

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.333 van 1 juli 2010
in de zaak A. 173.429/VII-37.576.**

In zake: de GEMEENTE BRAKEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Karolien Beké
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Energie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler en Kaat Leus
kantoor houdend te Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV FLUXYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Peeters
kantoor houdend te Brussel
Terhulpesteenweg 177, bus 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de VZW MILIEUFRONT OMER WATTEZ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gwijde Vermeire
kantoor houdend te Gent
Voskenslaan 301
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekers in tussenkomst:

1. Geert CALCOEN
 2. André VAN DEN BERGHE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Isabelle Larmuseau, Peter De Smedt en Bert Roelandts
kantoor houdend te Gent
Kasteellaan 141
bij wie woonplaats wordt gekozen
-

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 mei 2006, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 5 maart 2006 waarbij de oprichting van installaties voor het vervoer van aardgas door middel van leidingen, die private gronden bezetten op het grondgebied van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove (vervoersinstallaties ND 500 HD Brakel (ontspanning)-Haaltert) van openbaar nut verklaard wordt.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen, de NV Fluxys en de VZW Mileufont Omer Wattez, hebben verzoekschriften tot tussenkomst ingediend. Die tussenkomsten zijn toegestaan bij beschikkingen van respectievelijk 28 augustus 2006 en 25 september 2006. De tweede tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

De verzoekers in tussenkomst, Geert Calcoen en André Van Den Berghe, hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. Hun verzoek tot tussenkomst is afgewezen bij beschikking van 7 december 2006.

Eerste auditeur Eric Lanckswert heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij en de tussenkomende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 februari 2010.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Karolien Beké, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Audrey Baeyens, die loco advocaten Patrick Hofströssler en Kaat Leus verschijnt voor de verwerende partij, advocaten

Patrick Peeters en Thomas Dreier, die verschijnen voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Gwijde Vermeire, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Eric Lanckswaert heeft een andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Teneinde te kunnen voldoen aan de toename van het aardgasverbruik in de regio's Brabant en Oost-Vlaanderen, wil de NV Fluxys, beheerder van het aardgasnetwerk, op het grondgebied van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove een nieuwe aardgasvervoerinstallatie aanleggen.

3.2. Op grond van artikel 10 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen kan de Koning, na onderzoek, het oprichten van een gasvervoerinstallatie onder, op of boven private gronden die niet bebouwd zijn en die niet omsloten zijn met een muur of met een omheining die overeenkomt met de bouw- of stedenbouwverordeningen, van openbaar nut verklaren.

3.3. Op 1 juni 2004 dient de NV Fluxys bij de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie een aanvraag in met het oog op het verkrijgen van een verklaring van openbaar nut voor de oprichting van een nieuwe installatie voor het vervoer van aardgas op het grondgebied van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove.

3.4. In het kader van de aanvraag wordt een openbaar onderzoek georganiseerd. Tijdens dat onderzoek worden 29 schriftelijke bezwaren ingediend.

3.5. Met betrekking tot de voorgenomen aanleg van de gasvervoerinstallatie, waarvan het ontworpen tracé zowel een natuurgebied als een vogelrichtlijngebied doorkruist, wordt in november 2005 een milieueffectenrapport (hierna : MER) opgesteld door het studiebureau NV Technum. Op 30 november

2005 keurt de cel Milieueffectrapportage van de afdeling Algemeen Milieu- en Natuurbeleid het MER goed.

3.6. De verzoekende partij heeft aan de NV Fluxys een afschrift toegestuurd van een door de voorzitter van de milieuraad van de gemeente Brakel opgestelde studie betreffende een "alternatief tracé via Ghislenghien".

3.7. Midden december 2005 ontvangen de bezwaarindieners van de NV Fluxys een individueel antwoord op hun bezwaren.

3.8. Met het thans bestreden koninklijk besluit van 5 maart 2006 wordt de oprichting, volgens de bij de aanvraag gevoegde liggingsplannen, van de aardgasvervoerinstallatie van openbaar nut verklaard ten gunste van de NV Fluxys.

De aanhef van het bestreden koninklijk besluit luidt als volgt :

"Gelet op de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, laatst gewijzigd bij de wet van 27 december 2005 inzonderheid op artikel 10;

Gelet op het koninklijk besluit van 11 maart 1966 tot het verklaren van openbaar nut van de oprichting van gasvervoersinstallaties;

Gelet op de aanvraag van de N.V. Fluxys van 1 juni 2004 ingediend om een onderzoek met het oog op het bekomen van een verklaring van openbaar nut voor de oprichting en de uitbating van installaties voor aardgasvervoer door middel van leidingen onder, op of boven private onbebouwde gronden, niet omsloten met muren of omheiningen overeenkomstig de bouw- of stedenbouwvergunningen, gelegen op het grondgebied van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove;

Overwegende dat gedurende de werken van aanleg van de aardgasvervoersinstallaties de erfdienstbaarheid van openbaar nut slechts rust op die strook grond die nodig is voor de uitvoering van de werken, in acht genomen de aard van deze werken, de gesteldheid van de bodem en de belangrijkheid van de te kruisen hindernissen, en zonder dat deze strook een maximum breedte mag overschrijden van vijftig meter aan weerszijden van de as van de leiding;

Overwegende dat na de oprichting van de aardgasvervoersinstallaties deze erfdienstbaarheid van openbaar nut slechts rust op de strook grond nodig voor de werking, voor het toezicht en voor de werken van onderhoud en herstel van deze installaties, en dat de breedte van deze strook afhangt van de kenmerken van deze installaties;

Gelet op de liggingsplannen nummers: 3.41.050/1200A, 3.41.050/1201A, 3.41.050/1202A, 3.41.050/1203A, 3.41.050/1204A, 3.41.050/2500A, 3.41.050/2501A, 3.41.050/2502A, 3.41.050/2503A, 3.41.050/2504A, 3.41.050/2505A, 3.41.050/2506A, 3.41.050/2507A, 3.41.050/2508A, 3.41.050/2509A, 3.41.050/2510A, 3.41.050/2511A, 3.41.050/2512A, 3.41.050/2513A, 3.41.050/2514A, 3.41.050/2515A, 3.41.050/2516A, 3.41.050/2517A, 3.41.050/2518A en 3.41.050/2519B;

Gelet op het proces-verbaal van onderzoek opgesteld door het gemeentebestuur van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove;

Overwegende dat het niet mogelijk is over de ganse lengte van het tracé het openbaar domein te gebruiken;

Overwegende dat in sommige gevallen privé-gronden niet kunnen vermeden worden wegens de noodzakelijkheid om bepaalde bestemmingszones te vermijden, om technische en/of economische redenen en omwille van bepaalde eisen van openbare besturen en diensten in het kader van de gasvervoersvergunning voor de betreffende gasvervoersinstallaties;

Overwegende dat de schriftelijke bezwaren, ingediend in het kader van het onderzoek met het oog op de verklaring van openbaar nut, geen wettelijk beletsel vormen tegen de verklaring van openbaar nut van deze aardgasvervoersinstallaties en hun tracé;

Overwegende dat artikel 13, derde lid van de voormelde wet van 12 april 1965 voorziet dat alle aangerichte schade gedurende de oprichting en de exploitatie integraal dient hersteld en vergoed te worden;

Overwegende dat de voormelde wet van 12 april 1965 voorziet dat de aardgasvervoersinstallaties dienen verplaatst te worden op aanvraag van de eigenaar die het recht verkrijgt om bouwwerken op de bezette grond uit te voeren, en dat derhalve deze gasvervoersinstallaties geen beletsel vormen voor de oprichting of uitbreiding van bedrijven;

Overwegende dat deze installaties voor het vervoer van aardgas worden opgericht en uitgebaat overeenkomstig de voorschriften van het koninklijk besluit van 11 maart 1966 betreffende de te nemen veiligheidsmaatregelen bij de oprichting en bij de exploitatie van installaties voor gasvervoer door middel van leidingen, laatst gewijzigd bij het koninklijk besluit van 24 januari 1991;

Overwegende dat deze nieuwe installaties tot doel hebben de aardgasbevoorrading van de regio Oost-Vlaanderen en Brabant te bestendigen met aardgas op hoge druk;

Overwegende dat deze installaties het kenmerk van openbaar nut vertonen;

Overwegende dat aldus artikel 10 van de voormelde wet van 12 april 1965 dient toegepast te worden".

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De laattijdige laatste memorie van de eerste tussenkomende partij wordt uit de debatten geweerd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Het belang van de verzoekende partij bij de gevorderde nietigverklaring wordt ambtshalve beperkt tot de in het bestreden besluit aangeduide kadastrale percelen die behoren tot het grondgebied van de gemeente Brakel en in zoverre deze percelen tevens gelegen zijn in een speciale beschermingszone.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van artikel 6 van de 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 (hierna : habitatrichtlijn), van artikel 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna : natuurbehouddecreet) en van de materiële motiveringsplicht.

Na het aanhalen van de geschonden geachte bepalingen en het schetsen van het ruimere juridische kader, licht de verzoekende partij haar middel als volgt toe :

"De Bestreden Beslissing heeft als doelstelling de oprichting door Fluxys van installaties voor vervoer van aardgas voor een leiding ND 500 HD Brakel (ontspanning)-Haaltert op het grondgebied van de gemeenten Brakel, Lierde, Geraardsbergen en Ninove.

Overeenkomstig artikel 2 van het Koninklijk Besluit van 11 maart 1966 dienen door de aanvrager, in onderhavig geval Fluxys, navolgende plannen en stukken bij de aanvraag te worden gevoegd:

'De door de aanvrager of door zijn gemachtigde ondertekende aanvraag vermeldt de naam of de firmanaam van de aanvrager, zijn adres, het doel van de aanvraag, de lijst van de erbij gevoegde plannen en stukken alsmede de datum van de indiening ervan. Deze lijst zal geleverd worden op papier of op elektronische drager.

De hierna vermelde stukken op papier van formaat A4 van de norm NBN 18, dat wil zeggen 210 x 297 mm of volgens dit formaat geplooid moeten de aanvraag vergezellen.

1. Een nota met de volgende inlichtingen:

a) eigenaar en exploitant van de installatie ten bate van wie de verklaring van openbaar nut moet opgesteld worden;

b) redenen die het gebeurlijk bezetten van het privaat domein rechtvaardigen.

2. Een lijst per betrokken gemeente met de namen en adressen van de eigenaars en gebeurlijke huurders of andere bezetters der percelen waarvan sprake onder 4 hierna;

3. Een stafkaart op de schaal van ten minste 1/25 000.

Op deze kaart moeten inzonderheid worden vermeld : het ontworpen tracé, de land- en waterwegen, de gebruikte of gekruiste spoor- en tramwegen, alsook de telegraaf- en telefoonlijnen en de gekruiste leidingen of diegene welke zich dichterbij twee meter bevinden.

4. Een uittreksel uit het kadastraal plan of een fotografische weergave van een kadastraal plan (...), (...), waarbij de percelen worden aangeduid

waaronder of waarop de vervoerinstallaties moeten aangebracht worden en de aanduiding van deze installaties.

5. De stukken waarvan sprake onder 1 en de afschriften van de aanvraag moeten worden ingediend in zoveel exemplaren als er gemeenten zijn plus drie. De andere stukken worden in ten minste drie exemplaren ingediend.

De Minister tot wiens bevoegdheid de energie behoort of zijn afgevaardigde mag naar goedvinden bijkomende exemplaren van alle of sommige stukken eisen.

De bijkomende afschriften worden door de aanvrager bezorgd binnen zes dagen nadat ze hem zijn gevraagd.

De stukken worden door de aanvrager en op zijn kosten bezorgd'. (...)

Door de Bestreden Beslissing wordt bijgevolg op onmiskenbare wijze het vooropgestelde tracé van de aardgasvervoerinstallatie definitief vastgesteld.

Bovendien heeft, Fluxys alsmede Verwerende Partij, door de Bestreden Beslissing aan de betrokken eigenaars en alle andere belanghebbenden, duidelijk haar beleidsvoornemens betreffende het betrokken gebied te kennen (gegeven). Met name worden de belanghebbenden in kennis gesteld van de intentie van Fluxys alsmede van Verwerende Partij, om een aardgasvervoerinstallatie aan te leggen en wordt duidelijk het vooropgestelde tracé meegedeeld, reden waarom de betrokken eigenaars, overeenkomstig artikel 4 van het Koninklijk Besluit van 11 maart 1966, individueel van de beleidsintenties dienden te worden in kennis gesteld.

De Bestreden Beslissing dient dan ook, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, te worden beschouwd als een 'plan' of 'programma' in de zin van artikel 2,40/ van het Decreet Natuurbehoud en dient bijgevolg de toets aan het Decreet Natuurbehoud te doorstaan.

