

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.334 van 1 juli 2010
in de zaak A. 179.572/VII-37.609.**

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

Tussenkomen de partij:
de NV FLUXYS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Peeters
kantoor houdend te Brussel
Terhulpesteenweg 177, bus 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 december 2006, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 11 oktober 2006 waarbij aan de NV Fluxys een vergunning wordt verleend voor het vervoer van aardgas door middel van de leiding DN 500 HD - Brakel (ontspanning) - Haaltert.

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 partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 5 maart 2007. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Werner Weymeersch 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 partij 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, en advocaten Patrick Peeters en Thomas Dreier, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch 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, Ninove, Denderleeuw en Haaltert een nieuwe aardgasvervoerinstallatie aanleggen.

3.2. Met betrekking tot de voorgenomen aanleg van de gasvervoerinstallatie, waarvan het ontworpen (deel)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.

3.3. Luidens artikel 3 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen (hierna : gaswet) zijn de bouw en de exploitatie van elke vervoerinstallatie onderworpen aan de voorafgaande toekenning van een individuele vergunning door de minister. Op 16 november 2005 dient de NV Fluxys een aanvraag in voor het verkrijgen van een vergunning voor het vervoer van aardgas via de leiding DN 500 HD - Brakel (ontspanning) - Haaltert.

3.4. De gemeente Brakel brengt op 17 januari 2006 ongunstig advies uit over de aanvraag. In dat advies wordt onder meer het volgende gesteld :

"Het door Fluxys voorgestelde tracé dat de gemeente Brakel doorsnijdt, snijdt tevens ongeveer 945 meter habitatgebied. Habitatgebieden maken deel uit van speciale beschermingszones die door het Vlaams Gewest in het kader van de Europese Vogelrichtlijn en de Europese Habitatrichtlijn werden aangeduid. Dat deze bescherming vrij ernstig wordt genomen bewijst de veroordeling van België door het Hof van Justitie op 27 februari 2003 doordat het Vlaams Gewest naliet aan zijn verplichtingen, zoals wordt bepaald in het artikel 4 leden 1,2 en 4 van de Vogelrichtlijn en in het artikel 6, leden 2 tot en met 4 van de Habitatrichtlijn, te voldoen.

Met het Besluit van 24 mei 2002 duidde de Vlaamse Regering in uitvoering van artikel 4, lid 1, 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 wilde flora en fauna, speciale beschermingszones aan. De aanduiding van deze zones is uitsluitend gebaseerd op wetenschappelijke criteria, t.t.z. economische eisen zijn hierbij van ondergeschikt belang en eigenlijk is de vrijheid van een lidstaat vrij beperkt inzake de keuze van de aan te duiden gebieden. Trouwens alvorens een gebied wordt aangeduid als speciaal beschermingsgebied moet dit eerst nog worden aanvaard door de Europese Commissie. Vandaar dus ook het grote belang dat wordt gehecht aan de bescherming van deze gebieden.

Nu blijkt dat het door Fluxys voorgestelde tracé op Brakels grondgebied 945 meter speciaal beschermingsgebied doorkruist. Volgens het eerder vernoemd besluit gaat het in casu over het gebied 'Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuid-Vlaamse bossen'. Dit gebied werd opgenomen als speciaal beschermingsgebied omwille van een specifieke flora en een specifieke fauna, zoals daar zijn: de rivierdonderpad, de beekprik,...

Uit het voorgaande blijkt overduidelijk dat deze beschermingszones niet zomaar werden aangeduid en bijgevolg genieten deze gebieden een hoge bescherming. Niettegenstaande de hoge bescherming voor deze beschermingszones bestaat er echter een afwijkingsregime op basis van

dwingende redenen van openbaar belang, in casu zou men de aanleg van de gasleiding door Fluxys als dwingende redenen van openbaar belang kunnen beschouwen. Vooraleer echter een project kan worden toegestaan dient met een procedure te doorlopen, de zogenaamde Habitattoets.

Deze Habitattoets bestaat in eerste instantie uit een 'passende beoordeling', hetgeen inhoudt dat men moet onderzoeken of er een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de beschermingszone zou kunnen zijn. Om dit op een meer duidelijke manier te doen, moet men beroep doen op het zogenaamde voorzorgsbeginsel, t.t.z. men hoeft niet zeker te zijn dat er een betekenisvolle aantasting zal zijn, maar men moet met 'wetenschappelijke' zekerheid kunnen stellen dat er geen schade zal zijn aan de desbetreffende beschermingszone. Uit nader onderzoek van het door Aminal op 30 november 2005 goedgekeurde Milieu Effecten Rapport moeten we echter stellen dat de kans op eventuele schade zeer groot is:

