bij nota van 16 april 2004 zijn gemotiveerd ongunstig advies van dezelfde datum over aan de verwerende partij.

1.9. Het ontwerp van ministerieel besluit houdende weigering aan de verzoekende partij van een machtiging voor de bouw en een vergunning voor de exploitatie van een windturbinepark van zeven windturbines, met een nominaal vermogen van 2 MW per windturbine, inclusief de gedeeltes van de loopbruggen naar de havendam die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, nabij de Westdam van de haven van Zeebrugge van 12 mei 2004, wordt door de verwerende partij bij aangetekend schrijven van dezelfde datum aan de verzoekende partij betekend, overeenkomstig artikel 24 van het koninklijk besluit van 7 september 2003.

De verzoekende partij betekent haar gemotiveerde opmerkingen bij aangetekend schrijven van 27 mei 2004 aan de minister.

1.10. Bij ministerieel besluit van 14 juni 2004 weigert de verwerende partij aan de verzoekende partij een machtiging voor de bouw en een vergunning voor de exploitatie van het geplande windturbinepark van zeven windturbines.

Dit is de bestreden beslissing.

De vergunning wordt in essentie geweigerd omdat het project een onaanvaardbaar nadeel aan de avifauna zou berokkenen.

2. De ontvankelijkheid

2.1. Het auditoraatsverslag betreft ambtshalve 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 (hierna: koninklijk besluit van 14 oktober 2005) in het onderzoek. Het stelt vast dat ingevolge artikel 5, 1/, van dit koninklijk besluit in de speciale beschermingszones activiteiten van burgerlijke bouwkunde verboden zijn, zodat het oprichten van windturbines in die zones onmogelijk is.

Op grond van die vaststelling besluit het auditoraatsverslag tot een gebrek aan actueel belang in hoofde van de verzoekende partij, aangezien het na een gebeurlijke vernietiging onmogelijk zou zijn om nog gunstig te beschikken over de vergunningsaanvraag.

2.2. Als antwoord hierop roept de verzoekende partij in haar laatste memorie vooreerst de onwettigheid van het voormelde koninklijk besluit van 14 oktober 2005 in. Zij vraagt dit artikel niet toe te passen overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet dat bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen.

2.3. Zij betoogt dat het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 om twee redenen met overschrijding van de bevoegdheid van de Koning werd genomen. Enerzijds trad de wet van 20 januari 1999 die de Koning de bevoegdheid gaf tot het nemen van dit koninklijk besluit slechts in werking op 31 oktober 2005, zodat het koninklijk besluit werd genomen op een datum waarop de Koning nog niet over deze bevoegdheid beschikte. Anderzijds meent de verzoekende partij dat het koninklijk besluit van 14 oktober 2005, door het verbieden van activiteiten van burgerlijke bouwkunde en industriële activiteiten, ingrijpt op een bevoegdheid die volgens artikel 6 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is voorbehouden aan de gewesten.

2.4. Voorts stelt de verzoekende partij dat het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 "a posteriori" ingrijpt op haar eigendomsrecht, zoals beschermd door artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Meer in het bijzonder is daarbij, volgens de verzoekende partij, vooreerst niet voldaan aan het legaliteitsbeginsel dat vereist dat de bevoegdheid van de nationale overheden om beperkingen aan het eigendomsrecht op te leggen voldoende precies is vastgelegd, zodat de rechtsonderhorige zijn gedrag er op kan afstemmen. Bovendien weegt, volgens de verzoekende partij, het algemeen belang dat de overheid heeft beoogd met het

koninklijk besluit van 14 oktober 2005, namelijk het beschermen van vogelsoorten, niet op tegen het algemeen belang van het windmolenproject, "dat een veel grotere maatschappelijke relevantie heeft en een grote bijdrage zou leveren aan het milieu door de realisaties van de Kyoto-norm en de hieraan gekoppelde verplichting tot productie van groene stroom".

2.5. Ook voert de verzoekende partij aan dat de nieuwe bepalingen van de wet van 17 september 2005 houdende wijziging van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België (hierna : wet van 17 september 2005) en van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 geen gevolg kunnen hebben op de beoordeling van een aanvraag die dateert van voor de inwerkingtreding van die bepalingen.

2.6. De verzoekende partij voert ook aan dat het plaatsen van windmolens niet zonder meer kan worden beschouwd als een "activiteit van burgerlijke bouwkunde" en dat, indien dit wel het geval zou zijn, in ieder geval de uitzondering van artikel 6 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 geldt. Dat artikel houdt in dat voor elk project of plan, dat op zichzelf of in samenhang met andere plannen of projecten, van significante invloed kan zijn op de uitvoering van een project, een passende beoordeling moet worden opgemaakt van de gevolgen voor het gebied. Zij stelt dat, indien de Raad van oordeel zou zijn dat deze uitzonderingsbepaling enkel van toepassing zou zijn op projecten en plannen die niet vallen onder de verboden activiteiten van artikel 5 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005, dit artikel in samenlezing met artikel 6 van hetzelfde koninklijk besluit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. Alsdan zouden volgens de verzoekende partij immers de in artikel 5 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 bedoelde activiteiten verboden zijn, ongeacht of zij een wezenlijke invloed hebben op de natuurlijke kenmerken van het gebied, terwijl voor de andere activiteiten, zelfs indien deze een negatieve invloed zouden hebben op de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied, een uitzondering is toegelaten indien aan de voorwaarden is voldaan. De verzoekende partij meent dat er voor dit verschil in behandeling geen redelijke objectieve verantwoording bestaat.