Bovendien was Verzoekende Partij zich op het ogenblik van het bekendmaken van de Bestreden Beslissing, bewust dat de Bestreden Beslissing de grondslag zou uitmaken voor de latere stedenbouwkundige vergunningen en dat bijgevolg, teneinde hun rechtens vereiste belang te behouden, Verzoekende Partij dan ook de Bestreden Beslissing, als duidelijk beleidsvoornemen, moet aanvechten.

In de stukken van het Vlaamse Parlement, m.n. in stuk 967 (2001-2002) nr. 1 (p. 10), bij het Decreet Natuurbehoud werd immers uitdrukkelijk gestipuleerd dat het de bedoeling is in een zo vroeg mogelijk stadium van de besluitvorming inzake een plan of programma de eventuele betekenisvolle effecten op een SBZ in te schatten en passend te beoordelen (...):

'Het gebruik van het veelomvattende begrip 'plan of programma' is tevens aangewezen omdat de eventuele negatieve effecten op (...) speciale beschermingszones, of een gebied dat aldus is voorgesteld aan de Commissie, van plannen en projecten best in een zo vroeg mogelijk stadium worden ingeschat (bijv. reeds bij opmaak van strategische plannen voor havens) en niet eerst op het ogenblik van de wijziging van een plan van aanleg of de opmaak van een RUP. Op dat ogenblik heeft het project waarvoor een plan van aanleg wordt gewijzigd of een RUP wordt opgemaakt immers reeds zijn definitieve vorm gekregen. Een passende beoordeling die pas dan zou worden uitgevoerd, zou tot absoluut te vermijden problemen kunnen leiden. Dit toont ook aan dat in een zo vroeg mogelijk stadium van de besluitvorming inzake een plan of programma de eventuele betekenisvolle effecten op een speciale beschermingszone worden ingeschat en passend beoordeeld'. (...)

Een gedeelte van het vooropgestelde tracé (ongeveer 900m) van de aardgasvervoerinstallatie heeft namelijk betrekking op percelen gelegen binnen het SBZ 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuid-Vlaamse bossen', zoals vastgesteld bij Besluit van 24 mei 2002 (...).

Overeenkomstig artikel 36ter §3 van het Decreet Natuurbehoud dient een vergunningsplichtige activiteit, of een plan of programma, welke een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ kan veroorzaken, onderworpen te worden aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de SBZ. De initiatiefnemer, in onderhavig geval Fluxys, is verantwoordelijk voor het opstellen van de passende beoordeling.

Overeenkomstig het Besluit van de Vlaamse Regering van 23 maart 1989 houdende de organisatie van de milieueffectrapportage van bepaalde categorieën van hinderlijke inrichtingen (hierna het 'Besluit van 23 maart 1989'), was (zoals tevens onder de nieuwe regelgeving) het in het kader van de realisatie van de aardgasvervoersinstallatie vereist tot een milieueffectrapportage over te gaan.

De 'passende beoordeling' werd in onderhavig geval geïntegreerd binnen het MER TECHNUM (weergegeven op pag. 223 tot 238) (...).

De conclusie van Technum (pag. 238 van het MER TECHNUM) luidt als volgt:

'Het hoofddoel van de Europese richtlijnen is het behoud van de biologische diversiteit. Elke Lidstaat dient bijgevolg voorzorgsmaatregelen in acht te nemen om significante achteruitgang en verstoring in de speciale beschermingszones te vermijden. Activiteiten in habitat- en vogelrichtlijngebieden blijven echter mogelijk op voorwaarde dat het einddoel met name het waarborgen van de handhaving en het herstel van natuurlijke habitattypen en soorten van communautair belang, niet geschaad wordt.

Met betrekking tot het voorliggende project kan gesteld worden dat, op voorwaarde dat bij de aanleg van de aardgasleiding de voorgestelde milderende maatregelen strikt toegepast worden, de effecten op de speciale beschermingszones niet van die aard zijn dat de betreffende instandhoudingsdoelstellingen in het gedrang komen'.

Klaarblijkelijk gaat Technum ervan uit dat het project geen 'betekenisvolle aantasting' van de natuurlijke kenmerken van de SBZ 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuid-Vlaamse bossen' zal veroorzaken door het in acht nemen van de mitigerende of milderende maatregelen zoals voorzien op pag. 236 - 238 van het MER TECHNUM.

Verzoekende Partij zal vervolgens aan uw Raad aantonen dat Technum geheel ten onrechte tot voormelde conclusie komt en dat met name, in onderhavig geval, wel degelijk tot een potentiële betekenisvolle en ernstige aantasting van de SBZ dient te worden besloten en bijgevolg, geheel ten onrechte, geen toetsing aan artikel 36 §5 van het Decreet Natuurbehoud werd doorgevoerd.

Vooreerst wenst Verzoekende Partij op te werpen dat zij Fluxys, opdrachtgever van Technum, middels een schrijven d.d. 23 augustus 2005 formeel in kennis heeft gesteld omtrent haar bedenkingen betreffende de impact van de aardgasvervoerinstallatie op het SBZ. In het schrijven d.d. 23 augustus 2005 werd door de heer Peter Vanderstuyft, voorzitter van de milieuraad van Verzoekende Partij, een alternatief tracé voor de aardgasvervoerinstallatie vooropgesteld (...).

De heer Vanderstuyft motiveert de noodzaak voor een alternatief tracé, o.a. op navolgende ecologische criteria:

'd. Ecologische criteria

- (1) Uit de vergelijking van het aantal meter VEN-, Habitat- en natura 2000-gebieden dat wordt doorschreden, blijkt dat het basistracé op zijn totale lengte maar voor liefst 8,5% door VEN- en Habitatgebied gaat. Terwijl dit voor het alternatief 0% is. Is dit de wijze hoe men in Vlaanderen met de bescherming van de natuur omspringt? Ik veronderstel dan ook als dit wordt toegestaan dat ik op het einde van

mijn tuin (= gelegen in Habitat-gebied) nu wel een zwembad mag bouwen zeker?

- (2) In dit Habitat-gebied, dat door het basistracé wordt doorschreden met de open sleufmethode, worden maar liefst drie bronbeken van de bovenloop van de Zwalm die biologisch zeer waardevol zijn doorschreden. Vooral de Sassegembeek heeft een vrij complete visfauna. Naast de Beekprik en de Rivierdonderpad (beiden zijn trouwens beschermd door de Habitatrichtlijn) treffen we er ook het Bermpje en de Beekforel (Rode Lijstsoort) aan. Daarnaast is dit ook de biotoop van de Gewone bronlibel (Rode Lijstsoort). Maar ook in de Molenbeek en de Doornbosbeek werd recent door de VMM de Beekprik en de Rivierdonderpad geïnventariseerd.

Niet alleen zijn de Beekprik en de Rivierdonderpad twee van de zes nog in Vlaanderen voorkomende vis- en rondbeksoorten die in bijlage II van de Habitatrichtlijn staan vermeld, maar daarenboven werd door het Comité van Ministers van de BENELUX op 26 april 1996 Beschikking M(96)5 aangenomen die bepaalt dat onbelemmerde migraties voor deze soorten mogelijk moet zijn.

De Beekprik staat ook nog op de Rode Lijst van de op wereldschaal bedreigde soorten (UCN 1996). Voor meer informatie zie de studie van Biologe Mia MEIRSSCHAUT in bijlage B'; (...)

De gegrondheid van voormelde ecologische motivering wordt door de verklaring van mevrouw Mia Meirsschaut, licentiate biologie, gestaafd.

De verklaring van mevrouw Mia Meirsschaut luidt als volgt (...):

'De bronbeken van de bovenloop van de Zwalm zijn biologisch zeer waardevol. Ze zijn niet alleen uitzonderlijk rijk aan leven, ze vormen het biotoop voor een aantal zeldzame soorten.

Vooral de Sassegembeek heeft nog een vrij complete visfauna die kenmerkend is voor een bovenloop van een beek met een zeer goede waterkwaliteit en met zeer goede structuurkenmerken. Naast de Beekprik en de Rivierdonderpad (beiden Europees beschermd door de Habitatrichtlijn) treffen we er ook het Bermpje aan en Beekforel (Rode lijstsoort). Het is ook het biotoop van de Gewone bronlibel (Rode lijstsoort). Ook in de Molenbeek en de Doornbosbeek werd recent nog door de VMM de Beekprik en de Rivierdonderpad geïnventariseerd.

Beekprik en Rivierdonderpad zijn 2 van de 6 nog in Vlaanderen voorkomende vis- en rondbeksoorten die in bijlage II van de Habitatrichtlijn vermeld staan. Door het Comité van Ministers van de BENELUX werd op 26 april 1996 Beschikking M(96)5 genomen die bepaalt dat onbelemmerde migraties voor deze soorten mogelijk moet zijn.

De Beekprik staat ook nog op de Rode Lijst van de op wereldschaal bedreigde soorten (UCN 1996).

Een verstoring van het biotoop van dergelijke zeldzame soorten door 'het werken in open sleuf' om met de gasleiding de beken te kruisen of het 'inkokeren van beken' zijn mijns inziens in geen geval te verantwoorden en in strijd met de wettelijke bescherming van soorten van internationaal belang.

Mia Meirsschaut
Licentiate biologie
Broekstraat 9
9570 Deftinge'

Bij een analyse van het MER TECHNUM, wat betreft de 'passende beoordeling van de gevolgen van het plan of project op de SBZ', dienen, in hoofdzaak, navolg(en)de vaststellingen te worden weerhouden:

- (a) 'Met uitzondering van een aantal vleermuizen komen er in de omgeving van het tracé geen zoogdieren voor die opgenomen werden in bijlage IV. Er zijn langsheen het tracé geen echte uitschieters bekend met betrekking tot het voorkomen van vleermuizen. Er is enkel bekend dat Gewone grootoorvleermuis en Gewone dwergvleermuis in de omgeving van het tracé aangetroffen kunnen worden, deze soorten behoren tot bijlage IV. Op minder dan 3 km ten noorden van UTM5-hok ES52B is een kolonie van Ingekorven vleermuis gekend. Vermits deze soort tot 15 km van de kolonie gaat jagen is het niet uitgesloten dat het tracé van de leiding zich in de jachtgebieden bevindt.

Vleermuizen stellen verschillende eisen aan hun milieu naargelang de soort. Dood hout, oude bomen en kleine landschapselementen zijn voor vleermuizen ecologisch gezien zeer waardevol. Open ruimten vormen een aanzienlijke barrière voor de verschillende soorten vleermuizen en worden zelden overgestoken. Het project geeft geen aanleiding tot het ontstaan van brede open ruimten. De strook die vrijgehouden wordt van diepwortelende beplanting vormt bijgevolg geen barrière voor vleermuizen. De vegetatie die plaatselijk verwijderd moet worden, betreft veelal een jonge vegetatie die van minder belang is voor vleermuizen. De aanleg van de geplande gasleiding doorsnijdt enkele bosgebieden (deeltrajecten 19, 22, 23, 26, 33 en 34). Het gaat hier om kleinere bosgebieden die nu al sterk geïsoleerd liggen. Verdere versnippering door de aanleg van de gasleiding zou een negatieve invloed kunnen hebben op het voorkomen van de Gewone grootoorvleermuis, de Gewone dwergvleermuis en de Ingekorven vleermuis'. (pagina 236 van het MER Technum - ...)

Uit bovenvermeld citaat kan dan ook niets anders dan worden afgeleid (...) dat het doorsnijden van de bosgebieden, die nu al strikt geïsoleerd liggen, zijn invloed kan hebben op het voorkomen van de Gewone grootoorvleermuis, de Gewone dwergvleermuis en de Ingekorven Vleermuis.

- (b) 'Voor amfibieën en reptielen zijn er in de omgeving van de geplande gasleiding geen specifieke belangrijke plaatsen aangeduid. In de nabijheid van het volledige tracé kunnen de volgende soorten worden waargenomen: Gewone pad, Alpenwatersalamander, Kleine watersalamander, Groene kikker, Bruine kikker, Vuursalamander, Hazelworm, Levendbarende hagedis en Vinpootsalamander. De laatste drie soorten zijn zeldzame Rode lijst-soorten, Vuursalamander heeft de status 'kwetsbaar'. De overige soorten zijn momenteel niet bedreigd. In de buurt van het geplande tracé worden geen amfibieën- of reptielensoorten waargenomen die behoren tot bijlage IV.

Aangezien er geen bijzondere habitats voor amfibieën of reptielen voorkomen in de nabijheid van het tracé, kan men stellen dat voorgenoemde soorten geen significante negatieve effecten zullen ondervinden ten gevolge van het project'. (pagina 236 van het MER Technum - ...)

Wanneer vooreerst wordt gesteld dat in de nabijheid van het volledige tracé o.a. de aanwezigheid van een aantal Rode Lijstsoorten dient te worden geregistreerd, kan men vervolgens moeilijk staande houden dat aangezien er geen bijzondere habitats voor amfibieën of reptielen zouden voorkomen in de nabijheid van het tracé, voornoemde soorten geen significante negatieve effecten zullen ondervinden ten gevolge van de realisatie van de aardgasvervoerinstallatie.