- Fluxys heeft de intentie om de verschillende beken (gelegen in de Habitatzone), waarin de bovenvermelde vissoorten in voorkomen, gewoon te doorsnijden en dit via de open sleuf methode. Dat er een inkokering komt van de beek over een afstand van 30 meter zal de aangerichte schade toch niet kunnen verminderen, te meer daar de larven van de beekprik gedurende ongeveer zes jaar in de zandbodem van de beek verblijven. Bijgevolg kan men het uitgraven van een sleuf om er nadien een buis in te leggen, met al of niet een inkokering van de beek, als een regelrechte vernietiging van de biotoop van deze soorten beschouwen. In het MER wordt zelfs bevestigd dat er schade zal zijn: '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'. Nochtans had men oorspronkelijk de idee om zowel de Dorenbosbeek als de Verrebeek te onderboren omwille van de beekprik, rivierprik en de rivierdonderpad. Vermits 'het mogelijk is dat er significante negatieve effecten optreden tegenover deze habitat en zijn soorten';
- Uit het MER blijkt tevens dat men de intentie heeft om over te gaan tot kappingen. Er is wel sprake van herstel maar dit lijkt wel toch onmogelijk als men rekening houdt met het feit dat er naast de bedding van de gasleidingen een boomvrije strook moet behouden blijven;
- Doorheen het hele habitatgebied maakt men ook gebruik van de open sleuf methode: waardoor er niet alleen onherstelbare schade wordt aangericht aan de flora maar daarenboven wordt de bodemstructuur in dit unieke speciaal beschermingsgebied vernietigd;
- Gewoon het feit dat men het heeft over milderende maatregelen in het MER geeft toch perfect aan dat er geen wetenschappelijke zekerheid kan worden geboden dat er geen schade zal zijn.

Bijgevolg moet men concluderen dat er effectief schade zal zijn bij de doorsnijding van de speciale beschermingszones op Brakels grondgebied en kan men maar volgens het artikel 6§4 het voorgestelde tracé uitvoeren op voorwaarde dat er geen minder schadelijke alternatieven mogelijk zijn".

3.5. Op 7 maart 2006 antwoordt de NV Fluxys aan de gemeente Brakel dat de passende beoordeling onderdeel is van het MER dat op 30 november 2005 werd goedgekeurd en dat uit het MER blijkt dat de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken speciale beschermingszone niet in het gedrang komen mits de voorgestelde milderende maatregelen, zoals onder meer het uitvoeren van een intensieve afvissingscampagne van de beschermde soorten, strikt worden nageleefd.

3.6. Op 11 oktober 2006 neemt de minister van Energie het thans bestreden besluit waarbij aan de NV Fluxys de gevraagde aardgasvervoersvergunning wordt verleend voor de oprichting en de uitbating van de leiding DN 500 HD - Brakel (ontspanning) - Haaltert.

De aanhef van het bestreden besluit luidt als volgt :

"Gelet op de plannen met nummers 3.41.050/1200 C, 1201 C, 1202 C, 1203 C, 1204 C, 1700 C, 1701 C, 1702 B, 1703 B, 1704 B, 1705 C, 1706 C, 1707 B, 1708 B, 1709 B, 1710 B, 1711 B, 1712 B, 1713 B, 1714 B, 1715 B, 1716 B, 1717 B, 1718 C, 1719 C, 1720 C, 1721 C, 1722 B, 1723 B, 1724 B, 1725 B, 1726 B, 1727 B, 1728 B, 1729 C, 1730 C, 1731 B, 1732 B, 1733 B, 1734 B, 1735 B, 1736 B, 1737 B, 1738 C, 1739 C, 1740 B, 1741 B, 1742 C, 1743 C, 1744 C, 3000 B, 3001 B, 3002 B, 3003 B, 3004 B, 3005 B, 3006 B, 3007 B, 3008 B, 3009 B, 3010 B, 3011 B, 3012 B, 3013 B, 3014 B, 3015 B, 3016 B, 3017 B, 3018 B, 3019 B, 3020 B, 3021 B, 3022 B, 3023 B, 3024 B, 3025 B, 3026 B, 3027 B, 3028 B, 3029 B, 3030 B, 3031 B, 3032 B, 3033 B, 3034 B, 3035 B, 3036 B, 3037 B, 3038 B, 3039 B, 3040 B, 3041 B, 3042 B, 3043 B, 3044 B, 3045 B, 3046 B, 3047 B, 3048 B, 3049 B, 3050 B, 3051 B, 3052 B, 3053 B, 3054 B, 3055 B, 3056 B, 3057 B, 3058 B, 3059 B, 3060 B, 3061 B, 3062 B, 3063 B, 3064 B, 3065 B, 3066 B, 3067 B, 3068 B, 3069 B, 3071 B, 3072 B, 4.04.482/3303 C, 3632, 3633, 3407 en 3408;

Gelet op de adviezen van de volgende rechtspersonen:

- Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, Afdeling Veiligheid, Brussel;
- Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest (O.V.A.M.), Mechelen;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen, Afdeling Monumenten en Landschappen Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, Afdeling Natuur Oost-Vlaanderen, Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, Afdeling Water Oost-Vlaanderen, Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, Afdeling Land Oost-Vlaanderen, Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Milieu, Natuur en Waterbeheer, Afdeling Bos en Groen Oost-Vlaanderen Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen Oost-Vlaanderen, District 415, Erembodegem;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en infrastructuur, Administratie- Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen Oost-Vlaanderen, District 412, Oudenaarde;
- Federale Overheidsdienst Defensie, Divisie Infrastructuur, 1 RCI, Brussel;
- Federale Overheidsdienst Defensie, Divisie Infrastructuur, 5RCI, Brugge;
- Federale Overheidsdienst Defensie, Vierde (Belgische) NAVO Pijpleidingen Divisie, Dienst Lijninspectie en Preventie, Leuven;
- Provincie Oost-Vlaanderen, Technische Dienst Wegen en Waterlopen, Gent;