2.7. Artikel 5 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 luidt als volgt :

"In de speciale beschermingszones zijn de volgende activiteiten verboden :
1° activiteiten van burgerlijke bouwkunde;
2° industriële activiteiten;
3° activiteiten van publicitaire en commerciële ondernemingen".

Artikel 6 van datzelfde besluit bevat het volgende voorschrift :

"§ 1. In de speciale beschermingszones wordt voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied volgens de procedure, ingesteld bij het KB van 9 september 2003 houdende de regels betreffende de milieu-effectenbeoordeling in toepassing van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheden van België.

§ 2. Voor de toepassing van paragraaf 1 van dit artikel wordt het geheel van de activiteiten en verwezenlijkingen die door het plan, programma of project beoogd worden, beschouwd als een activiteit in de zin van artikel 5 van het bedoelde koninklijke besluit. Het maakt het voorwerp uit van de passende beoordeling, zonder afbreuk te doen aan de specifieke beoordelingen waaraan de effecten van de aan een vergunning of machtiging onderworpen activiteiten, onderworpen blijven.

§ 3. De beoordeling houdt rekening met de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in § 4, geeft de Minister slechts toestemming voor dat plan of project nadat hij de zekerheid heeft verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.

§ 4. Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, geeft de Minister slechts toestemming voor dat plan of project nadat hij de zekerheid heeft verkregen dat alle nodige compenserende maatregelen worden genomen om te waarborgen dat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk, zoals ingesteld bij de habitatrichtlijn, bewaard blijft. Hij stelt de Europese Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen".

2.8. Zowel het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 als de wet van 17 september 2005 zijn in werking getreden op 31 oktober 2005. Artikel 190 van de Grondwet schrijft weliswaar voor dat geen wet verbindend is dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald maar de omstandigheid dat een wet nog niet is bekendgemaakt, nog niet tegenstelbaar is aan derden of nog niet in werking is gesteld, sluit niet uit dat zij intussen reeds bestaat en kan worden uitgevoerd. Aldus kon de Koning op 14 oktober 2005 reeds maatregelen nemen ter uitvoering van de wet van 17 september 2005 - en het kwestieuze besluit onderteke-

nen - ofschoon de wet op dat moment nog niet in werking was getreden. De inwerkingtreding van het koninklijk besluit zou alleen niet de inwerkingtreding van de wet mogen voorafgaan. Dat is te dezen niet het geval.

2.9. Het voornoemde koninklijk besluit van 14 oktober 2005 verbiedt het oprichten van bepaalde constructies in de beschermingszones. Het gaat evenwel om beschermingszones in de zeegebieden. Aangezien de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen volgens het internationaal zeerecht niet bij de indeling in gewesten zijn betrokken, behoren deze gebieden niet tot het territorium van het Vlaamse Gewest en blijven zij bijgevolg onder federale bevoegdheid.

2.10. Op grond van artikel 12 van het koninklijk besluit van 20 december 2000 betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de 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, blijft de betekende domeinconcessie geschorst totdat iedere bijkomend vereiste vergunning of machtiging is verleend en vervalt ze indien één van de vereiste vergunningen of machtigingen definitief wordt geweigerd. Zelfs indien, zoals de verzoekende partij beweert, de domeinconcessie als haar eigendom zou kunnen worden beschouwd, was deze nog niet definitief verworven vermits de nodige vergunningen nog niet waren verkregen.

Het afwegen van verschillende aspecten van algemeen belang is een beleidskeuze van de overheid waarin de Raad van State zich niet kan mengen.

2.11. De nieuwe bepalingen van zowel de wet van 17 september 2005 als van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 zijn in werking getreden op 31 oktober 2005. Zij blijven dan ook zonder gevolg voor de beoordeling van een aanvraag die reeds is gedaan in 2004. Uit het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 volgt dat, na een gebeurlijke vernietiging van de bestreden weigering om een machtiging te verlenen voor de bouw en een vergunning voor de exploitatie van een windturbinepark, het voor de verwerende partij onmogelijk zou zijn om op de door de verzoekende partij ingediende vergunningsaanvraag gunstig te beschikken.

2.12. Artikel 6 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 laat niet toe af te wijken van de verbodsbepaling van artikel 5, 1/, van dit koninklijk besluit. Artikel 6 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 heeft het over "elk plan of

project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied". Die bepaling doet geen afbreuk aan het verbod van artikel 5 van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 om in dat gebied bepaalde activiteiten uit te oefenen.

2.13. De onwettigheid van het koninklijk besluit van 14 oktober 2005 wordt door de verzoekende partij niet aannemelijk gemaakt.

2.14. Na een gebeurlijke vernietiging van de bestreden beslissing zou het voor de verwerende partij bijgevolg onmogelijk zijn om op de vergunningsaanvraag van 12 november 2003 gunstig te beschikken. In het licht van deze gegevens blijkt niet welk actueel belang de verzoekende partij nog zou kunnen doen gelden bij de gevorderde vernietiging,

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van het annulatieberoep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

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

de HH.	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
	D. DECOCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

L. HELLIN.