- (c) 'Deeltraject I bevindt zich in agrarisch gebied, waarbij de geplande aardgasleiding voornamelijk ecologisch minder waardevolle vochtige weilanden doorkruist. Ter hoogte van de kruising met de vallei van de Vaanbuikbeek en de Molenbeek (Vhag 5041) behoort deeltraject I echter tot het habitatrictlijngebied 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse bossen'. Voor de aanleg van de geplande leiding zullen deze waterlopen enkele weken over een lengte van 30 m ingekokerd worden. Om het habitatrictlijngebied zo min mogelijk te schaden wordt voorgesteld om de waterlopen na aanleg van de gasleiding zo vlug mogelijk zorgvuldig te herprofilen en in de oorspronkelijke staat weer aan te leggen'. (pagina 237 van het MER Technum - ...)

Uit de zinsnede 'Om het habitatrictlijngebied zo min mogelijk te schaden', dient noodzakelijkerwijze te worden afgeleid dat door de aanleg van de aardgasvervoerinstallatie wel degelijk schade aan het SBZ wordt veroorzaakt.

- (d) 'Deeltrajecten 3 en 6 bevinden zich respectievelijk in het valleigebied van de Dorenbosbeek en de Verrebeek. De kruising met deze twee beken vormen knelpunten binnen deze tracés. Beide waterlopen staan immers bekend als habitatgebied voor de Beekprik en de Rivierdonderpad. Het doorkruisen van de Dorenbosbeek en de Verrebeek heeft tot gevolg dat de waterlopen voor enkele weken over een afstand van 30 m zullen ingekokerd worden. De Dorenbosbeek staat bekend als habitat voor de Beekprik en de Rivierdonderpad. Het doorkruisen van de Dorenbosbeek via de 'open sleuf' methode, houdt in dat de Dorenbosbeek voor ongeveer 10 weken over een afstand van 30 m ingekokerd zal worden.

Aangezien de voortplantingstrek bij de Beekprik tijdens het voorjaar (april tot juni, afhankelijk van de temperatuur) plaatsvindt, is het aangewezen tijdens deze periode iedere verstoring van de waterloop te vermijden. Wanneer de kruising van de waterlopen in de planning voorzien wordt in de periode vanaf maart tot einde juli, wordt door het instituut voor Natuurbehoud aangeraden om de beek voor de inkokering elektrisch af te vissen en de gevangen vissen en rondbekken elders in de beek terug vrij te laten. Vermits de beekprik een moeilijk vangbare soort is, zal men minimaal drie elektrische bevissingen moeten uitvoeren alvorens over te gaan tot de inkokering. Men zal over een afstand van 100 m afvissingen uitvoeren. Op die manier kunnen de beekpriklarven uit het slib gevestigd worden. Buiten de voortplantingsperiode moeten enkel afvissingen gebeuren ter hoogte van de eigenlijke inkokering met het oog op beekpriklarven. Wanneer het kruisen van de waterloop aanvangt in de periode tussen augustus en februari, kan de inkokering gelijktijdig met het verloop van de werf plaatsvinden. De inkokering mag geen verval van meer dan 5 cm veroorzaken. Om de invloed van de inkokering op de structuurkwaliteit van de waterloop te minimaliseren moet deze na afloop van de werken zo vlug mogelijk zorgvuldig geherprofileerd worden.

Aangezien de oeverbegroeiing ter hoogte van de kruising slecht ontwikkeld is en snel tot herstel kan komen en wanneer de milderende maatregelen strikt uitgevoerd worden, wordt het niet noodzakelijk geacht om hiervoor een uitvoeringsalternatief te verkiezen.

Voor het uitvoeren van de elektrische afvissingen zal Fluxys contact opnemen met het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer'. (pagina 237 van het MER Technum - ...)

Wanneer vooreerst wordt vastgesteld dat de kruising van de Dorenbosbeek en de Verrebeek een knelpunt vormt binnen de deeltracés en vervolgens genoegzaam wordt genomen met de motivering dat de: 'kruising slecht ontwikkeld is' en bijgevolg 'snel tot herstel kan komen' (...) en wanneer 'de milderende maatregelen strikt uitgevoerd worden', het niet noodzakelijk is om een uitvoeringsalternatief te verkiezen, dan dient Verzoekende Partij terecht ernstige bedenkingen te formuleren bij de nauwkeurigheid van de door het studie bureau uitgevoerde toetsing.

Samen met Verzoekende Partij zal uw Raad dan ook vaststellen dat het MER TECHNUM:

- (a) vooreerst uitdrukkelijk aangeeft dat de uitvoering van de aardgasvervoerinstallatie langsheen het voorgestelde tracé een aantasting van het SBZ kan inhouden, doch zonder enige verdere wetenschappelijke onderbouwing deze potentiële schade onderzoekt;
- (b) bijgevolg zonder enige wetenschappelijke onderbouwing de potentiële schade aan het SBZ minimaliseert en zich in wezen beperkt tot een inhoudsloze motivering, nl. 'wanneer de milderende maatregelen strikt worden uitgevoerd is het niet noodzakelijk om het uitvoeringsalternatief te kiezen'.

Verzoekende Partij kan dan ook alleen maar vaststellen dat in het MER TECHNUM helemaal niet op overtuigende wijze wordt aangetoond dat de aanleg van de aardgasvervoerinstallatie geen betekenisvolle aantasting (inhoudt) van het SBZ in de zin van artikel 36ter van het Decreet Natuurbehoud.

Bij de voorbereidende werken m.b.t. het Decreet van 19 juli 2002 houdende o.a. een wijziging van het Decreet Natuurbehoud, waarbij voormelde bepalingen van artikel 36ter werden ingevoerd, werd volgende toelichting verstrekt m.b.t. het begrip 'betekenisvolle verstoring', dat op nuttige wijze kan worden aangewend voor de interpretatie van het begrip 'betekenisvolle aantasting'.

In de stukken van het Vlaamse Parlement, m.n. in stuk 967 (2001-2002), nr. 1 (p. 33) wordt hieromtrent gesteld (...):

'Ook met betrekking tot het begrip betekenisvolle verstoring is een aantal conclusies uit de Leidraad van artikel 6 van belang:

a) de bedoelde verstoring moet relevant zijn (d.w.z. gevolgen hebben) voor de staat van instandhouding van de soort of de habitat, gelet op de doelstellingen van de Habitatrichtlijn. In het licht van deze doelstellingen moet de Lidstaat bepalen of een verstoring betekenisvol is of niet. Met andere woorden: een zekere mate van verstoring wordt aanvaardbaar geacht.

Verstoring moet worden beoordeeld in het licht van het begrip instandhouding, rekening houdend met het feit dat het 'Natura 2000'-netwerk bestaat uit gebieden en ervoor moet zorgen dat de betrokken natuurlijke typen van habitats en habitats van soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding worden behouden;

b) verstoring is niet rechtstreeks van invloed op de fysische milieu-omstandigheden: een verstoring betreft soorten en is vaak in de tijd beperkt (lawaaï, lichtbronnen, enz.). Belangrijke parameters zijn derhalve de intensiteit, de duur en de frequentie van verstoringen. Een betekenisvolle verstoring kan echter veranderingen in de fysische parameters veroorzaken die hetzelfde effect hebben als een verslechtering. Verstoringen die ernstig ('betekenisvol') genoeg zijn om dit soort veranderingen teweeg te brengen, moeten of kunnen op dezelfde wijze als verslechteringen worden geëvalueerd, dat wil zeggen aan de hand van indicatoren van de staat van instandhouding;

c) Om betekenisvol te zijn moet een verstoring de staat van instandhouding beïnvloeden. Om te bepalen of een verstoring 'betekenisvol' is in het licht van de doelstellingen van de Habitatrichtlijn, kan gebruik worden gemaakt van de omschrijving van gunstige staat van instandhouding van een soort. De volgende factoren kunnen als een betekenisvolle verstoring worden aanzien:

- Elke activiteit die bijdraagt tot de afname op lange termijn van de grootte van de populatie (populatieomvang) van de betrokken soort in het gebied of tot een geringe afname waardoor in vergelijking met de begintoestand de soort niet langer een levensvatbare component van de natuurlijke habitat kan blijven;
- Elke activiteit die ertoe bijdraagt dat het verspreidingsgebied van de soort in het gebied kleiner wordt of dreigt te worden;
- Elke activiteit die ertoe bijdraagt dat de omvang van de habitat van de soort in het gebied kleiner wordt.

De evaluatie van de betekenisvolle verstoring van de soorten dient tevens geëvalueerd te worden in het licht van de bijdrage van het gebied tot de coherentie van het netwerk van de speciale beschermingszones'.

Wanneer voormelde criteria worden getoetst aan de bepalingen van het MER TECHNUM m.b.t. het SBZ, dan dringt het besluit op dat het studiebureau in het milieueffectenrapport op een vrij vlotte en weinig of niet wetenschappelijk onderbouwde wijze heeft vastgesteld dat er in casu geen sprake is van een betekenisvolle aantasting en bijgevolg ten onrechte de toetsing aan artikel 36ter §5 van het Decreet Natuurbehoud niet heeft uitgevoerd.

Wanneer immers wordt vastgesteld dat de voorgestelde activiteit, het plan of programma, een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ kan veroorzaken, waartoe in onderhavig geval dient te moeten worden besloten, kan de voorgestelde activiteit, het plan of programma, slechts worden verwezenlijkt wanneer aan navolg(en)de voorwaarden is voldaan:

- er moet zijn gebleken dat voor de natuurlijke kenmerken van het SBZ geen minder schadelijke alternatieve oplossingen zijn;
- er moeten dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangetoond;
- er moeten compenserende maatregelen en actieve instandhoudingsmaatregelen worden genomen die waarborgen dat de algehele samenhang van de speciale beschermingszone en - zones bewaard blijft; de compenserende maatregelen dienen van die aard te zijn dat een evenwaardige habitat of natuurlijk milieu ervan, van minstens een gelijkaardige oppervlakte in principe ontwikkeld blijft.

Door ten onrechte vast te stellen dat er geen betekenisvolle aantasting is van het SBZ (of dit standpunt in ieder geval niet op draagkrachtige en wetenschappelijke wijze te onderbouwen) omzeilt het MER TECHNUM op handige wijze de toetsing van voormelde stringente criteria en voorwaarden.

Het kan immers moeilijk worden betwist dat op geen enkele wijze kan worden gegarandeerd dat de aansnijding van de bosgebieden niet tot een verdere versnippering gaat leiden met een mogelijke negatieve invloed op het voorkomen van een aantal vleermuissoorten tot gevolg.

Evenmin kan worden verzekerd dat de amfibieën en reptielen (waaronder een aantal beschermde en kwetsbare soorten), welke zich in de nabijheid van het volledige tracé bevinden, geen negatieve effecten zullen ondervinden ten gevolge van de aardgasvervoerinstallatie.

Bovendien wordt de leefbaarheid van de 'Beekprik' en de 'Rivierdonderpad' én van een mogelijk snel herstel van de begroeiing én van de strikte naleving van de milderende maatregelen afhankelijk gesteld, zonder dat ook maar op enigerlei wijze nader op de inhoud van deze milderende maatregelen wordt ingegaan.

Verzoekende Partij is als administratieve overheid trots op het 'stukje beschermde natuur' gelegen op haar grondgebied en vreest, geheel terecht dat door de realisatie van de aardgasvervoerinstallatie, de door het Besluit van 24 mei 2002 beschermde 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse bossen' ernstig worden bedreigd".

De verzoekende partij concludeert dat het MER kennelijk te oppervlakkig is en te weinig wetenschappelijk is onderbouwd, dat de negatieve gevolgen van het project worden geminimaliseerd, dat de aanleg van de aardgasvervoerinstallatie wel degelijk een ernstige en betekenisvolle aantasting van de speciale beschermingszone zal veroorzaken en dat het bestreden besluit - door het opgestelde MER in aanmerking te nemen - steunt op motieven die in feite onjuist en onvolledig zijn.