- N.M.B.S., District Noordwest, Afdeling infrastructuur - Bureau Patrimonium, Gent;
- Gemeente Brakel, Burgemeester en Schepenen, Brakel;
- Stad Geraardsbergen, Burgemeester en Schepenen, Geraardsbergen;
- Stad Ninove, Burgemeester en Schepenen, Ninove;
- Gemeente Denderleeuw, Burgemeester en Schepenen, Denderleeuw;
- Gemeente Haaltert, Burgemeester en Schepenen, Haaltert;
- V.M.W., Gewestelijke Directie Oost-Vlaanderen, Gent;
- T.M.V.W., Maatschappelijke Zetel, Gent;
- N.V. Aquafin, Aartselaar;
- V.L.M., Gent;
- C.R.E.G., Brussel;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Departement Economie Werkgelegenheid Buitenlandse Aangelegenheden en Landbouw, Adm. Economie, Afdeling Natuurlijke Rijkdommen en Energie, Gent;

Gelet op het negatief advies van de gemeente Brakel van 20 januari 2006;

Overwegende dat dit advies betrekking heeft op het doorsnijden van ongeveer 945 meter habitatgebied en de aanleg schade zou brengen aan dit gebied;

Overwegende dat een passende beoordeling werd opgenomen, zoals voorzien door de Europese Habitatrichtlijn, in het goedgekeurde Milieu Effecten Rapport, uitgevoerd naar aanleiding van de aanvraag tot aanleg van deze leiding en waarin geconcludeerd wordt dat er geen aanzienlijke significante effecten zijn of kunnen zijn op het habitatgebied;

Overwegende dat dus met dit advies geen rekening dient gehouden te worden;

Overwegende dat de adviezen van de volgende rechtspersonen gevraagd werden op 24 november 2005:

- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen, Instituut voor het Archeologisch Patrimonium, Asse (Zellik);
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen, Afdeling Ruimtelijke Planning, Brussel;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen, Afdeling ROHM Oost-Vlaanderen Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, Afdeling Algemeen Milieu- en Natuurbeleid, Cel MER, Brussel;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Ondersteunende Studies en Opdrachten, Afdeling Elektriciteit en Mechanica Oost-Vlaanderen, Gent;
- Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Dept. Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen Oost-Vlaanderen, Zwijnaarde (Gent);
- Provincie Oost-Vlaanderen, de heer Gouverneur, Gent;
- N.M.B.S., Departement Infrastructuur, Bureau 30.402B Sectie 54, Brussel;
- Gemeente Lierde, Burgemeester en Schepenen, Lierde;
- Electrabel, Kortrijk;
- Belgacom NV., Gewest TT Gent, Plan Request, Gent;
- Elia, Planificatie en Transport, Zone Noord, Merksem;
- V.M.W., Hoofddirectie, Brussel;
- MIXT-ICS, Aalst;
- Vlaamse Milieumaatschappij (V.M.M.), Erembodegem;

en dat ze als gunstig worden beschouwd bij gebrek aan antwoord binnen de gestelde termijn;

Overwegende dat de op te richten installaties zullen gebruikt worden in overeenstemming met het artikel 2 van de voormelde wet van 12 april 1965".

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De tussenkomende partij werpt in haar memorie op dat de verzoekende partij geen persoonlijk belang kan laten gelden bij de nietigverklaring van het bestreden besluit. In de eerste plaats zou de verzoekende partij niet aantonen dat zij eigenaar is van gronden die door het tracé van de aardgasleiding zouden worden aangesneden. Voorts stelt de tussenkomende partij dat het loutere feit dat de bestreden vergunning betrekking heeft op een gedeelte van haar grondgebied het in rechte vereiste belang van de verzoekende partij onvoldoende aantoon, dat de verzoekende partij door zich te beroepen op de schending van een aantal milieubeschermingsregels niet aantoon dat zij opkomt voor een belang dat voldoende geïndividualiseerd is en onderscheiden van een algemeen ecologisch belang, dat de verzoekende partij geenszins aantoon dat zij beleidsinitiatieven, zoals bijvoorbeeld natuurinrichtingsplannen of beheersplannen, heeft genomen met betrekking tot het ecologisch waardevol gebied in kwestie, dat de verzoekende partij geen enkele toezichts- of controlebevoegdheid heeft op de werken die overeenkomstig de gaswet vergund worden en, ten slotte, dat de "implicaties" voor de inwoners van de gemeente de verzoekende partij evenmin een voldoende persoonlijk belang verschaffen.

Beoordeling

5. Artikel 2 van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 bepaalt dat de gemeenten beogen om op het lokale niveau bij te dragen tot het welzijn van de burgers en tot de duurzame ontwikkeling van het gemeentelijk gebied.

Voormelde bepaling verschaft de verzoekende partij het in rechte vereiste belang om op te komen tegen de bestreden beslissing waarbij vergunning wordt verleend voor een nieuwe aardgasleiding die op haar grondgebied de speciale beschermingszone (SBZ-H) "Bossen van de Vlaamse Ardennen en andere Zuidvlaamse Bossen" zal doorkruisen.

De exceptie wordt afgewezen.

6. Het belang van de verzoekende partij bij de gevorderde nietigverklaring dient evenwel te worden 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.