7. De verwerende partij antwoordt dat de "passende beoordeling" te dezen heeft plaatsgevonden in het kader van de milieueffectrapportage, dat de cel MER op 30 november 2005 haar goedkeuring heeft verleend aan het MER dat de NV Fluxys heeft laten opstellen, dat in het goedkeuringsverslag van de cel MER onder meer staat te lezen dat de passende beoordeling ruimschoots wordt ingevuld met speciale aandacht voor de soorten van de beekprik en de rivierdonderpad waarbij de nodige maatregelen in de beekvalleien worden voorgesteld, dat gelet op voormelde goedkeuring moet worden aangenomen dat de verzoekende partij moet beschikken over stringente argumenten die aantonen dat de passende beoordeling in het MER tot kennelijk onjuiste of in rechte niet aanvaardbare conclusies heeft geleid, dat het goedgekeurde MER melding maakt van een aantal milderende maatregelen die erop gericht zijn om elke betekenisvolle aantasting van de betrokken speciale beschermingszone te allen tijde te vermijden, dat er van een kennelijke beoordelingsfout in haren hoofde slechts sprake kan zijn wanneer de fout zodanig evident is dat zij binnen de redelijke beoordelingsvrijheid van de overheid niet getolereerd kan worden, dat in de mate dat wordt aangevoerd dat het bestreden besluit niet gerechtvaardigd is ten aanzien van de wetenschappelijke vaststellingen die in de passende beoordeling werden gedaan de verzoekende partij zich in de plaats stelt van de goedkeurende overheid die in redelijkheid kon en mocht besluiten dat uit het MER blijkt dat er geen significante gevolgen voor de betrokken speciale beschermingszones te verwachten zijn, temeer omdat de wetenschappelijke beoordeling van bepaalde gevolgen in zekere mate steeds onzeker is, dat in de studie betreffende een alternatief tracé voor de aardgasleiding, die de verzoekende partij aanhaalt, de biologische waarde van de Sassegembeek wordt beklemtoond, dat uit het MER blijkt dat voormelde waterloop echter niet behoort tot de door de nieuwe

aardgasleiding doorkruiste waterlopen, dat de studies waarop het middel is gestoeld het MER bevestigen wat betreft het belang van de bescherming van de beekprik en de rivierdonderpad en hun habitats, dat bedoelde studies niet aantonen dat het MER kennelijk onredelijk is, dat het in werkelijkheid gaat om persoonlijke, niet-gefundeerde meningen die geen rekening houden met de in het MER voorgestelde milderende maatregelen en op de feiten toegepaste wetenschappelijke beoordelingen, dat de gewone grootoorvleermuis en de gewone dwergvleermuis vallen onder de soortbescherming van de habitatrichtlijn maar niet onder de bescherming van de speciale beschermingszones zoals bedoeld in artikel 6 van dezelfde richtlijn, dat bijgevolg artikel 6 van de habitatrichtlijn en artikel 36ter van het natuurbehouddecreet niet geschonden kunnen zijn, dat met betrekking tot de ingekorven vleermuis het MER niet besluit tot betekenisvolle negatieve gevolgen, dat de verzoekende partij uit het MER de verkeerde conclusies trekt wat betreft de bescherming van de waargenomen soorten amfibieën en reptielen die voorkomen op de zogenaamde Rode lijst, dat in het MER nergens wordt gesteld dat het geplande project geen schade zal veroorzaken aan de speciale beschermingszone maar wel dat geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken ervan verwacht wordt, dat het MER aandacht heeft besteed aan de negatieve effecten voor de beekprik en de rivierdonderpad, dat die effecten geminimaliseerd kunnen worden door het tijdstip waarop de werken worden uitgevoerd en dat een lichte, tijdelijke verstoring aanvaardbaar is en de instandhouding van genoemde soorten alleszins niet in het gedrang brengt.

8. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij het volgende :

"Vooreerst lijkt Verwerende Partij aan de hand van het gegeven dat de Cel Milieueffectenrapportage, bij beslissing van 30 november 2005 haar goedkeuring heeft verleend aan het MER TECHNUM, te staven dat de 'passende beoordeling' in het MER TECHNUM wel degelijk op voldoende wijze is geschied.

Gelet op de goedkeuring door de Cel Milieueffectenrapportage zou Verzoekende Partij stringente argumenten moeten hebben die aantonen dat de passende beoordeling die door TECHNUM is uitgevoerd en door de Cel Milieueffectenrapportage werd goedgekeurd tot kennelijke onjuiste conclusies of conclusies die in rechte niet aanvaardbaar zijn, is gekomen.

Gelet op de techniciteit van deze materie is Verzoekende Partij overgegaan tot het aanstellen van een in deze materie gespecialiseerd studiebureau, de bvba AEOLUS, met maatschappelijke zetel te 3290 Diest, Vroentestraat 2b (hierna AEOLUS). Aan AEOLUS werd de opdracht gegeven een studie te maken van het MER TECHNUM, inzonderheid wat betreft de feitelijke correctheid van de overwegingen van het MER TECHNUM en dit met het oog op het bekomen van een objectieve en deskundige beoordeling.

AEOLUS omschrijft haar opdracht in haar spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 als volgt (...):

'Wij werden door u belast met het nagaan of de bestaande passende beoordeling, opgemaakt door het studiebureau Technum, voldoet en of het besluit tot niet-significantie gelegitimeerd is. Wij hebben de voorliggende passende beoordeling ingekeken. Tevens hebben wij een terreinbezoek gebracht aan de projectlocatie'.

Zoals uw Raad uit het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS zal dienen af te leiden, vertoont het MER TECHNUM, inzonderheid wat betreft de 'passende beoordeling' wel degelijk een aantal onvolkomenheden en tekortkomingen.

Vooreerst dient te worden benadrukt dat, zoals Verwerende Partij ten onrechte lijkt voor te houden, de goedkeuring van de Cel Milieueffectenrapportage geen vrijgeleide vormt.

In Vlaanderen wordt immers vaak vastgesteld dat de 'passende beoordelingen', doorgaans beperkte analyses zijn die vaak te beschouwen zijn als 'expert judgement' en niet resultaat zijn van een uitgebreid onderzoek.

Dergelijke beperkte analyses worden door de beoordelende overheid meestal als voldoende aanvaard. Een goedkeuring van de Cel Milieueffectenrapportage kan dan ook bezwaarlijk worden gelijkgesteld met een 'vermoeden tot een deugdelijke beoordeling'.

Het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS luidt dienaangaande als volgt (...):

'De passende beoordeling vertoont een aantal gebreken. Tegelijkertijd dient gesteld dat desalniettemin de passende beoordeling grosso modo voldoet aan de Vlaamse normen voor de opmaak ervan. Bovenstaande elementen lijken paradoxaal maar het is een gegeven dat passende beoordelingen, zoals ze in Vlaanderen worden opgemaakt, doorgaans beperkte analyses zijn die vaak te beschouwen zijn als 'expert judgement' en niet het resultaat zijn van uitgebreid onderzoek. Dergelijke beperkte analyses worden door de beoordelende overheid meestal als voldoende aanvaard. Soms echter wordt de lat hoger gelegd en wordt gevraagd dat specifiek onderzoek plaatsvindt alvorens te komen tot onderbouwde conclusies.

M.a.w. zouden de conclusies van de voorliggende passende beoordeling aangevochten kunnen worden met als essentiële argumentatie dat er onvoldoende kennis beschikbaar is ten aanzien van (...) het effectief voorkomen van de aangemelde diersoorten binnen het betreffende habitatrictlijngebied en meer bepaald binnen de contouren van het betreffende projectgebied. Vanuit dergelijke redenering zou gekomen kunnen worden tot de conclusie van het vaststellen van essentiële leemten in de kennis wat juridisch tot het toepassen van het voorzorgsprincipe zou moeten leiden zodat het project momenteel, zonder bijkomende kennisinzichten, geen doorgang zou mogen vinden'.

(...)

Een tweede argument lijkt Verwerende Partij te putten uit een aantal milderende maatregelen die in het MER TECHNUM worden vooropgesteld en die erop gericht zouden zijn elke betekenisvolle aantasting van de SBZ te vermijden.

De conclusie van Technum (pag. 238 van het MER TECHNUM) luidt als volgt:

'Het hoofddoel van de Europese richtlijnen is het behoud van de biologische diversiteit. Elke Lidstaat dient bijgevolg voorzorgsmaatregelen in acht te nemen om significante achteruitgang en verstoring in de speciale beschermingszones te vermijden. Activiteiten in habitat- en vogelrichtlijngebieden blijven echter mogelijk op voorwaarde

dat het einddoel met name het waarborgen van de handhaving en het herstel van natuurlijke habitattypen en soorten van communautair belang, niet geschaad wordt.

Met betrekking tot het voorliggende project kan gesteld worden dat, op voorwaarde dat bij de aanleg van de aardgasleiding de voorgestelde milderende maatregelen strikt toegepast worden, de effecten op de speciale beschermingszones niet van die aard zijn dat de betreffende instandhoudingsdoelstellingen in het gedrang komen'.

(...)

Klaarblijkelijk gaat TECHNUM ervan uit dat het project geen 'betekenisvolle aantasting' van de natuurlijke kenmerken van de SBZ 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuid-Vlaamse bossen' zal veroorzaken door het in acht nemen van de mitigerende of milderende maatregelen zoals voorzien op pag. 236 - 238 van het MER TECHNUM.

Verzoekende Partij zal evenwel aantonen dat door de leemten in de kennis en andere onvolledigheden/onzorgvuldigheden, significante effecten van het project op de SBZ niet uitgesloten kunnen worden.

'In voorliggende MER/ passende beoordeling besluit Technum dat de negatieve effecten wél gemilderd kunnen worden tot niet significantie zodat, vanuit dat standpunt, inderdaad niet overgegaan moet worden tot een alternatievenonderzoek. Echter, wanneer zou gesteld en onderbouwd kunnen worden dat omwille van leemten in de kennis en andere onvolledigheden/onzorgvuldigheden vooralsnog significante effecten niet uitgesloten kunnen worden in voorliggende case dan is de opstart van een alternatievenonderzoek in dit stadium gerechtvaardigd'.

(...)

Zoals reeds uitvoerig gemotiveerd onder randnummer 2 van haar verzoekschrift tot vernietiging d.d. 29 mei 2006 (randnummer 2.1.2.2 van onderhavige memorie van wederantwoord) dient bij onderhavig project wel degelijk tot een 'potentiële betekenisvolle en ernstige aantasting van de SBZ' te worden besloten en werd bijgevolg, geheel ten onrechte, geen toetsing aan artikel 36§5 van het Decreet Natuurbehoud doorgevoerd.

Tevens lijkt Verwerende Partij zich te verschuilen achter haar zogenaamde 'discretionaire beoordelingsvrijheid' om tot de ongegrondheid van het verzoek tot vernietiging van de Bestreden Beslissing te besluiten.

Artikel 36ter§4 van het Decreet Natuurbehoud stelt evenwel uitdrukkelijk dat de overheid die over een vergunningsaanvraag, een plan of een programma moet beslissen, in onderhavig geval Verwerende Partij, de vergunning slechts mag toestaan of het plan of programma slechts mag goedkeuren indien het plan of programma, of de uitvoering van de activiteiten geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken SBZ kan veroorzaken.

Verwerende Partij vermag bijgevolg niet zomaar het MER TECHNUM voor volledig en correct te aanvaarden en dient minstens, gelet op het doorkruisen van waardevolle zones (o.a. SBZ, natuurgebied), de nodige zorgvuldigheid en terughoudendheid aan de dag te leggen ten aanzien van de bevindingen van het MER TECHNUM opgesteld in opdracht van Tussenkomen Partij.

Bij een primaire analyse zou immers onmiskenbaar reeds hebben komen vast te staan dat het MER TECHNUM zonder enige afdoende wetenschappelijke onderbouwing de potentiële schade aan het SBZ minimaliseert en zich in wezen beperkt tot een inhoudsloze motivering.

Bij een analyse van het MER TECHNUM komt AEOLUS immers tot navolgende vaststellingen (...):

'In concreto wordt in de MER / passende beoordeling nauwelijks ingegaan op het voorkomen van vleermuizen in het projectgebied, noch op de mogelijke effecten van de (tijdelijke) inkokering van beekjes en het

(tijdelijk) verdwijnen van KLE's als gevolg daarvan op het gebruik van het landschap door vleermuizen (vliegroutes, jachtgebieden). Met name de Bijlage II soort Ingekorven vleermuis is gekend van de omgeving van het projectgebied en fourageert mogelijk / waarschijnlijk langs de houtkanten die de beekjes begeleiden. Dergelijke landschapsecologische effecten voor vleermuizen zijn in de MER / passende beoordeling niet beschouwd. Bovendien zouden er hierover pas gedegen uitspraken gedaan kunnen worden indien het voorkomen van vleermuizen in de omgeving van het projectgebied in het algemeen en het landschapsgebruik van de van belang zijnde soorten in het bijzonder beter gekend zouden zijn.

Ook ten aanzien van de inkokering van beken met het oog op het beschermen van aanwezige vispopulaties kunnen enkele kritische bemerkingen worden gemaakt. Zo werd pas nadat de MER / passende beoordeling is opgemaakt bekend dat niet enkel de Beekprik voorkomt in het projectgebied maar ook een andere vissoort die voor het betreffende habitatrictlijngebied is aangemeld nl. de Rivierdonderpad. De MER / passende beoordeling stelt nog dat de beken wellicht geen geschikt habitat zijn voor deze soort maar blijkbaar was dit een verkeerde inschatting. Met in het achterhoofd het gegeven dat ook deze soort voorkomt dringt zich een nieuwe evaluatie op voor wat betreft de deugdelijkheid van de voorgestelde maatregel, zijnde de inkokering ter hoogte van de aan te leggen leiding. Bovendien zijn deze beide soorten in grote aantallen aanwezig in de Molenbeek-Sassegembeek, terwijl de passende beoordeling dit niet onderzocht en boudweg stelde dat de beek niet als habitat voor deze soorten is aangemeld. Indien een goede populatie van een Europees beschermde soort voorkomt op een locatie moeten de effecten van een plan of project daarop bekeken worden, ook al is het niet aangemeld als habitat. In dit geval is de Sassegembeek-Molenbeek gelegen in het habitatrictlijngebied en moesten ook daar de effecten op de beide vissoorten onderzocht worden'.

De overwegingen van AEOLUS staven dan ook onbetwistbaar het standpunt van Verzoekende Partij, met name dat ten onrechte wordt voorgehouden dat er geen sprake kan zijn van een betekenisvolle aantasting van de SBZ. Minstens dient te worden aanvaard dat dit standpunt niet op draagkrachtige en wetenschappelijke wijze wordt onderbouwd.

Omwille van de vastgestelde leemten en onvolledigheden, werd de studie van de heer Vanderstuyft 'Een alternatief tracé voor de aardgasvervoersinstallatie' dan ook geheel ten onrechte, door TECHNUM alsook later door Verwerende Partij, ter zijde geschoven.

Onderzoek naar alternatieven dient inderdaad, sensu stricto, slechts te worden toegepast indien het project niet op zo'n manier gemilderd kan worden dat significante negatieve effecten uitgesloten kunnen worden.

Zoals reeds uitvoerig gemotiveerd dient evenwel te worden vastgesteld dat in onderhavig geval een dergelijke zekerheid niet kan worden geboden.

De heer Vanderstuyft motiveert de noodzaak voor een alternatief tracé, o.a. op navolgende ecologische criteria:

'd. Ecologische criteria

(3) Uit de vergelijking van het aantal meter VEN-, Habitat- en natura 2000-gebieden dat wordt doorschreden, blijkt dat het basistracé op zijn totale lengte maar voor liefst 8,5% door VEN- en Habitatgebied gaat. Terwijl dit voor het alternatief 0% is. Is dit de wijze hoe men in Vlaanderen met de bescherming van de natuur omspringt? Ik veronderstel dan ook als dit wordt toegestaan dat ik op het einde van mijn tuin (= gelegen in Habitat-gebied) nu wel een zwembad mag bouwen zeker?

(4) In dit Habitat-gebied, dat door het basistracé wordt doorschreden met de open sleufmethode, worden maar liefst drie bronbeken van de

bovenloop van de Zwalm die biologisch zeer waardevol zijn doorschreden. Vooral de Sassegembeek heeft een vrij complete visfauna. Naast de Beekprik en de Rivierdonderpad (beiden zijn trouwens beschermd door de Habitatrictlijn) treffen we er ook het Bermpje en de Beekforel (Rode Lijstsoort) aan. Daarnaast is dit ook de biotoop van de Gewone bronlibel (Rode Lijstsoort). Maar ook in de Molenbeek en de Doornbosbeek werd recent door de VMM de Beekprik en de Rivierdonderpad geïnventariseerd.

Niet alleen zijn de Beekprik en de Rivierdonderpad twee van de zes nog in Vlaanderen voorkomende vis- en rondbeksoorten die in bijlage II van de Habitatrictlijn staan vermeld, maar daarenboven werd door het Comité van Ministers van de BENELUX op 26 april 1996 Beschikking M(96)5 aangenomen die bepaalt dat onbelemmerde migraties voor deze soorten mogelijk moet zijn.

De Beekprik staat ook nog op de Rode Lijst van de op wereldschaal bedreigde soorten (UCN 1996). Voor meer informatie zie de studie van Biologe Mia MEIRSSCHAUT in bijlage B'. (...)

De gegrondheid van voormelde ecologische motivering wordt door de verklaring van mevrouw Mia Meirsschaut, licentiate biologie, gestaafd.

De verklaring van mevrouw Mia Meirsschaut luidt als volgt (...):

'De bronbeken van de bovenloop van de Zwalm zijn biologisch zeer waardevol. Ze zijn niet alleen uitzonderlijk rijk aan leven, ze vormen het biotoop voor een aantal zeldzame soorten.

Vooral de Sassegembeek heeft nog een vrij complete visfauna die kenmerkend is voor een bovenloop van een beek met een zeer goede waterkwaliteit en met zeer goede structuurkenmerken. Naast de Beekprik en de Rivierdonderpad (beiden Europees beschermd door de Habitatrictlijn) treffen we er ook het Bermpje aan en Beekforel (Rode lijstsoort). Het is ook het biotoop van de Gewone bronlibel (Rode lijstsoort). Ook in de Molenbeek en de Doornbosbeek werd recent nog door de VMM de Beekprik en de Rivierdonderpad geïnventariseerd.

Beekprik en Rivierdonderpad zijn 2 van de 6 nog in Vlaanderen voorkomende vis-en rondbeksoorten die in bijlage II van de Habitatrictlijn vermeld staan. Door het Comité van Ministers van de BENELUX werd op 26 april 1996 Beschikking M(96)5 genomen die bepaalt dat onbelemmerde migraties voor deze soorten mogelijk moet zijn.

De Beekprik staat ook op de Rode Lijst van de op wereldschaal bedreigde soorten (UCN 1996).

Een verstoring van het biotoop van dergelijke zeldzame soorten door 'het werken in open sleuf' om met de gasleiding de beken te kruisen of het 'inkokeren van beken' zijn mijns inziens in geen geval te verantwoorden en in strijd met de wettelijke bescherming van soorten van internationaal belang.

Mia Meirsschaut
Licentiate biologie
Broekstraat 9
9570 Deftinge'

Gelet op voorafgaande overwegingen kan dan ook niet anders dan worden geconcludeerd dat de realisatie van onderhavige aardgasvervoerinstallatie wel degelijk een 'betekenisvolle aantasting van de SBZ kan' veroorzaken. De Bestreden Beslissing schendt dan ook op onmiskenbare wijze artikel 36ter §5 van het Decreet Natuurbehoud.

'Overeenkomstig onze afspraak bestaat het eerste gedeelte van onze opdracht erin om ons uit te spreken of wij mogelijkheden zien om op wetenschappelijke grond en met gedegen elementen de voorliggende

conclusie van niet significantie aan te vechten. Overeenkomstig het hoger gestelde zien wij hiertoe mogelijkheden en achten wij het redelijk om op basis van vastgestelde leemten in de kennis en andere onvolledigheden hiertoe te concluderen. Een vollediger analyse van ons zou deel kunnen uitmaken van een uitbreiding van onze opdracht waarbij we niet enkel verder onderbouwen dat de conclusie van de voorliggende passende beoordeling niet zonder meer aanvaard kan worden maar waarin tevens een analyse wordt gedaan van mogelijke alternatieven'.

(...)

Verzoekende Partij zal dan ook onverwijld overgaan tot het uitbreiden van de opdracht van AEOLUS teneinde AEOLUS in mogelijkheid te stellen haar bevinding, met name dat 'de conclusie van het MER TECHNUM betreffende de 'passende beoordeling' niet zondermeer kan worden aanvaard', verder uitbouwen alsook een analyse van de alternatieven door te voeren.

Verzoekende Partij verzoekt uw Raad dan ook, met eerbied, haar het recht voor te behouden, wanneer het bijkomend verslag van AEOLUS is tussengekomen, aan uw Raad alsook aan Verwerende Partij en Tussenkommende Partij, hiervan kopie te bezorgen.

Er dient evenwel nu reeds onmiskenbaar te worden vastgesteld dat het MER TECHNUM zonder draagkrachtige motivering tot het besluit komt dat de aanleg van de aardgasvervoerinstallatie geen betekenisvolle aantasting van het SBZ tot gevolg heeft.

Afsluitend wenst Verzoekende Partij ook stil te staan bij de toch enigszins opmerkelijke analyse van Verwerende Partij die wordt ontwikkeld onder randnrs. 46 tot 49.

Verwerende Partij meent dat, op basis van de bepalingen van de Habitatrictlijn, een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de bepalingen die van toepassing zijn op de bescherming of instandhouding van zones (de zgn. speciale beschermingszones) en op de bescherming van soorten (d.w.z. de beschermde dier- en plantensoorten).

Welnu, door de vaststelling dat bepaalde soorten een bijzondere bescherming genieten als individuele soort en bovendien ook aanwezig zijn binnen een speciale beschermingszone, zouden zij enkel vallen onder de beschermingsmaatregelen die voor hun individuele soort zijn voorzien, en zouden de beschermingsmaatregelen die van toepassing zijn voor de speciale beschermingszone niet van toepassing zijn.

Of anders uitgedrukt: wanneer binnen een speciaal beschermingsgebied ook individueel beschermde soorten aanwezig zijn, zijn de bepalingen van de speciale beschermingszone niet van toepassing. Zo stelt Verwerende Partij m.n. (blz. 14 van de memorie van antwoord):

'De Gewone grootoorvleermuis en de Gewone dwergvleermuis behoren tot de soorten die in bijlage IV van de Habitatrictlijn zijn opgesomd. Bijlage III van het Decreet Natuurbehoud bevat de overeenkomstige opsomming van soorten voor Vlaanderen. De soorten uit bijlage IV van de richtlijn, in casu de Gewone grootoorvleermuis en de Gewone dwergvleermuis, vallen dus onder bescherming van de soorten door de artikelen 12 tot en met 16 van de Habitatrictlijn maar niet onder de bescherming van de speciale beschermingszones, zoals bedoeld in artikel 6 van de Habitatrictlijn'. (...)

Welnu, het is evident dat deze argumentatie van Verwerende Partij niet kan overtuigen. Immers, een correcte toepassing van de bepalingen van de Habitatrictlijn vereist, in dergelijk geval (d.w.z. de combinatie van een speciale beschermingszone en individueel beschermde dier- en plantensoorten) een gecumuleerde toepassing van de bepalingen van de Habitatrictlijn, eerder dan een beperkende toepassing, zoals door Verwerende Partij voorgestaan.

En met name het feit dat in de speciale beschermingszone ook individueel beschermde dier- en plantensoorten aanwezig zijn, is ongetwijfeld van aard om tot het besluit te komen dat er prima facie het vermoeden is van 'een betekenisvolle aantasting van de speciale beschermingszone'.

Verwerende Partij kan trouwens ook helemaal niet worden bijgetreden in een 'omgekeerde redenering' waarbij, uitgaande van de aanwezigheid van bijzondere beschermde dier- en plantensoorten in een speciale beschermingszone, de bepalingen betreffende een passende beoordeling zoals opgenomen in artikel 6 van de Habitatrichtlijn en artikel 36ter van het Decreet Natuurbehoud 'op geen enkele manier kunnen geschonden zijn'.

Verzoekende Partij blijft dan ook van oordeel dat de Bestreden Beslissing niet gesteund is op in feite en in rechte aanvaardbare en draagkrachtige motieven.

De memorie van antwoord van Verwerende Partij bevat in wezen de bevestiging van deze ernstige wettigheidskritiek. In essentie komt Verwerende Partij niet verder dan het aanvoeren dat het uw Raad niet toekomt om in de plaats te treden van de beoordelende overheid en dat er geen sprake zou zijn van een 'kennelijke beoordelingsfout'. De door Verzoekende Partij aangehaalde adviezen worden hierbij zonder overtuigende argumentatie ter zijde gesteld, zodat Verzoekende Partij haar middel verder op wetenschappelijke basis wenst te onderbouwen, m.n. door het voorleggen van een aanvullend wetenschappelijk advies, uitgewerkt door het Studiebureau AEOLUS.

Bovendien schendt de Bestreden Beslissing ook artikel 36ter, §5 van het Decreet Natuurbehoud, nu, gegeven de betekenisvolle aantasting van het SBZ, de bepalingen van voormeld artikel niet werden nageleefd of in achtgenomen bij het nemen van de Bestreden Beslissing".

9. In haar verzoekschrift tot tussenkomst gaat de NV Fluxys, de eerste tussenkomende partij, niet in op het middel. Zij diende ook geen memorie in.