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij roept in een enig 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 aan de nv Fluxys een vervoersvergunning te verlenen voor het vervoer van aardgas voor de leiding DN 500 HD - Brakel (ontspanning) - Haaltert.

De Bestreden Beslissing dient dan ook, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, te worden beschouwd als een 'vergunning' in de zin van artikel 2, 46/ 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, net zoals het Koninklijk Besluit van 5 maart 2006, als duidelijk beleidsvoornemen, moet aanvechten.

Een gedeelte van het vooropgestelde tracé (ongeveer 900m) van de aardgasvervoerinstallatie, waarvoor de vervoersvergunning wordt verleend, 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 kon 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 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 habitatrichtinggebied '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 studiebureau 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'.

Gelet op de techniciteit van deze materie is Verzoekende Partij evenwel, in het kader van de procedure tot vernietiging gekend bij uw Raad onder nr. G/A 173.429/X-12.856, ook 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 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 habitatrichtlijngebied 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'.

(...)

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'.

(Spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS (...))

Zoals reeds uitvoerig gemotiveerd 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.

Geheel ten onrechte stelt Verwerende Partij dan ook dat bij het nemen van de Bestreden Beslissing het advies d.d. 20 januari 2006 van Verzoekende Partij (...) mag worden terzijde gelaten, gelet op de inhoud van het goedgekeurd MER rapport:

'Overwegende dat dit advies betrekking heeft op het doorsnijden van ongeveer 945 meter habitatgebied en de aanleg schade zou brengen aan dit gebied;

Overwegende dat een passende beoordeling werd opgenomen, zoals voorzien door de Europese Habitatrichtlijn, in het goedgekeurde Milieu Effecten Rapport, uitgevoerd naar aanleiding van de aanvraag tot de aanleg van deze leiding en waarin geconcludeerd wordt dat er geen aanzienlijke significante effecten zijn of kunnen zijn op het habitatgebied;

Overwegende dat dus met dit advies geen rekening dient gehouden te worden';

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 TECNUM 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.

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 in het MER TECHNUM wordt onderbouwd.

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 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 verslechtingen 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 studie bureau in het milieueffectenrapport op een zeer summiere en bovendien 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 navolgende 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' zeer 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.

8. 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 er 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, dat het MER nader ingaat op de habitat van vleermuizen en hun gewoonten, dat de door de MER-deskundigen gebruikte methode om leemten in de kennis over de vleermuizen aan te vullen door middel van bestaande inventarisaties en literatuur in alle redelijkheid aanvaardbaar lijkt om tot passende conclusies te komen, dat alvast niet ernstig kan worden voorgehouden dat er essentiële leemten in de kennis zijn, dat de bewering dat slechts na het opmaken van het MER de aanwezigheid van de beschermde rivierdonderpad bekend zou zijn geworden feitelijke grondslag mist en dat het MER afdoende wetenschappelijk onderbouwd en gemotiveerd is.

9. 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, haar standpunt 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 op Verzoekende Partij de plicht rusten om stringente argumenten aan te brengen die moeten aantonen dat de (vermeende) passende beoordeling, die door Technum is uitgevoerd en door de Cel Milieueffectenrapportage werd goedgekeurd, aanleiding geeft tot kennelijk onjuiste conclusies of conclusies die in rechte niet aanvaardbaar zijn.

Zoals uw Raad uit het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS alsook uit het omstandig verslag d.d. 28 februari 2007 (...) zal kunnen afleiden, vertoont het MER TECHNUM, inzonderheid wat betreft de 'passende beoordeling' onbetwistbaar een aantal ernstige 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 inzake de deugdelijkheid van een MER-studie.

In Vlaanderen wordt immers vaak vastgesteld dat de 'passende beoordelingen', doorgaans beperkte analyses zijn die vaak te beschouwen zijn als 'expert judgement' en niet het 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 als gevolg van de leemten in de kennis en andere onvolledigheden/onzorgvuldigheden, significante effecten van het project op de SBZ niet uitgesloten kunnen worden, meer nog, zelfs reëel zijn.

'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'.
(Spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS (...))

Zoals reeds uitvoerig toegelicht onder randnummer 2 van haar verzoekschrift tot vernietiging d.d. 19 december 2006 (randnummer 2.1.1 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 36, ter§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, trouwens opgesteld in opdracht van (en bekostigd door) 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 de SBZ minimaliseert en zich in wezen beperkt tot een inhoudsloze motivering.

Bij een primaire 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 habitatrichtlijngebied 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'.

Verwerende Partij houdt in haar memorie van wederantwoord d.d. 30 maart 2007 evenwel voor dat in het MER TECHNUM wel degelijk op afdoende mate zou zijn ingegaan op en rekening gehouden met de effecten van het project op de vleermuizen en dat het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS niet van aard is het MER TECHNUM te ontkrachten.