10. De VZW Milieufrent Omer Wattez, de tweede tussenkomende partij, roept in haar memorie eveneens de schending in van artikel 6 van de habitatrichtlijn. Zij stelt dat in het MER wordt bevestigd dat de ingekorven vleermuis, de meervleermuis, de rivierdonderpad en de beekprik - alle beschermde habitatsoorten - op verschillende plaatsen langs het tracé voorkomen, dat vooral de bovenlopen van de Zwalm belangrijk zijn als leef- en uitbreidingsgebied van de rivierdonderpad en de beekprik, dat door het geplande tracé van de aardgasleiding drie biologisch zeer waardevolle bronbeken van de Zwalm doorsneden zullen worden, dat te dezen sprake is van een plan of project in de zin van de habitatrichtlijn, dat indien de Raad van State zulks niet zou aannemen het past dienaangaande een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, dat de goedkeuring van een MER door de cel MER geen toegelaten delegatie is van de bevoegdheid van de minister van Leefmilieu, dat uit tal van passages van het MER blijkt dat de uitvoering van het voorgenomen project gepaard zal gaan met een ernstige aantasting van de speciale beschermingszone, inzonderheid op het vlak van het bos- en groenbestand, de beekvalleien en bijhorende waterfauna

(rivierdonderpad en beekprik), dat een alternatief tracé mogelijk is, dat artikel 6.4 van de habitatrichtlijn wordt geschonden vermits er geen dwingende redenen van groot openbaar belang voorhanden zijn, dat het bestreden besluit in hoofddorde moet worden getoetst aan artikel 6 van de habitatrichtlijn daar artikel 36ter van het natuurbehouddecreet door de vereiste van het niet-aantasten van de natuurlijke kenmerken terug te brengen tot "geen betekenisvolle aantasting" geen correcte omzetting inhoudt van voormelde richtlijn en dat desgevallend het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zich opdringt.

11. De verzoekende partij alsook de tweede tussenkomende partij sluiten zich in hun laatste memories aan bij de conclusies van het auditoraatsverslag.

12. In haar laatste memorie brengt de verwerende partij vooreerst in herinnering dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de arresten C-6/04 van 20 oktober 2005 en C-98/03 van 10 januari 2006 heeft geoordeeld dat voor het vereiste van een passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project als voorwaarde geldt dat de waarschijnlijkheid of het risico bestaat dat dit plan of project significante gevolgen heeft voor het betrokken gebied, dat zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat er sprake is van gebrekkige informatie omdat het MER de meest recente gegevens in verband met afvissing niet vermeldt, blijkt dat in de passende beoordeling en de milderende maatregelen van het MER in ieder geval rekening werd gehouden met de aanwezigheid van zowel de beekprik als de rivierdonderpad in de Dorenbosbeek en de Verrebeek, dat wat betreft de Molenbeek de gegevens inzake afvissing pas bekend waren na uitvoering van het MER, dat het MER wel degelijk aandacht besteedt aan het voorkomen van vleermuizen, dat slechts de ingekorven vleermuis onder de bescherming valt van artikel 6, § 3, van de habitatrichtlijn, dat het in het kader van het opstellen van het MER niet mogelijk was om over te gaan tot een volledige inventarisatie van de op het tracé voorkomende soorten, dat een terreinbezoek heeft toegelaten te besluiten dat de effecten voor vleermuizen beperkt negatief zijn, dat de door de MER-deskundigen gebruikte methode om leemten in de veldgegevens aan te vullen door middel van bestaande inventarisaties en literatuur in alle redelijkheid aanvaardbaar lijkt teneinde tot passende conclusies te komen, dat hoewel de studie betreffende het "alternatief tracé via Ghislenghien" zeer laat in de MER-procedure werd overgemaakt er wel degelijk rekening mee is gehouden zoals blijkt uit het verslag van de cel Milieueffectrapportage van 30 november 2005 houdende goedkeuring van het MER, dat uit artikel 36ter, §§ 4 en 5, van het natuurbehouddecreet voorts blijkt dat slechts indien een plan of programma een betekenisvolle aantasting van de

natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, moet blijken dat er voor de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone geen minder schadelijke alternatieve oplossingen zijn, dat door het in acht nemen van de in het MER voorgestelde maatregelen de beekprik en de rivierdonderpad slechts tijdelijk verstoord zullen worden in hun habitat, dat een zekere mate van verstoring die de instandhouding van de betrokken soorten niet in het gedrang brengt aanvaardbaar is, dat om betekenisvol te zijn de verstoring moet bijdragen tot de afname op lange termijn van de grootte van de populatie van de betrokken soort in het gebied of tot een geringe afname waardoor in vergelijking met de begintoestand de soort niet langer een levensvatbare component van de natuurlijke habitat kan blijven, dat zulks in casu niet het geval is aangezien het gaat om een tijdelijke situatie die zich na uitvoering van de vereiste werken zal herstellen, dat de studies waaraan de verzoekende partij haar kritiek ontleent niet meer wetenschappelijke onderbouwing verschaffen in vergelijking met het goedgekeurde MER, dat de discussie tussen de deskundigen onderling voornamelijk betrekking lijkt te hebben op de keuze van de milderende maatregelen (open sleuf-methode versus persing), dat de verzoekende partij geen kennelijke beoordelingsfout aantoont, dat de studie die in opdracht van de verzoekende partij werd uitgevoerd niet te allen tijde volledig objectief kan worden genoemd, dat niet alle negatieve gevolgen voor de beschermde soorten ook betekenisvol zijn in de zin van de habitatrichtlijn en het natuurbehouddecreet, dat de term betekenisvol immers betekent dat een zekere mate van verstoring aanvaardbaar wordt geacht in het licht van een aantal factoren zoals met name de specifieke bijzonderheden en milieukenmerken van het beschermde gebied en dat te dezen de instandhoudingsdoelstellingen van de habitatrichtlijn worden bereikt indien de milderende maatregelen worden nageleefd.

Beoordeling

13. Artikel 6, derde lid, van de habitatrichtlijn bepaalt wat volgt :

"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, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden".

Artikel 6, derde lid, van de habitatrichtlijn is omgezet door artikel 36ter, §§ 3 en 4, van het natuurbehouddecreet, waarvan de tekst als volgt luidt :

"§ 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-MER-richtlijn, 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-MER-richtlijn, 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".

Luidens artikel 2, 40/, van het natuurbehouddecreet moet onder plan of programma verstaan worden : "een document waarin beleidsvoornemens, beleidsontwikkelingen of grootschalige overheids-, particuliere of gemengde activiteiten worden aangekondigd en dat wordt opgemaakt en vastgesteld, gewijzigd of herzien op initiatief of onder toezicht van het Vlaamse Gewest, de provincies, de intercommunales, de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en/of de gemeenten, en/of van de federale overheid of waarvoor medefinanciering voorzien is door de Europese Gemeenschap of door het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap in het kader van de internationale samenwerking, voor zover het voorgenomen plan of programma aanzienlijke milieu- of veiligheidseffecten kan hebben op het grondgebied van het Vlaamse Gewest".

Aangezien met het thans bestreden besluit het tracé van een nieuwe aardgasvervoerinstallatie op het grondgebied van het Vlaamse Gewest wordt vastgesteld en niet betwist wordt dat het voorgenomen project aanzienlijke milieueffecten kan hebben, inzonderheid doordat het voorgestelde tracé van de aardgasleiding de speciale beschermingszone (SBZ-H) "Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse Bossen" doorkruist, is de bestreden beslissing te beschouwen als een plan of programma in de zin van het natuurbehouddecreet. De mogelijke effecten van het voorgenomen project dienen derhalve voorwerp te zijn van een zogenaamde "passende beoordeling".

De habitatrichtlijn omschrijft niet wat onder een "passende beoordeling" moet worden verstaan. In een arrest van 7 september 2004 heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat de passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project voor het betrokken gebied meebrengt dat "voordat voor dit plan of project toestemming wordt verleend, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van dit gebied in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd", dat de bevoegde nationale autoriteiten op basis van de passende beoordeling slechts toestemming geven voor de activiteit "wanneer zij de zekerheid hebben verkregen dat de activiteit geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied" en dat zulks het geval is "wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn" (HvJ C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Nederland, 2004).

Zowel de habitatrichtlijn als het natuurbehouddecreet stellen de instandhouding voorop van de "natuurlijke kenmerken" van de speciale beschermingszone. Luidens artikel 2, 30/, van het natuurbehouddecreet moet onder een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone verstaan worden "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". Uit wat voorafgaat vloeit voort dat niet elk, eventueel slechts tijdelijk, nadelig gevolg van een voorgenomen project op een

speciale beschermingszone noodzakelijkerwijze strijdt met de geldende instandhoudingsdoelstellingen.

Te dezen is de passende beoordeling opgenomen in het MER "Aardgasvervoerleiding Brakel-Haaltert" (november 2005) dat de NV Technum heeft opgemaakt in opdracht van de NV Fluxys. De negatieve effecten van het project op het betrokken habitatrictlijngebied worden in het MER als volgt beschreven :

"Deeltrajecten 1, 3, 6 en 16 zijn gelegen in valleigebieden van respectievelijk de Vaanbuikbeek en de Molenbeek (Vhag 5041), de Dorenbosbeek, de Verrebeek en de Broekbeek. Deeltrajecten 1 en 6 bevinden zich volgens het gewestplan in agrarisch gebied, de deeltrajecten 3 en 16 worden als landschappelijk waardevol agrarisch gebied aangeduid.

De percelen die gekruist worden zijn vooral weilanden bestaande uit soortenarme permanente cultuurgraslanden en akkerlanden. Aangezien deze weilanden en akkers na de aanleg van de leiding in de oorspronkelijke staat hersteld worden en terug in landbouwgebruik komen, zijn er geen permanente effecten te verwachten.

Aangezien het habitatrictlijngebied overeenkomt met de valleigebieden van de doorkruiste beken, worden hier de grootste knelpunten verwacht. Dit geldt voornamelijk voor de Dorenbosbeek (deeltraject 3) en de Verrebeek (deeltraject 6), die bekend staat als habitatgebied voor de Beekprik en de Rivierdonderpad. De negatieve effecten die kunnen optreden door verstoring van hun habitat als gevolg van de aanleg van de leiding zijn echter beperkt. Er wordt aangenomen dat voor verschillende vissoorten, waaronder de Rivierdonderpad, een inkokering (van maximaal 70 m) niet als een migratieknelpunt beschouwd kan worden (Knaepkens G., Bervoets L., Verheyen E. & Eens, M. 2002). De inkokering in het geval van dit project is bovendien van tijdelijke aard, waardoor de effecten voor de aanwezige vispopulaties beperkt tot verwaarloosbaar zijn. Het is bovendien onwaarschijnlijk dat de Rivierdonderpad voorkomt op de plaats waar de waterloop doorsneden wordt. De Rivierdonderpad verkiest immers eerder die delen van de waterlopen waar stenen opgehoopt worden langs de oever.

De overige waterlopen in het habitatrictlijngebied (de Vaanbuikbeek, de Molenbeek (Vhag 5041) en de Broekbeek) zijn niet erkend als habitatgebied voor vissoorten.

Uit de discipline water is gebleken dat binnen de deeltrajecten 1, 3 en 6 bemaling noodzakelijk zal zijn. De natuurwaarde op de plaats van de kruising van het tracé met het habitatrictlijngebied in de deeltrajecten 1, 3 en 6 is echter niet van die aard dat een tijdelijke bemaling hier een blijvend effect zal veroorzaken. Voor het eerste gedeelte van deeltraject 16, dat behoort tot het habitatrictlijngebied, is het effect van bemaling niet van belang aangezien de leiding hier aangelegd wordt met een horizontaal gestuurde boring.

In het eerste gedeelte van deeltraject 16 wordt over zeer korte lengte een zuidelijke uitloper van het natuurgebied 'Moenebroek' doorkruist. Dit natuurreservaat behoort bijna integraal tot het habitatrictlijngebied 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse bossen'. Het perceel dat doorkruist wordt bestaat uit een rietveldje gelegen langs de N42. Voor het doorkruisen van zowel de N42 als het naastliggende perceel natuurgebied wordt gebruik gemaakt van een onderdoorpersing. Op die manier blijven de bestaande bomendreef langs de weg en het perceel met riet integraal bewaard en zijn de

effecten op fauna en flora hier te verwaarlozen. Na kruising van de N42 en de percelen natuurgebied zal de leiding verder aangelegd worden in open sleuf. Dit gedeelte van deeltraject 16 behoort echter niet tot het habitatrictlijngebied.

Bijlage IV soorten

In bijlage IV van de habitatrictlijn zijn een aantal dier- en plantensoorten opgesomd die van communautair belang zijn en strikt beschermd moeten worden. In deze paragraaf wordt bekeken of er dergelijke soorten effecten zullen ondervinden ten gevolge van de aanleg van de aardgasvervoerleiding tussen Brakel en Haaltert. Welke van de bijlage IV-soorten voorkomen in de omgeving van het geplande tracé werd reeds besproken in 'Deel A5 Referentiesituatie'.