Wat de effecten van het project op de vleermuizen betreft, komt AEOLUS evenwel in haar omstandig advies d.d. 28 februari 2007 opnieuw tot de vaststelling dat het MER TECHNUM is gebaseerd op onvoldoende gegevens en leemtes (...):

'6.2 EFFECTEN OP VLEERMUIZEN

Voor de effecten op vleermuizen stelden we bij de quicksurvey van het dossier in oktober 2006 vast dat deze nauwelijks aan bod komen in het MER en de passende beoordeling die erin vervat zit. Deze bevatten weliswaar alle beschikbare waarnemingen, maar gaan onvoldoende na hoe volledig deze waarnemingen zijn. De soortbeschrijving van de aangemelde bijlage II soort ingekorven vleermuis in dit MER vinden we beknopt. In de effectbespreking van de passende beoordeling in het MER komen de vleermuizen nauwelijks aan bod. Bij de beschrijving van maatregelen met betrekking tot het kappen van bomen wordt bijvoorbeeld wel gelet op de broedvogels maar niet op de vleermuizen. We konden uit de gegevens van het dossier dan ook niet besluiten dat er geen effecten zijn. Daarvoor zou een bijkomende inventarisatie van het tracé op het voorkomen van vleermuizen nodig zijn.

Binnen de scope van onze opdracht was dit onmogelijk. Om de leemte deels op te vangen hebben we een terreinbezoek gedaan waarbij we het Fluxys traject vanaf het ontspanningsstation in Brakel volgden tot in Geraardsbergen waar het alternatieve tracé, gewenst en voorgesteld door de gemeente Brakel, aansluit bij het Fluxys tracé. Ook dit alternatieve tracé hebben we op die manier bezocht. Tijdens dit terreinbezoek gingen we de geschiktheid van het doorkruiste gebied als jachtgebied voor vleermuizen en als vliegroute na (expert judgement, geen inventarisatie). Daarnaast zochten we ook naar potentiële verblijfplaatsen in de omgeving en of er potentiële koloniebomen gekapt moeten worden.

Na dit terreinbezoek dat plaatsvond in februari 2007 komen we tot het besluit dat de effecten voor vleermuizen beperkt negatief zijn:

C op verblijfplaatsen, zowel zomer als winter, omdat slechts een beperkt aantal bomen geveld moeten worden. De meeste bomen zijn onvoldoende dik om natuurlijke haltes, geschikt voor vleermuizen, te bevatten. Gemiddeld is dat pas vanaf een omtrek groter dan 50 cm. Een gerichte inventarisatie van potentieel geschikte bomen als verblijfplaats van vleermuizen in de winterperiode gevolgd door veiling in september

- oktober indien dit het geval is zijn 2 nodige vereisten om de effecten op rustende vleermuizen tot een minimum te beperken.
- op jachtgebieden omdat het traject omheen de meest geschikte gebieden loopt. We raden aan de werf zo weinig mogelijk te verlichten in de foerageerperiode van de vleermuizen om de effecten tot een minimum te beperken.
- op connectiviteit omdat een beperkt aantal vliegroutes doorbroken worden en omdat de breedte van de werfstrook aanvaardbaar is voor de meest kritische soort die er potentieel voorkomt, namelijk de watervleermuis. De werf zo weinig mogelijk, liefst niet, verlichten en na aanleg struiken planten zijn wenselijke milderende maatregelen om de eventuele effecten tot een minimum te beperken.

Voor het alternatieve tracé schatten we in dat de effecten op vleermuizen gelijkaardig zullen zijn, dus eveneens beperkt negatief. Voor de vissen zijn deze waarschijnlijk lager, maar bij gebrek aan gegevens kunnen we dit niet hard maken. In feite vormt dit een belangrijke leemte in de kennis om een goede, vergelijkbare effectbespreking mogelijk te maken'.

Een goede effectenbeoordeling die is gebaseerd op onweerlegbaar feitenmateriaal kan bijgevolg niet worden teruggevonden in het MER TECHNUM. Het in gebreke blijven van het MER TECHNUM blijkt niet alleen uit de effectbeoordeling maar ook uit de beschreven milderende maatregelen. Zo stelt het MER TECHNUM bijvoorbeeld als milderende maatregel voorop geen bomen te kappen in de broedperiode. Vleermuizen in holle bomen kunnen echter ook buiten de broedperiode van vogels hinder ondervinden van kappingen. Hierover wordt evenwel in het MER TECHNUM met geen woord gerept. Vermits de richtlijnen uitdrukkelijk voorschrijven dat rekening dient te worden gehouden met de bijlage IV soorten, diende de relatie van het project tot voormelde soorten minstens te worden geïntegreerd in het MER TECHNUM.

Tevens lijkt Verwerende Partij voor te houden dat AEOLUS er zelf niet in slaagt om concreet te zijn in haar observaties. Verwerende Partij lijkt dit te kunnen afleiden uit navolgende passage uit het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS (...):

'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'.

Verwerende Partij gaat evenwel voorbij aan het tijdstip waarop AEOLUS zich genoodzaakt zag tot een plaatsbezoek over te gaan, met name in de maand oktober. Gelet op de periode van het jaar kon bijgevolg niet met zekerheid worden vastgesteld of ingekorven vleermuizen jagen in het projectgebied (in de zomerperiode). Vandaar de terminologie 'mogelijk/waarschijnlijk'. AEOLUS kon echter wel 'met zekerheid' een oordeel vellen over de habitatgeschiktheid. De habitatgeschiktheid was positief en dit temeer daar een kolonie van ingekorven vleermuizen gekend staat binnen vliegafstand van de betrokken perimeter. Het voorzorgsprincipe indachtig concludeert AEOLUS dan ook geheel terecht dat de ingekorven vleermuis 'mogelijk/waarschijnlijk' jaagt langs de houtkanten van de beekjes die de gasleiding kruist.

Voormelde vaststelling had dan ook tijdens de opmaak van het MER TECHNUM aanleiding moeten geven tot een (nachtelijke) inventarisatie van de vleermuisfauna.

Daarvoor was er voldoende tijd zoals blijkt uit data vermeld in het MER TECHNUM en het goedkeuringsverslag (...):

- april 2004 flora gekarteerd
- 21 juni 2004 volledig verklaring kennisgeving
- 23 augustus 2004 betekening richtlijnen met vraag om bijlage IV soorten

- 13 april 2005 (hiertoe behoren alle vleermuizen) te onderzoeken
indienen ontwerp - MER TECHNUM
- 5 september 2005 indienen definitief- MER TECHNUM

Uit voormeld chronologisch overzicht kan dan ook worden afgeleid dat de inventarisatie van de flora en vogels in het voorjaar van 2004 werd uitgevoerd. Vleermuizen zijn evenwel niet gekarteerd in het MER TECHNUM, wat een verdere essentiële tekortkoming uitmaakt.

Het standpunt van Verwerende Partij met name dat wel degelijk op afdoende wijze is rekening gehouden met de impact van het project op de vleermuizen, dient dan ook als manifest onjuist te worden afgewezen.

Vervolgens formuleert Verwerende Partij in haar memorie van antwoord d.d. 30 maart 2007 haar bedenkingen bij de interpretatie van AEOLUS van het MER TECHNUM betreffende de effectenbeoordeling op vissen. Inzonderheid zou het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS behept zijn met een onjuistheid die tot een verkeerde interpretatie van het MER TECHNUM zou hebben geleid.

De onjuistheid in het spoedverslag d.d. 31 oktober 2006 van AEOLUS vindt zijn grondslag in het gegeven dat slechts eenmaal in het MER TECHNUM staat vermeld dat de rivierdonderpad en de beekprik effectief in de Molenbeek voorkomen, namelijk in de uitgebreide beschrijving van het habitatrictlijngebied.

Op pagina 235 van het MER TECHNUM (samenvatting van de beoordeling van de negatieve effecten), wordt de aanwezigheid van voormelde soorten evenwel niet vermeld. Nochtans zou dit hoofdstuk de lezer bij een eerste onderzoek - bijvoorbeeld binnen het kader van de opmaak van een spoedverslag - een overzicht dienen te verschaffen van alle essentiële informatie. Het feitelijk voorkomen van voormelde soorten in de Molenbeek werd dan ook geheel ten onrechte niet geïntegreerd in voormeld hoofdstuk van het MER TECHNUM. De ongelukkige en gebrekkige vormgeving van het MER TECHNUM (wat een bijkomend bewijs vormt van de niet-grondige en niet-wetenschappelijke aanpak) leidde bijgevolg tot de onjuistheid in het spoedverslag en dit terwijl een MER nochtans aan buitenstaanders moet toelaten om de feiten correct te interpreteren.

Binnen het kader van de opmaak van het omstandig verslag d.d. 28 februari 2007 ging AEOLUS over tot een analyse ten gronde van het MER TECHNUM - in tegenstelling tot de primaire analyse ten tijde van het spoedverslag.

Het spoedverslag beoogt immers, lopende de termijn van zestig dagen om een verzoekschrift bij uw Raad in te dienen, Verzoekende Partij een eerste en preliminair wetenschappelijk onderbouwd advies te verstrekken omtrent het MER TECHNUM. Aansluitend op dit spoedverslag heeft AEOLUS vervolgens hangende de annulatieprocedures voor uw Raad een grondig en omstandig wetenschappelijk advies aan Verzoekende Partij verstrekt.

Wat de effecten van het project op de vissen (o.a. beekprik en rivierdonderpad) betreft, komt AEOLUS hierbij tot de bevinding dat het project wel degelijk significante negatieve effecten op de SBZ met zich meebrengt. De voorgestelde milderende maatregelen zijn onvoldoende om de significante negatieve effecten te remediëren.

Het omstandig verslag d.d. 28 februari 2007 luidt dienaangaande als volgt (...):

'6.1 EFFECTEN OP VISSSEN

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 kon 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'.

M.a.w., gegeven het onvolledig karakter van het MER TECHNUM zijn ook noodzakelijkerwijze de geformuleerde besluiten inzake de afwezigheid van significante negatieve effecten foutief, tenminste voorbarig.

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 aardgas-vervoersinstallatie', 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, wel integendeel.

Verwerende Partij had bijgevolg, gegeven de reële en betekenisvolle aantasting van de SBZ door het project, een alternatief tracé moeten onderzoeken.

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 Habitatrichtlijn) treffen we er ook het BERPJE 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.

Voor 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 BERPJE 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 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'

Wat de milieu-impact van het alternatief tracé betreft, komt AEOLUS in haar omstandig verslag d.d. 28 februari 2007 tot navolgende conclusie (...):

'Omdat het voorgestelde alternatieve tracé niet door een SBZ loopt, zijn er sensu stricto geen significante negatieve effecten verbonden.

Ten opzichte van de beekprik, rivierdonderpad en de vleermuizen stellen we het volgende vast:

- Ook dit tracé kruist enkele waterloopjes, hiervan zijn geen gegevens beschikbaar omtrent het voorkomen van beekprik of rivierdonderpad. Dit is een leemte die maakt dat we effecten niet kunnen uitsluiten. De kans op effecten is evenwel kleiner omdat de beekjes niet zijn aangemeld als leefgebied voor deze diersoorten.
 - De effecten van de aanleg van dit tracé op de vleermuizen zijn vergelijkbaar met deze van het basistracé'.
- (...)

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

Afsluitend wenst Verzoekende Partij ook stil te staan bij de toch enigszins opmerkelijke analyse van Verwerende Partij die wordt ontwikkeld onder randnrs. 51 tot 53 in haar memorie van antwoord d.d. 30 maart 2007.

Verwerende Partij meent dat, op basis van de bepalingen van de Habitatrichtlijn, 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 volgens Verwerende Partij de bepalingen van de speciale beschermingszone niet van toepassing. Zo stelt Verwerende Partij m.n. (blz. 20 - 21 van de memorie van antwoord):

'De Gewone grootoorvleermuis en de Gewone dwergvleermuis behoren tot de soorten die in bijlage IV van de Habitatrichtlijn 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 Habitatrichtlijn maar niet onder de bescherming van de speciale beschermingszones, zoals bedoeld in artikel 6 van de Habitatrichtlijn'. (...)

Welnu, het is evident dat deze argumentatie van Verwerende Partij niet kan overtuigen. Immers, een correcte toepassing van de bepalingen van de Habitatrichtlijn 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 Habitatrichtlijn, 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".

10. In haar memorie stelt de tussenkomende partij dat de verwerende partij op grond van haar discretionaire bevoegdheid de resultaten van de passende beoordeling toetst en oordeelt of er al dan niet zekerheid bestaat dat het verlenen van de vergunning geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van het habitatrictlijngebied zal veroorzaken, dat zulks het geval is wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn, dat de verzoekende partij op ontoelaatbare wijze haar eigen appreciatie in de plaats stelt van deze van de vergunningverlenende overheid, dat de verzoekende partij geenszins aantoonst dat de verwerende partij een kennelijk onredelijk besluit zou hebben genomen, dat de verwerende partij zich heeft laten voorlichten door deskundigen en dat de Raad van State deze voorlichting niet zelf kan overdoen, dat het MER getuigt van deskundigheid en wetenschappelijkheid, dat de door de verzoekende partij aangezochte deskundigen niet aantonen dat de conclusies van de passende beoordeling in het MER kennelijk onjuist of onredelijk zouden zijn, dat het verslag van de heer Vanderstuyf en de opmerkingen van mevrouw Meirsschaut slechts een opsomming geven van de diersoorten die in het kwestieuze gebied voorkomen en geenszins aantonen dat het project een betekenisvolle en ernstige aantasting van de natuurlijke kenmerken van het habitatrictlijngebied zullen veroorzaken, dat voormeld verslag en opmerkingen eenzijdig zijn opgesteld en de nodige objectiviteit en wetenschappelijkheid missen, dat in het MER het voorgestelde alternatief tracé onderzocht en vergeleken is met het basistracé, dat het traject van de geplande aardgasleiding de Sassegembeek niet kruist, dat de passende beoordeling van het MER wetenschappelijk is onderbouwd en aantoonst dat er redelijkerwijze geen twijfel over bestaat dat er geen betekenisvolle aantasting te verwachten is, dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel in zoverre zij zich beklagt over de mogelijke weerslag van de deeltracés 19, 22, 23, 26 en 33 die niet op haar grondgebied gelegen zijn, dat in het MER wordt vastgesteld dat er vleermuizensoorten in de omgeving van het tracé aangetroffen kunnen worden, dat het MER evenwel tegelijk duidelijk aangeeft waarom het project geen betekenisvolle nadelige invloed heeft op deze soorten, dat het doorsnijden van de bosgebieden geen betekenisvolle invloed heeft op de instandhouding van de vleermuizen, dat de gewone grootoorvleermuis en de gewone

dwergvleermuis niet onder de bescherming vallen van artikel 6 van de habitatrichtlijn, dat hetzelfde geldt voor de zogenaamde Rode lijst-soorten van amfibieën en reptielen, dat de tijdelijke inkokering van de Vaanbuikbeek en de Molenbeek geen significante invloed zal hebben op het habitatrichtlijngebied, dat de effecten van de tijdelijke inkokering van de Dorenbosbeek op de beekprik en de rivierdonderpad nauwkeurig zijn onderzocht in het MER, dat op grond van terreinonderzoek en wetenschappelijke literatuur werd besloten dat de ecologische impact verwaarloosbaar is, dat daarenboven milderende maatregelen werden opgelegd, dat het MER op dat punt geen tegenstrijdigheden bevat, dat het verslag van het studiebureau Aeolus evenmin bewijst dat er van een betekenisvolle aantasting van het habitatrichtlijngebied sprake is, dat ook aan de wetenschappelijkheid en objectiviteit van voormeld verslag getwijfeld kan worden omdat het werd opgemaakt voor de procesdoeleinden van de verzoekende partij, dat bedoeld verslag zelf leemtes bevat, dat de passende beoordeling van het MER aandacht heeft geschonken aan de gegevens verstrekt door overheidsinstellingen en aan de beschikbare wetenschappelijke literatuur, dat het MER wel is ingegaan op het voorkomen van vleermuizen in en rond het habitatrichtlijngebied en de mogelijke effecten heeft onderzocht van het verdwijnen van kleine landschapselementen, dat het studiebureau Aeolus de bevindingen van het MER op dat punt niet weerlegt, dat het MER het bestaan van de beekprik en de rivierdonderpad in de Dorenbosbeek, de Verrebeek en de Molenbeek bevestigt en dat de mogelijke effecten van het project op voornoemde soorten worden onderzocht.

11. 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 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.

12. De tussenkommende partij zet in haar laatste memorie uiteen dat de verzoekende partij de Raad van State tracht te misleiden door vaak te verwijzen naar het MER waar de schadelijke milieueffecten van het project worden beschreven

terwijl wordt voorbijgegaan aan die passages van het MER waarin rekening wordt gehouden met de opgelegde milderende maatregelen, dat in het middel de schending wordt ingeroepen van rechtsregels die niet tot de bevoegdheid en de taak van de verwerende partij behoren maar onder de bevoegdheid en controle ressorteren van het Vlaamse Gewest, dat de bestreden vervoersvergunning geen plan of programma is in de zin van het natuurbehouddecreet en dat om die reden een MER noch een passende beoordeling nodig waren, dat het MER en de passende beoordeling evenmin voorbereidend zijn ten opzichte van de bestreden vervoersvergunning, dat geen enkele wettelijke bepaling immers een MER en een passende beoordeling vereist voor het verlenen van een vervoersvergunning, dat het bestreden besluit niet vernietigd kan worden op grond van het aangevoerde middel, dat getwijfeld moet worden aan de objectiviteit en het wetenschappelijk karakter van de verslagen van Aeolus, dat die verslagen immers werden opgesteld op vraag van de verzoekende partij met het oog op het voeren van voorliggend geding, dat het MER op basis van de kenmerken van de te kruisen beken wetenschappelijk kon oordelen dat de kruising geen probleem vormde, dat op de plaats waar de aardgasleiding de Dorenbosbeek en de Verrebeek doorkruist immers stenige materialen ontbreken waardoor de rivierdonderpad op die plaatsen niet voorkomt, dat door het uitvoeren van milderende maatregelen, zoals door rekening te houden met de trektijd van de vissen en door het voorafgaand elektrisch afvissen, een betekenisvolle aantasting kan worden vermeden, dat niet wordt aangetoond dat het werken met de open sleuf-techniek kennelijk onredelijk is, dat het MER wat betreft de vleermuizen duidelijk stelt waarom er geen betekenisvolle schade wordt veroorzaakt, dat het alternatieve tracé overigens niet minder nadelige effecten zou hebben, dat de geciteerde passages van het MER betrekking hebben op de deeltracés 19, 22, 23, 26 en 33 die niet gelegen zijn in het habitatrictlijngebied noch op het grondgebied van de verzoekende partij, dat de gewone grootoorvleermuis en de gewone dwergvleermuis niet onder de bescherming van artikel 6 van de habitatrictlijn vallen, dat het MER niet besluit tot een betekenisvolle aantasting die de instandhouding van de habitat van beschermde soorten in het gedrang brengt en dat het voorgestelde alternatief tracé wel degelijk werd onderzocht, maar dat het bij gebrek aan ecologische meerwaarde in vergelijking met het oorspronkelijke tracé niet kon worden aangenomen.

Beoordeling

13. Artikel 6, derde lid, van de habitatrictlijn 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 natuurbeschouddecreet, 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-MERrichtlijn, geschiedt de passende beoordeling in het kader van de milieueffectrapportage. De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen in verband met de herkenbaarheid van de passende beoordeling in het milieueffectrapport.

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

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 vergunning wordt verleend voor de oprichting en de exploitatie van een nieuwe leiding voor het vervoer van aardgas waarvan het tracé volgens de bijgevoegde plannen zich uitstrekt over het grondgebied van het Vlaamse Gewest en niet wordt betwist dat het voorgenomen project aanzienlijke milieueffecten kan hebben, inzonderheid doordat het voorgestelde tracé 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 verduidelijkt 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 habitatrichtlijngebied 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 habitatrichtlijngebied 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 langsheen 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 voorgenoemde 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 habitatrictlijngebied. 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 Habitatrictlijngebied 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 habitatrictlijn en het natuurbehouddecreet.

De Raad van State kan, in het kader van zijn wettigheidsstoezicht, zijn beoordeling op het punt van de intrinsieke degelijkheid van een MER niet in de plaats stellen van die van de cel MER. Het wettigheidsstoezicht 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 onder meer 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.

De verzoekende partij verwijst tevens naar de inhoud van een zogenaamd "spoedadvies" van 31 oktober 2006 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 habitatrichtlijngebied 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 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".

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 onderzoeksdomein 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.

Samen met haar memorie van wederantwoord heeft de verzoekende partij een afschrift neergelegd van een studie genaamd "Passende beoordeling Fluxys gasleiding tussen Brakel en Haaltert", opgesteld door de BVBA Aeolus op 28 februari 2007.

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 leeggevist 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.

Omwillen 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 enige middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

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