Met uitzondering van een aantal vleermuizen komen er in de omgeving van het tracé geen zoogdieren voor die opgenomen werden in bijlage IV. Er zijn langsheen het tracé geen echte uitschieters bekend met betrekking tot het voorkomen van vleermuizen. Er is enkel bekend dat Gewone grootoorvleermuis en Gewone dwergvleermuis in de omgeving van het tracé aangetroffen kunnen worden, deze soorten behoren tot bijlage IV. Op minder dan 3 km ten noorden van UTM5-hok ES52B is een kolonie van Ingekorven vleermuis gekend. Vermits deze soort tot 15 km van de kolonie gaat jagen is het niet uitgesloten dat het tracé van de leiding zich in de jachtgebieden bevindt.

Vleermuizen stellen verschillende eisen aan hun milieu naargelang de soort. Dood hout, oude bomen en kleine landschapselementen zijn voor vleermuizen ecologisch gezien zeer waardevol. Open ruimten vormen een aanzienlijke barrière voor de verschillende soorten vleermuizen en worden zelden overgestoken. Het project geeft geen aanleiding tot het ontstaan van brede open ruimten. De strook die vrijgehouden wordt van diepwortelende beplanting vormt bijgevolg geen barrière voor vleermuizen. De vegetatie die plaatselijk verwijderd moet worden, betreft veelal een jonge vegetatie die van minder belang is voor vleermuizen. De aanleg van de geplande gasleiding doorsnijdt enkele bosgebieden (deeltrajecten 19, 22, 23, 26, 33 en 34). Het gaat hier om kleinere bosgebieden die nu al sterk geïsoleerd liggen. Verdere versnippering door de aanleg van de gasleiding zou een negatieve invloed kunnen hebben op het voorkomen van de Gewone grootoorvleermuis, de Gewone dwergvleermuis en de Ingekorven vleermuis.

Voor amfibieën en reptielen zijn er in de omgeving van de geplande gasleiding geen specifieke belangrijke plaatsen aangeduid. In de nabijheid van het volledige tracé kunnen de volgende soorten worden waargenomen: Gewone pad, Alpenwatersalamander, Kleine watersalamander, Groene kikker, Bruine kikker, Vuursalamander, Hazelworm, Levendbarende hagedis en Vinpootsalamander. De laatste drie soorten zijn zeldzame Rode lijst-soorten. Vuursalamander heeft de status 'kwetsbaar'. De overige soorten zijn momenteel niet bedreigd. In de buurt van het geplande tracé worden geen amfibieën- of reptielensoorten waargenomen die behoren tot bijlage IV.

Aangezien er geen bijzondere habitats voor amfibieën of reptielen voorkomen in de nabijheid van het tracé, kan men stellen dat voornoemde soorten geen significante negatieve effecten zullen ondervinden ten gevolge van het project".

Het MER stelt een aantal "mitigerende of milderende maatregelen" voor die specifiek met betrekking tot het doorkruisen van de speciale beschermingszones (deeltrajecten 1, 3, 6 en 16) het volgende inhouden :

"Deeltraject 1 bevindt zich in agrarisch gebied, waarbij de geplande aardgasleiding voornamelijk ecologisch minder waardevolle vochtige weilanden doorkruist. Ter hoogte van de kruising met de vallei van de Vaanbuikbeek en de Molenbeek (Vhag 5041) behoort deeltraject 1 echter tot het habitatrichtlijngebied 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse bossen'. Voor de aanleg van de geplande leiding zullen deze waterlopen enkele weken over een lengte van 30 m ingekokerd worden. Om het habitatrichtlijngebied zo min mogelijk te schaden wordt voorgesteld om de waterlopen na aanleg van de gasleiding zo vlug mogelijk zorgvuldig te herprofilen en in de oorspronkelijke staat weer aan te leggen.

Deeltrajecten 3 en 6 bevinden zich respectievelijk in het valleigebied van de Dorenbosbeek en de Verrebeek. De kruising met deze twee beken vormen knelpunten binnen deze deeltracés. Belde waterlopen staan immers bekend als habitatgebied voor de Beekprik en de Rivierdonderpad. Het doorkruisen van de Dorenbosbeek en de Verrebeek heeft tot gevolg dat de waterlopen voor enkele weken over een afstand van 30 m zullen ingekokerd worden. De Dorenbosbeek staat bekend als habitat voor de Beekprik en de Rivierdonderpad. Het doorkruisen van de Dorenbosbeek via de 'open sleuf' methode, houdt in dat de Dorenbosbeek voor ongeveer 10 weken over een afstand van 30 m ingekokerd zal worden.

Aangezien de voortplantingstrek bij de Beekprik tijdens het voorjaar (april tot juni, afhankelijk van de temperatuur) plaatsvindt, is het aangewezen tijdens deze periode iedere verstoring van de waterloop te vermijden. Wanneer de kruising van de waterlopen in de planning voorzien wordt in de periode vanaf maart tot einde juli, wordt door het Instituut voor Natuurbehoud aangeraden om de beek voor de inkokering elektrisch af te vissen en de gevangen vissen en rondbekken elders in de beek terug vrij te laten. Vermits de beekprik een moeilijk vangbare soort is, zal men minimaal drie elektrische bevissingen moeten uitvoeren alvorens over te gaan tot de inkokering. Men zal over een afstand van 100 m afvissingen uitvoeren. Op die manier kunnen de beekpriklarven uit het slib gevestigd worden. Buiten de voortplantingsperiode moeten enkel afvissingen gebeuren ter hoogte van de eigenlijke inkokering met het oog op beekpriklarven. Wanneer het kruisen van de waterloop aanvangt in de periode tussen augustus en februari, kan de inkokering gelijktijdig met het verloop van de werf plaatsvinden. De inkokering mag geen verval van meer dan 5 cm veroorzaken. Om de invloed van de inkokering op de structuurkwaliteit van de waterloop te minimaliseren moet deze na afloop van de werken zo vlug mogelijk zorgvuldig geherprofileerd worden.

Aangezien de oeverbegroeiing ter hoogte van de kruising slecht ontwikkeld is en snel tot herstel kan komen en wanneer de milderende maatregelen strikt uitgevoerd worden, wordt het niet noodzakelijk geacht om hier een uitvoeringsalternatief te verkiezen.

Voor het uitvoeren van de elektrische afvissingen zal Fluxys contact opnemen met het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer.

In deeltraject 16 wordt het valleigebied van de Broekbeek (in het begin van het tracé) aangeduid als habitatrichtlijngebied. Hier doorkruist de geplande aardgasleiding enkele percelen die een zuidelijke uitloper vormen van het meer noordelijk gelegen natuurgebied 'Moenebroek'. Aangezien hier gebruik wordt gemaakt van een horizontaal gestuurde boring zijn de effecten voor de discipline fauna en flora te verwaarlozen en moeten geen bijkomende milderende maatregelen worden voorgesteld".

Met betrekking tot de passende beoordeling concludeert het MER :

"Het hoofddoel van de Europese richtlijnen is het behoud van de biologische diversiteit. Elke lidstaat dient bijgevolg voorzorgsmaatregelen in acht te nemen om significante achteruitgang en verstoring in de speciale beschermingszones te vermijden. Activiteiten in habitat- en vogelrichtlijngebieden blijven echter mogelijk op voorwaarde dat het einddoel met name het waarborgen van de handhaving en het herstel van natuurlijke habitattypen en soorten van communautair belang, niet geschaad wordt.

Met betrekking tot het voorliggende project kan gesteld worden dat, op voorwaarde dat bij de aanleg van de aardgasleiding de voorgestelde milderende maatregelen strikt toegepast worden, de effecten op de speciale beschermingszones niet van die aard zijn dat de betreffende instandhoudingsdoelstellingen in het gedrang komen".

De cel Milieueffectrapportage van de afdeling Algemeen Milieu- en Natuurbeleid heeft het MER op 30 november 2005 goedgekeurd. In het goedkeuringsverslag schrijft de cel MER onder meer : "Bij 'fauna-flora' worden volgens de relevantie de 34 deelgebieden van het tracé beschreven met aandacht voor de passages van VEN- en Habitatrichtlijngebied en de beekvalleien" (p. 6), "De passende beoordeling wordt ruimschoots ingevuld ook met aandacht voor de Bijlage IV soorten. De beekprik en de rivierdonderpad krijgen speciale aandacht waarbij de nodige maatregelen in de beekvalleien worden voorgesteld voor deeltrajecten 1, 3, 6 en 16" (p. 7) en "De milderende maatregelen worden op de afzonderlijke kaart 10 samengebracht. Aandacht gaat dus naar werkstrookversmalling, herstel en compensatie van aanplantingen, kleinschalige landschapselementen en de boscompensatie, beekherstel en voorafgaandelijke afvissing" (p. 8).

De verzoekende partij betwist op meerdere punten de deugdelijkheid van het MER en daarmee ook de deugdelijkheid van de passende beoordeling zoals voorgeschreven door de habitatrichtlijn en het natuurbehouddecreet.

De Raad van State kan, in het kader van zijn wettigheidstoezicht, zijn beoordeling op het punt van de intrinsieke degelijkheid van een MER niet in de plaats stellen van die van de cel MER. Het wettigheidstoezicht van de Raad van State beperkt zich in de eerste plaats tot een controle van de juistheid van de feitelijke uitgangspunten van het MER en van de volledigheid van de in aanmerking genomen gegevens rekening houdend met de doelstelling van het MER. Voorts vermag de Raad van State ook na te gaan of het bestuur binnen de perken van de redelijkheid tot zijn passende beoordeling is kunnen komen.

In het inleidend verzoekschrift poneert de verzoekende partij dat het MER "kennelijk te oppervlakkig en kennelijk te weinig wetenschappelijk onderbouwd" is. Ter adstructie van het middel verwijst de verzoekende partij naar een schrijven van 23 augustus 2005 van de voorzitter van de milieuraad van de gemeente Brakel alsook naar een verklaring van een licentiate biologie.

Met voormeld schrijven en voormelde verklaring, waarvan de inhoud zich in wezen beperkt tot het kwalificeren van de bronbeken van de bovenloop van de Zwalm als biologisch zeer waardevol onder meer wegens de aanwezigheid van een aantal beschermde vissoorten, toont de verzoekende partij niet aan dat het MER, waarin het biologisch waardevol karakter van het betrokken gebied niet wordt betwist en de aanwezigheid van beschermde vissoorten uitdrukkelijk wordt bevestigd, volledig voorbij is gegaan aan de instandhoudingsdoelstellingen van het natuurbehouddecreet, laat staan dat de erin vervatte passende beoordeling, die het nemen van een aantal milderende maatregelen vooropstelt, kennelijk onredelijk is.

Samen met de memorie van wederantwoord heeft de verzoekende partij een zogenaamd "spoedadvies" van 31 oktober 2006 neergelegd waarin de projectleiders Natuur/Mer van de BVBA Aeolus onder meer het volgende verklaren :

"De passende beoordeling vertoont een aantal gebreken. Tegelijkertijd dient gesteld dat desalniettemin de passende beoordeling grosso modo voldoet aan de Vlaamse normen voor de opmaak ervan. Bovenstaande elementen lijken paradoxaal maar het is een gegeven dat passende beoordelingen, zoals ze in Vlaanderen worden opgemaakt, doorgaans beperkte analyses zijn die vaak te beschouwen zijn als 'expert judgement' en niet het resultaat zijn van uitgebreid onderzoek. Dergelijke beperkte analyses worden door de beoordelende overheid meestal als voldoende aanvaard. Soms echter wordt de lat hoger gelegd en wordt gevraagd dat specifiek onderzoek plaatsvindt alvorens te komen tot onderbouwde conclusies.

M.a.w. zouden de conclusies van de voorliggende passende beoordeling aangevochten kunnen worden met als essentiële argumentatie dat er onvoldoende kennis beschikbaar is ten aanzien van het effectief voorkomen van de aangemelde diersoorten binnen het betreffende habitatrictlijngebied en meer bepaald binnen de contouren van het betreffende projectgebied. Vanuit dergelijke redenering zou gekomen kunnen worden tot een conclusie van het vaststellen van essentiële leemten in de kennis wat juridisch tot het toepassen van het voorzorgsprincipe zou moeten leiden zodat het project momenteel, zonder bijkomende kennisinzichten, geen doorgang zou mogen vinden. (...)".

Het "spoedadvies" plaatst vervolgens een aantal kritische bedenkingen bij de passende beoordeling van de effecten op de vleermuizen, de beekprik en de rivierdonderpad.

De deskundigen van de BVBA Aeolus schrijven ook :

"Overeenkomstig onze afspraak bestaat het eerste gedeelte van onze opdracht erin om ons uit te spreken of wij mogelijkheden zien om op wetenschappelijke grond en met gedegen elementen de voorliggende conclusie van niet significantie aan te vechten. Overeenkomstig het hoger gestelde zien wij hiertoe mogelijkheden en achten wij het redelijk om op basis van vastgestelde leemten in de kennis en andere onvolledigheden hiertoe te concluderen. Een volledige analyse van ons zou deel kunnen uitmaken van een uitbreiding van onze opdracht waarbij we niet enkel verder onderbouwen dat de conclusie van de voorliggende passende beoordeling niet zonder meer aanvaard kan worden maar waarin tevens een analyse wordt gedaan van mogelijke alternatieven".

Vastgesteld wordt dat hoewel de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift gewag maakt van "kennelijke" leemtes in het MER, die leemtes zelfs na tussenkomst van een door haar aangestelde expert blijkbaar niet onmiddellijk afdoende geduid kunnen worden maar voorwerp dienen te zijn van verder onderzoek, hetgeen de Raad van State in eerste instantie toelaat de ernst en de relevantie van de vermeende leemtes te relativiseren. Voorts vereisen zowel de habitatrichtlijn als het natuurbehouddecreet dat voor de passende beoordeling rekening wordt gehouden met de (beste) voorhanden zijnde wetenschappelijke kennis. Op de initiatiefnemer van een plan of project dat onderworpen wordt aan een passende beoordeling, rust derhalve niet de verplichting om de eventuele leemtes in de bestaande wetenschappelijke kennis zelf aan te vullen met bijkomend onderzoek dat voldoet aan de kwaliteitsvereisten die in het betrokken onderzoeks domein gesteld worden. In dat verband bepaalt artikel 4.3.7, § 1, 4/, van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid ten andere dat het project-MER onder meer bestaat uit "een opgave van de moeilijkheden, technische leemten of ontbrekende kennis die de initiatiefnemer en/of het team van erkende deskundigen eventueel hebben ondervonden bij het verzamelen en verwerken van de vereiste informatie en de gevolgen daarvan voor de wetenschappelijkheid van het rapport". In paragraaf 2 van hetzelfde artikel wordt bovendien bepaald dat het MER slechts informatie dient te bevatten "voor zover de bestaande kennis en de bestaande effectanalyse- en beoordelingsmethodes redelijkerwijze toelaten om deze informatie te verzamelen en te verwerken".

Inzake de leemten in de kennis vermeldt het MER (p. 308) dat "voor de bespreking van de (avi-)faunistische gegevens werd voortgegaan op bestaande inventarisaties, aangevuld met gegevens uit de literatuur en terreinwerk" en dat het "voor de hand (ligt) dat het binnen het tijdsbestek van dit MER niet mogelijk is om een volledige inventaris van de (avi)fauna op te stellen". De bedoelde (avi-)faunistische gegevens hebben onder meer betrekking op de vleermuizen. De verzoekende partij betwist niet dat de MER de bestaande kennis terzake in aanmerking heeft genomen. Integendeel bevestigt de studie van de BVBA Aeolus dat het MER "alle beschikbare waarnemingen" bevat. Zoals reeds werd gesteld, valt het buiten het bestek van het MER om op basis van bijkomend wetenschappelijk onderzoek na te gaan hoe volledig deze waarnemingen zijn. Dergelijk onderzoek was te dezen nog minder aangewezen nu de door de verzoekende partij aangestelde deskundigen zelf tot de conclusie komen dat de effecten voor vleermuizen "beperkt negatief" zijn en dat de effecten gelijkaardig zullen zijn indien voor het alternatieve tracé zou worden gekozen.

Op 9 oktober 2008 heeft de raadsman van de verzoekende partij, op vraag van het auditoraat, een studie genaamd "Passende beoordeling Fluxys gasleiding tussen Brakel en Haaltert", door de BVBA Aeolus opgesteld op 28 februari 2007, aan de Raad van State toegezonden.

Met betrekking tot de effecten op de beschermde vissoorten (beekprik en rivierdonderpad) leest men in die studie wat volgt :

"Waar het tracé de vier beken kruist zal de gasleiding in open sleuf worden aangelegd. Dit zal significant negatieve effecten op de aanwezige habitatrictlijnsoorten veroorzaken omdat tijdens de aanleg hun leefgebied tijdelijk, gedurende 10 weken, zo goed als vernietigd wordt. Om tot niet significante effecten te besluiten schrijven het MER en de passende beoordeling die erin vervat zit volgende milderende maatregel voor: beken tijdelijk inkokeren en voorafgaand het in te kokeren traject afvissen. Bij timing van de werken in het voorjaar moet deze afvissing over een grotere lengte, namelijk 100 m, uitgevoerd worden.

De vraag die ons rest is: 'Is deze milderende maatregel voldoende om tot niet significantie van de verschillende effecten te kunnen besluiten?'. Uitgaande van de soortbesprekingen van beide vissoorten kunnen we hiermee ten dele akkoord gaan.

- Zowel beekprik als rivierdonderpad zijn weinig mobiele soorten. Indien het in te kokeren traject volledig wordt leeggevestigd door een erkende deskundige (om electrisch te vissen) voorafgaandelijk aan de inkokering is er geen gevaar op mortaliteit van een exemplaar van beide soorten tijdens de inkokering.
- De inkokering, die voor beide soorten een migratieknelpunt is, zal slechts tijdelijk zijn. Na de aanleg die 10 weken duurt zal de initiatiefnemer de

inkokering immers verwijderen en het beektraject zo snel mogelijk herprofilen.

Desondanks blijven er een aantal punten waardoor we niet kunnen besluiten tot niet significantie van de effectenonzekerheden die niet volledig verdwijnen verbonden aan het project:

- De beekprik is een soort die zeer moeilijk electrisch te vangen is. Zelfs na drie afvissingen is er geen 100 % resultaat, dit zal eerder 50 % zijn => ook na drie afvissingen bestaat een kans op mortaliteit onder beekprikken in het doorkruiste traject;
- Het substraat zal na de herprofilering niet hetzelfde zijn dan voor de inkokering. Vermits de beekprik toch belangrijke eisen hieraan stelt is het niet zeker dat de soort na de herprofilering nog een geschikt habitat terugvindt. Hetzelfde geldt voor de rivierdonderpad omdat deze soort ook eisen stelt aan de korrelgrootte verdeling.

Omwille van deze twee onzekerheden vinden we dat er, ondanks de milderende maatregelen, significant negatieve effecten verbonden zijn aan het project zoals nu voorgesteld (inclusief milderende maatregelen van het MER). Om die reden is een persing te verkiezen boven het kruisen in open sleuf. In de eerste plaats voor Molenbeek (VHAG 5041) en Verrebeek omdat hier de twee beschermde soorten zijn gevangen. Voor de Vaanbuisbeek, niet aangemeld als habitat maar ook niet onderzocht, is persing uit voorzorg te verkiezen, tenzij uit een eerste afvissing in de trekperiode van beekprik blijkt dat de soort hier ook niet voorkomt. Dan is de voorgestelde milderende maatregel wel voldoende. Voor Dorenbosbeek, aangemeld als habitat maar beide soorten niet gevangen, is de voorgestelde milderende maatregel eveneens aanvaardbaar.

Qua timing doet zich bij inkokering tevens een probleem voor. De inkokering over 30 m vormt een migratiebarrière voor beide soorten. Bij inkokering tijdens de migratieperiode zijn er dus ook negatieve effecten. Deze spelen enkel voor de beekprik omdat die over grotere afstanden trekt in de voortplantingsperiode en ieder individu slechts 1 voortplantingsperiode meemaakt: eens volwassen eten beekprikken niet meer en na de eiafzet sterven ze af. De rivierdonderpad trekt eerder over kleinere afstanden, maximaal 20 m, waardoor bij afvissing van een voldoende ruim traject geen problemen te verwachten zijn. Om die reden vinden we dat inkokering van de beken tijdens de trekperiode van beekprik niet kan plaatsvinden. Gegeven het feit dat ze moeilijk electrisch te vangen is, geldt dit ook voor de Dorenbosbeek die qua habitatkwaliteit geschikt is voor beide soorten.

Deelbesluit :

Voor de kruising van Molenbeek en Verrebeek is een persing te verkiezen boven kruising in open sleuf waarbij de beek tijdelijk wordt ingekokerd en het gekruiste traject wordt leeggevist met drie afvissingen. Niet significante effecten kunnen we ook dan immers niet uitsluiten. Voor Dorenbosbeek en Vaanbuisbeek, deze laatste beek na een screening op het voorkomen van beekprik en rivierdonderpad, gaan we akkoord met de voorgestelde milderende maatregelen als deze buiten de perioden maart - juni plaatsvindt".

De studie besluit omtrent de "effecten op vissen" :

"Het project zoals de initiatiefnemer Fluxys voorstelde genereert significant negatieve effecten op de speciale beschermingszone door het kruisen van vier beken met open sleuf. De voorgestelde milderende maatregelen in het MER zijn volgens ons onvoldoende om te garanderen dat er geen significant negatieve effecten optreden als gevolg van de aanleg met volledige inkokering van de beken.

- Bij herprofilering is het niet gegarandeerd dat het substraat nog geschikt is voor beekprik of rivierdonderpad
- Het is niet realistisch dat alle beekprikken op het traject gevangen worden tijdens drie elektrische afvissingen omdat deze soort een ingegraven levenswijze kent
- er ontstaat een tijdelijk migratieknelpunt bij aanleg in het voorjaar

Omdat het IBW, in 2006 opgegaan in het INBO, in Molenbeek en Verrebeek beekprik en rivierdonderpad vingen bij recente afvissingen, is het voor die beken aangeraden om te kruisen via een persing. In Dorenbosbeek, waar beide soorten tijdens recente afvissingen niet zijn gevangen, is de voorgestelde milderende maatregel van het MER aanvaardbaar. Voor Vaanbuisbeek kan een gerichte afvissing meer duidelijkheid geven over welke milderende maatregel wenselijk is. Indien beekprik en/of rivierdonderpad voorkomen volgt uit bovenstaande redenering dat enkel een persing het uitblijven van significant negatieve effecten garandeert. Bij afwezigheid van beide soorten kan de aanleg in open sleuf met tijdelijk inbuizen van de beek gebeuren.

In het goedgekeurde MER zijn gegevens van recente afvissingen niet opgenomen. Voor de Molenbeek is dit logisch omdat de meest recente afvissing pas in 2006 plaatsvond. Maar de afvissingen van de Verrebeek en Dorenbosbeek dateren van vóór het MER. Hierin is het MER dus onvolledig geweest. Het MER stelt dat, uitgaande van de structuurkwaliteit van deze beken, de rivierdonderpad waarschijnlijk niet voorkomt in deze beken. Deze conclusie blijkt op basis van beschikbare gegevens dus voorbarig en foutief te zijn".

In wezen stelt voormelde studie zich kritisch op ten aanzien van de in het MER voorgestelde milderende maatregelen (voorafgaande afvissing en tijdelijke inkokering van de beken). De Raad van State kan voor de beoordeling van de doeltreffendheid van de voorgestelde milderende maatregelen niet in de plaats treden van terzake erkende deskundigen. Te dezen volstaat het vast te stellen dat de BVBA Aeolus in elk geval "ten dele" akkoord is met de MER-deskundige en dat de visies van de deskundigen uiteenlopen waar een aantal "effectenonzekerheden" al dan niet in rekening moeten worden gebracht. Met die onzekerheden toont de verzoekende partij evenwel niet aan dat de passende beoordeling van het MER waarbij wordt besloten dat de instandhoudingsdoelstellingen niet in het gedrang komen wanneer de voorgestelde maatregelen strikt worden nageleefd, kennelijk onredelijk is.

Het middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. In haar memorie voert de tweede tussenkomende partij een bijkomend middel aan waarin wordt betoogd dat de verwerende partij haar

bevoegdheden te buiten is gegaan door zich in de plaats van de Vlaamse regering uit te spreken over het al dan niet bestaan van een dwingende reden van groot openbaar belang (eerste onderdeel), dat de aanleg van een gaspijpleiding niet verenigbaar is met de bepalingen van het toepasselijke gewestplan (tweede onderdeel) en dat het bestreden besluit ten onrechte de schijn opwekt dat de nieuwe gasvervoerinstallatie kan worden aangelegd terwijl voor de werken in kwestie nog een stedenbouwkundige vergunning vereist is (derde onderdeel).

15. In haar laatste memorie vraagt de tweede tussenkomende partij het aangevoerde middel te onderzoeken in de mate dat het de openbare orde raakt.

Beoordeling

16. Op grond van artikel 21bis, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de tussenkomende partij ter ondersteuning van het verzoek geen andere middelen aanvoeren dan die welke in het inleidende verzoekschrift zijn uiteengezet. Met het door de tweede tussenkomende partij aangevoerde middel, dat het door de verzoekende partij vastgestelde kader van het geding duidelijk te buiten gaat, kan dan ook geen rekening worden gehouden.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

De verzoekers in tussenkomst worden verwezen in de kosten van hun verzoek tot tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van een juli tweeduizend en tien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	waarnemend kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys