RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 228.329 van 11 september 2014
in de zaak A. 203.974/VII-38.463.

In zake : 1. Jan HOLVOET
2. Bernard DEFRENNE
3. Dirk HONORÉ
4. Jean Marie BRUNIN
5. Luc DELMULLE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michiel Deweirdt
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Doorniksewijk 66
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :
de NV IVC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bouckaert en Stefanie François
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 maart 2012, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 9 januari 2012 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van

de deputatie van de provincie West-Vlaanderen van 2 december 2010, houdende het weigeren aan de NV IVC van de vergunning voor het exploiteren van drie windturbines, gelegen aan de Nijverheidslaan te Avelgem, gegrond wordt verklaard, de beroepen beslissing wordt opgeheven en de gevraagde milieuvergunning wordt verleend.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 223.206 van 18 april 2013 heropent de Raad van State de debatten en wordt het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat gelast het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Bij arrest nr. 225.786 van 12 december 2013 heropent de Raad van State de debatten en wordt het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat gelast met het onderzoek van alle niet eerder onderzochte middelen en middelonderdelen.

Auditeur Dieter Decock heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juni 2014.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweirdt, die verschijnt voor de verzoekers, advocaat Clive Rommelaere, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Stefanie François, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Dieter Decock heeft een met dit arrest eensluidend 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. Wat de feitelijke gegevens van de zaak betreft, kan worden verwezen naar het arrest van de Raad van State nr. 223.206 van 18 april 2013, waarbij de debatten werden heropend.

IV. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Standpunten van de partijen

4. De verzoekers voeren in het tweede middel de schending aan van de artikelen 16, § 1, en 36ter, §§ 3 en 4, van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna : natuurbehouddecreet), artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet), het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel houdt in essentie in dat niet afdoende werd onderzocht of de windturbines enig effect hebben op de in de nabijheid gelegen beschermde gebieden, meer in het bijzonder het "Pays des Collines", de "Vallée de l'Escaut en aval de Tournai", de "Forets de Raismes/Saint Amand/Wallers et

marchiennes et plaine alluviale de la scarpe" en de "Vallée de la Scarpe et de l'Escaut". De verzoekers hekelen daarbij het feit dat de activiteit van de windturbines niet samen werd bekeken met de reeds bestaande industriële activiteiten, terwijl het nochtans om een milieu-technische eenheid gaat. Zij verwijzen naar de risico's van de windturbines voor vleermuizen, de diverse weigeringen van vergunningsaanvragen voor windturbines in het Waalse Gewest en de negatieve adviezen van de Interdepartementale Windwerkgroep en het Agentschap voor Natuur en Bos in eerste aanleg, en stellen dat er geen passende beoordeling heeft plaatsgevonden. Volgens de verzoekers kan de vergunningsaanvraag ook de natuurtoets niet doorstaan. Met de studie van de tussenkomende partij wordt volgens de verzoekers immers niet aangetoond dat de activiteit geen vermijdbare schade kan veroorzaken, aangezien in deze studie geen rekening werd gehouden met de Waalse en Franse beschermingszones en uit het advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek (INBO) het tegendeel blijkt. Uit het advies van de afdeling Milieuvergunningen blijkt overigens een significant effect voor de bruine kiekendief. De aanvullende studie van de tussenkomende partij achten verzoekers op dit vlak misleidend en onjuist, aangezien "de additionele sterfte (...) groter (is) dan men laat uitschijnen" en het niet op gaat te veronderstellen dat de vogels zullen verhuizen en ergens anders zullen broeden.

5. De verwerende partij werpt vooreerst op dat de verzoekers geen geïndividualiseerd persoonlijk belang hebben bij het middel, dat alleen betrekking heeft op de mogelijke invloed van de windturbines op bepaalde natuurwaarden.

6. In de memorie van wederantwoord stellen de verzoekers dat zij er wel degelijk belang bij hebben dat hun nabije omgeving, met inbegrip van de beschermingszones, wordt gevrijwaard van hinder. De bestaande milieuvergunning van de tussenkomende partij had volgens hen mee moeten worden betrokken bij de passende beoordeling. De lokalisatienota is volgens hen een eenzijdig stuk van de vergunningsaanvrager, waarop men niet kan steunen. Zij betogen dat er ten onrechte geen rekening werd gehouden met het voorbehoud van

het Agentschap voor Natuur en Bos betreffende het natuurontwikkelingsproject. Met de bijkomende nota van de exploitant mocht volgens hen geen rekening worden gehouden, aangezien hij slechts in beroep werd neergelegd. Uit een rapport van Natuurpunt blijkt ten slotte wel degelijk de aanwezigheid van vleermuizen.

7. In de laatste memorie voegen de verzoekers toe dat de nabijheid van vogelrichtlijngebieden en de gevolgen ervan in de bestreden beslissing werden onderschat. Zij stellen dat de nadere effectenanalyse van 26 april 2011 gebaseerd is op een Nederlandse studie omtrent kleine turbines, die zich moet beperken tot hypotheses en onzekerheden betreffende grote turbines. Voorts bespreekt de studie niet de trekroutes in Waalse en Franse vogelrichtlijngebieden en worden ook de lokale vogels onvoldoende onderzocht.

Beoordeling

8. Te dezen staat het vast dat een vernietiging op basis van dit middel kan bijdragen tot het voordeel dat de verzoekers beogen. Er wordt dan ook niet ingezien waarom de verzoekers de schending van de voormelde regelgeving niet op ontvankelijke wijze zouden kunnen aanvoeren.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middel wordt verworpen.

9. Artikel 16, § 1, van het natuurbehouddecreet bepaalt :

> "In het geval van een vergunningsplichtige activiteit, draagt de bevoegde overheid er zorg voor dat er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan door de vergunning of toestemming te weigeren of door redelijkerwijze voorwaarden op te leggen om de schade te voorkomen, te beperken of, indien dit niet mogelijk is, te herstellen".

Artikel 36ter van hetzelfde decreet luidt als volgt :

"(...)

§ 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 specialebeschermingszone.

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.

(...)

§ 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.

(…)".

10. Anders dan de verzoekers suggereren, blijkt uit de bijlage C bij de lokalisatienota dat de vergunningsaanvrager wel degelijk oog heeft gehad voor de impact van de windturbines op het habitatrichtlijngebied "Pays des Collines" en de vogelrichtlijngebieden "Vallée de l'Escaut en aval de Tournai" en "Vallée de la Scarpe et de l'Escaut". Waar het habitatrichtijngebied "Forets de Raismes/Saint Amand/Wallers et marchiennes et plaine alluviale de la scarpe" op zeer ruime afstand van de bestreden windturbines is gelegen, kan het de exploitant niet ten kwade worden geduid dit gebied niet bij zijn studie van de effecten op de natuur te hebben betrokken.

Uit deze lokalisatienota volgt in wezen dat de windturbines geen significante effecten kunnen hebben op vegetaties of op zoogdieren. Daarbij werd wel degelijk rekening gehouden met de vleermuis. Zo vermeldt de lokalisatienota dat de "meervleermuis en (de) ingekorven vleermuis worden opgegeven als

soorten die in dit habitatrichtlijngebied voorkomen (...) (doch dat) deze (...) niet (zijn) gemeld uit dit deelgebied, wel bv laatvlieger". Voorts stelt de lokalisatienota dat het "hoogst onwaarschijnlijk (is) dat deze vleermuizen zouden gaan jagen boven het industriepark".

11. Het bestreden besluit overweegt met betrekking tot het effect van de inrichting op het vogelbestand :

"Overwegende dat de 3 windturbines in een driehoekige opstelling zouden geplaatst worden in een industriegebied; dat windturbine 1 voorzien is op de parking van het bedrijf Balta, windturbine 2 ten zuiden van het bedrijf IVC en windturbine 3 ten noorden van IVC; dat het industriegebied ten zuiden van het project grenst aan de Schelde; dat aan de overkant van de Schelde het grondgebied van het Waalse gewest begint; dat de afstanden tot woongebieden in het Waalse gewest ongeveer 500 m bedraagt; dat het gebied ten westen grenst aan de N391 met aan de overkant van deze weg een natuurgebied; dat de afstand van de dichtstbijzijnde windturbine (WT1) tot dit natuurgebied ongeveer 285 m bedraagt; dat er ten noorden/noordwesten van het industriegebied een bufferzone van ongeveer 75 m ligt met daarachter een recreatiegebied; dat ten noorden een woongebied gelegen is op ongeveer 250 m van windturbine 3; dat ten noorden/noordoosten een natuurgebied ligt op ongeveer 35 m van windturbine 3;

Overwegende dat het windturbine project gelegen is in een belangrijke trekroute voor vogels voor Waalse en Franse Vogelrichtlijngebieden; dat het project op de grens ligt van een natuurgebied en gelegen is in de omgeving van het plangebied waar momenteel het natuurinrichtingsproject 'West-Vlaamse Scheldemeersen' in ontwikkeling is;

Overwegende dat in aanvulling van de lokalisatienota een bijkomende studie naar de mogelijke impact op seizoenale trekvogels werd opgemaakt op 25 november 2010 door een studiebureau; dat na overleg met het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB) en het Instituut voor Natuur en Bosbeheer (INBO) op 26 april 2011 nog een tweede aanvullende nota werd opgemaakt inzake de effecten op lokale vogels gezien de nabijheid van natuurgebied op ongeveer 35 m en het Vlaams Ecologisch Netwerk op ongeveer 100 m van de geplande windturbine 3;

Overwegende dat uit de eerste aanvullende studies blijkt dat de impact op de trekvogels relatief beperkt zal zijn; dat ANB in haar subadvies van 2 mei 2011 stelt dat het effect van de 3 geplande turbines op de seizoenstrekroute niet als significant gezien kan worden ondanks het feit dat er een zekere hoeveelheid verstoring en aanvaringskans zal aanwezig zijn;

Overwegende dat het natuurontwikkelingsproject 'West-Vlaamse Scheldemeersen' gestart is in 2002 en dat daarin enkele gebieden voorzien zijn die specifiek ingericht worden voor water- en weidevogels; dat enkele werken nu reeds werden uitgevoerd en andere zijn gepland;

Overwegend(e) dat de in de studie van 26 april 2011 genoemde verstoringsafstanden, namelijk <100 meter voor zangvogels, tot 200 m voor weide- en watervogels tijdens het broedseizoen en 150-400 m voor onder andere watervogels en steltlopers buiten het broedseizoen als gemiddelde waarden kunnen genomen worden; dat echter volgens het ANB een zone van 300 m rond de windturbines een breed geaccepteerde afstand is voor de meeste broedvogelsoorten;

Overwegende dat bijzondere aandacht moet gevestigd worden op het voorkomen van de bruine kiekendief (Bijlage I lijst van de Europese Vogelrichtlijn); dat deze soort werd waargenomen rond het perceel waar windturbine 3 gepland is; dat de kans op een broedgeval op die locatie erg waarschijnlijk is met een snelle versteviging van de broedpopulatie tot gevolg gezien de lopende natuurontwikkeling; dat de bruine kiekendief bijzonder schaars is in Vlaanderen; dat de Scheldevallei samen met de Dijlevallei in het Leuvense de enige rechtstreekse verbinding vormt voor de soort tussen de kerngebieden in Vlaanderen, met name de kustpolders en het Schelde-estuarium; dat de broedpopulatie van bruine kiekendief in Vlaanderen geschat werd op 90 broedkoppels; dat omwille van de relatief kleine aantallen, alle broedgebieden van bruine kiekendief in Vlaanderen afgebakend werden als 'bijzonder broedvogel gebied' in de vernieuwde Vlaamse risicoatlas vogels-windturbines van het INBO en aangeduid als 'zeer belangrijk'-'groot risico' (J. Everaert); dat er bijgevolg kans bestaat op een belangrijk effect door verstoring en/of aanvaring bij de bruine kiekendief; dat bruine kiekendieven vooral rond de broedlocatie en op trek regelmatig op rotorhoogte vliegen van de windturbines;

Overwegende dat het ANB ongunstig advies geeft voor windturbine 3 omdat het braakliggend perceel waar deze komt te staan kan aanzien worden als een soort natuurbuffer rond het kleine industriegebied midden in de Avelgemse Scheldemeersen; dat in het kader van de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen voor bijvoorbeeld bruine kiekendief, voortvloeiend uit de afbakening van de speciale beschermingszones (habitat- en vogelrichtlijngebieden), doelen zoals nestbescherming, vermijden van verstoring in broedgebieden en instandhouding van voldoende open ruimte rond de broedgebieden zeer belangrijk zijn;

Overwegende dat op 19 september 2011 nog een aanvullende nota werd opgesteld met betrekking tot de effecten van de windturbines op de vestiging van bruine kiekendief langs de Schelde; dat geconcludeerd kan worden dat de plaatsing van de windturbines te Avelgem geen effect zal hebben op de vestigingsmogelijkheden van de bruine kiekendief elders in het dal van de Schelde; dat mocht zich in de toekomst in de nabijheid van Avelgem een broedpaar vestigen, een aanvaring niet geheel uit gesloten is; dat gezien de dichtheid waarin de soort voorkomt en de relatief lage aanvaringskans van de soort het aantal slachtoffers kleiner zal zijn dan 1 per jaar; dat daarmee de grens van 1 % additionele sterfte niet overschreden wordt waardoor er geen significant negatief effect van de windturbines op de Belgische broedpopulatie is".

Hiermee motiveert de verwerende partij waarom zij van oordeel is "dat er van het windturbineproject geen belangrijke effecten worden verwacht op de natuurwaarden in de omgeving". De vergunningverlenende overheid motiveert aldus dat het project geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone veroorzaakt. De Raad van State beschikt wat betreft de inhoudelijke beoordeling van de vraag of een passende beoordeling moet worden opgemaakt louter over een marginale toetsingsbevoegdheid. De verzoekers tonen niet aan dat de beoordeling te dezen kennelijk onredelijk of feitelijk onjuist is.

12. In zijn arrest nr. 223.206 van 18 april 2013 heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat de windturbines een nieuwe en op zich zelf staande activiteit vormen. Luidens artikel 1.1.2, § 1, 8°, van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, moet voor een milieutechnische eenheid ook een zekere materiële of operationele samenhang aanwezig zijn. Bijgevolg kan er van een dergelijke milieutechnische eenheid te dezen geen sprake zijn.

Aan het negatief advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 2 mei 2011 wordt tegemoetgekomen door de diverse studies die zich in het administratief dossier bevinden.

Niettegenstaande het in dit advies "een verkeerde beleidsoptie" wordt geacht om windturbines te plaatsen in de omgeving van het plangebied waar momenteel het natuurinrichtingsproject West-Vlaamse Scheldemeersen in ontwikkeling is, moet met de verwerende partij worden vastgesteld dat een dergelijke keuze behoort tot de discretionaire beleidsvrijheid van het bestuur.

De kritiek van de verzoekers of "voldoende en correct werd onderzocht" of "de activiteit geen vermijdbare schade kan veroorzaken" in de zin van artikel 16, § 1, van het natuurbehouddecreet, is in het licht van de hierboven vermelde studies veel te vaag. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar "het advies

van INBO" van 30 november 2010 dat van voor deze studies dateert. Uit de lokalisatienota die bij de aanvraag is gevoegd blijkt dat de exploitant bij zijn studie van de effecten van de windturbines op de natuur wel degelijk rekening heeft gehouden met de speciale beschermingszones. Dat de effectenanalyse van 26 april 2011 niet objectief zou zijn, wordt niet met enig concreet element onderbouwd.

De aanvullende studie betreffende de bruine kiekendief van 19 september 2011 komt niet in tegenspraak met het besluit dat "de grens van 1 % additionele sterfte niet overschreden wordt", nu deze niet alleen is gebaseerd op "de dichtheid waarin de soort voorkomt", maar ook op "de relatief lage aanvaringskans van de soort". Wat de mogelijkheid betreft dat de vogels elders zullen verhuizen, verliezen de verzoekers uit het oog dat de desbetreffende locatie, waar de windmolens worden ingeplant, zelf niet het statuut van speciale beschermingszone draagt.

13. Dat de aanvullende studie van 19 september 2011 pas in graad van beroep werd neergelegd, betekent op zich nog niet dat het bestuur er bij het vormen van zijn besluit geen rekening mee zou mogen houden. Deze studie wijzigt niet de aanvraag of het voorwerp ervan.

Het tweede middel is niet gegrond.

Vierde middel

Standpunten van de partijen

14. Het vierde middel steunt op de schending van artikel 8 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (hierna : DIWB), de artikelen 2, 4, § 1, en 7 van het besluit van de Vlaamse regering van 20 juli 2006 tot vaststelling van nadere regels voor de toepassing van de watertoets, tot aanwijzing van de adviesinstantie en tot vaststelling van nadere regels voor de

adviesprocedure bij de watertoets, vermeld in artikel 8 van het DIWB, artikel 3 van de motiveringswet en het materieel motiveringsbeginsel.

In dit middel voeren de verzoekers aan dat de impact van windturbine 1 niet bij het onderzoek van de watertoets werd betrokken. Verder wordt in het beschikkend gedeelte van het bestreden besluit niet meer voorzien in een compensatie voor windturbine 3, terwijl dit in de overwegingen ervan nog wel het geval was. Bovendien blijkt niet hoe de compensatievoorwaarde concreet zal worden uitgevoerd, rekening houdend met de andere activiteiten van de tussenkomende partij, noch of de bedoelde werken vergunningsplichtig zijn. Het is volgens de verzoekers ook onduidelijk wat bedoeld wordt met "het perceel van windturbine 2". Ten slotte blijkt nergens of de opgelegde voorwaarde werd getoetst aan enige relevante doelstelling van het integraal waterbeleid.

15. De verwerende partij wijt het feit dat in het beschikkend gedeelte van het bestreden besluit geen compensatie meer werd opgelegd voor windturbine 3 aan een puur materiële vergissing. De wijze waarop die compensatie wordt gerealiseerd, maakt volgens haar niet het voorwerp uit van de milieuvergunning, maar wel van de in te dienen stedenbouwkundige vergunningsaanvraag. Indien de compensatie niet zou kunnen worden uitgevoerd, kan ook van de milieuvergunning geen gebruik worden gemaakt. Het feit dat er voor windturbine 1 geen compensatie nodig is, hoeft volgens de verwerende partij niet expliciet te worden vermeld, nu zulks blijkt uit het advies van de waterbeheerder.

16. In de memorie van wederantwoord beschouwen de verzoekers de materiële vergissing als een "te eenvoudige redenering", die des te meer klemt nu zij een duidelijke impact heeft op het bestreden besluit, vermits aldus voor de vergunninghouder geen enkele afdwingbare bepaling bestaat om te voorzien in een compensatie voor windturbine 3. De compensatievoorwaarde is bovendien tegenstrijdig, aangezien enerzijds wordt gesteld dat windturbine 2 gelegen is in overstromingsgevoelig gebied, en anderzijds wordt opgelegd om te zorgen voor

een compensatie op niet-overstromingsgevoelig gebied binnen het perceel van windturbine 2. Nochtans moet juist worden onderzocht of de voorgenomen compensatie wel technisch en juridisch mogelijk is.

17. In de laatste memorie voegen de verzoekers toe dat de watertoets ook integraal deel uitmaakt van de beoordeling van een milieuvergunningsaanvraag, doordat bij de uitspraak over een milieuvergunningsaanvraag ook moet worden getoetst aan de planologische en stedenbouwkundige voorschriften.

Beoordeling

18. Artikel 8 van het DIWB luidde ten tijde van de bestreden beslissing :

> "Art. 8. § 1. De overheid die moet beslissen over een vergunning, plan of programma als vermeld in § 5, draagt er zorg voor, door het weigeren van de vergunning of door goedkeuring te weigeren aan het plan of programma dan wel door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen aan het plan of programma, dat geen schadelijk effect ontstaat of zoveel mogelijk wordt beperkt en, indien dit niet mogelijk is, dat het schadelijk effect wordt hersteld of, in de gevallen van de vermindering van de infiltratie van hemelwater of de vermindering van ruimte voor het watersysteem, gecompenseerd.
>
> Wanneer een vergunningsplichtige activiteit, een plan of programma, afzonderlijk of in combinatie met een of meerdere bestaande vergunde activiteiten, plannen of programma's, een schadelijk effect veroorzaakt op de kwantitatieve toestand van het grondwater dat niet door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen aan het plan of programma kan worden voorkomen, kan die vergunning slechts worden gegeven of kan dat plan of programma slechts worden goedgekeurd omwille van dwingende redenen van groot maatschappelijk belang. In dat geval legt de overheid gepaste voorwaarden op om het schadelijke effect zoveel mogelijk te beperken, of indien dit niet mogelijk is, te herstellen of te compenseren.
>
> (…)
>
> § 2. (…)
>
> De beslissing die de overheid neemt in het kader van § 1 wordt gemotiveerd, waarbij in elk geval rekening wordt gehouden met de relevante doelstellingen en beginselen van het integraal waterbeleid.
>
> (…)
>
> § 5. De volgende vergunningen worden in ieder geval onderworpen aan de watertoets :

(…)
3° voor zover als relevant, gelet op het voorwerp van de vergunningsaanvraag, de milieuvergunning als vermeld in artikel 4, § 1, van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning;
(...)".

Hieruit vloeit voort dat een milieuvergunningverlenende overheid slechts "voor zover als relevant" aandacht dient te hebben voor de watertoets. Uit het dossier valt niet af te leiden dat de milieuvergunning ook maar enige impact zou hebben op de kwalitatieve of kwantitatieve toestand van het grondwater. Waar het bestreden besluit verwijst naar het voor de windturbines 2 en 3 ongunstig subadvies van de waterbeheerder en in het kader hiervan een waterparagraaf bevat, blijkt de bekommernis van de overheid louter te zijn ingegeven door het feit dat er bij het oprichten van de windturbines als constructie een bepaald volume wordt ingenomen in overstromingsgebied, zonder dat er enig verband zou zijn met het in werking stellen of houden ervan. De watertoets is te dezen dan ook enkel relevant voor de wettigheid van een eventuele stedenbouwkundige vergunning. Dat bij de beoordeling van de milieuaanvraag ook stedenbouwkundige aspecten van belang kunnen zijn, heeft niet tot gevolg dat het verplicht karakter van de watertoets ook geldt bij de beoordeling van de milieuvergunningsaanvraag. De overwegingen dienaangaande in de thans bestreden milieuvergunning zijn dan ook overtollig, zodat de kritiek hierop niet kan leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit.

Het vierde middel is ongegrond

Vijfde middel

Standpunten van de partijen

19. In het vijfde middel voeren de verzoekers de schending aan van artikel 11 van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning (hierna : milieuvergunningsdecreet), de artikelen 19 en 19bis van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams

reglement betreffende de milieuvergunning (hierna : Vlarem I), artikel 3 van de motiveringswet, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het voorzorgsbeginsel.

Dit middel bevat enerzijds de kritiek dat geen proces-verbaal betreffende de ingediende bezwaren en opmerkingen werd opgemaakt, hetgeen bij de verzoekers de vraag doet rijzen of wel met alle bezwaren rekening werd gehouden. Meer in het bijzonder wijzen zij er op dat geen 2055 maar 2110 bezwaren werden ingediend. Daarnaast beklagen zij zich er over dat nergens in de procedure het argument betreffende de "misleidende lokalisatienota" aan bod is gekomen.

Anderzijds menen de verzoekers dat de vergunningverlenende overheid het Waalse Gewest en Frankrijk op de hoogte had moeten brengen van de vergunningsaanvraag, gelet op de nabijheid van de speciale beschermingszones of natura 2000-gebieden.

20. De verzoekers stellen in de memorie van wederantwoord dat de gemeente zelf haar fout erkent in een e-mail van 17 februari 2012. Zij geeft hierin toe dat er geen lijst werd opgemaakt en dat er dus mogelijk bezwaarschriften over het hoofd werden gezien. Verder herinneren de verzoekers er aan dat het eerste advies van het Agentschap voor Natuur en Bos negatief was, zodat de overheid op dat moment het Waalse Gewest en de Franse staat had moeten informeren. De afweging die het bestuur maakt na het advies van 2011, komt volgens de verzoekers hoe dan ook te laat. Bovendien wordt in dit advies van 2011 geen rekening gehouden met de beschermingszone, gelegen in het Waalse Gewest, op 400 à 500 meter afstand van de bestreden windturbines.

21. In de laatste memorie stellen de verzoekers dat het niet gaat om een "gebeurlijke onzorgvuldigheid", maar om een manifeste vergissing waardoor de bezwaren omtrent het misleidend karakter van de lokalisatienota niet afdoende

werden onderzocht en de bezwaren betreffende de juistheid van de meetmethoden inzake geluidshinder en slagschaduw werden genegeerd.

Beoordeling

22. Artikel 11, § 1, van het milieuvergunningsdecreet luidt als volgt :

> "Behoudens andersluidende bepalingen, wordt elke beslissing over een vergunningsaanvraag voorafgegaan door een openbaar onderzoek dat wordt ingesteld volgens de modaliteiten en binnen de termijnen bepaald door de Vlaamse regering".

Het openbaar onderzoek heeft in wezen tot doel belanghebbenden in staat te stellen bezwaren en opmerkingen met betrekking tot de voorgenomen exploitatie te uiten. Zo bij het afsluiten van het openbaar onderzoek, luidens artikel 19, 3°, van Vlarem I, door de burgemeester een dossier wordt samengesteld dat het proces-verbaal omvat van de tijdens het openbaar onderzoek ingediende schriftelijke en mondelinge bezwaren en opmerkingen, is niet zozeer het exact aantal ingediende bezwaarschriften van belang, maar wel de inhoud ervan. De belangrijkste argumenten van de bezwaarindieners hebben, blijkens het bestreden besluit, betrekking op "de visuele impact, de ligging volledig ingesloten door landschappelijk waardevol agrarisch gebied en natuurgebied, de aanslag op leef- en broedgebieden van vogels, geluidshinder, hinder door slagschaduw, (en) veiligheid onder andere met betrekking tot ijsafzetting". Het bestreden besluit bevat met betrekking tot deze aspecten een uitgebreide motivering. De verzoekers laten grotendeels na aan te geven aan welke concrete argumenten dan wel werd voorbijgegaan. Zij voeren voornamelijk aan dat geen rekening is gehouden met hun bezwaar als zou de lokalisatienota misleidend zijn. In dit verband kan er op worden gewezen dat het bestuur, in tegenstelling tot een rechtscollege, in het kader van de motiveringsplicht, er niet toe gehouden is een antwoord te geven op de diverse feitelijke en juridische argumenten welke een belanghebbende naar voren brengt, zodat niet systematisch geantwoord moet worden op de verschillende bezwaren en argumenten. Het volstaat dat uit de

motivering impliciet of expliciet blijkt dat de wezenlijke en fundamentele argumenten in de besluitvorming betrokken werden en dat hieruit minstens impliciet kan worden afgeleid waarom deze argumenten in het algemeen niet werden aanvaard. In het bestreden besluit wordt uitgebreid ingegaan op de meest relevante bezwaren en opmerkingen. Dit volstaat vanuit de optiek van de formele motiveringsplicht. Een mogelijke vergissing aangaande de vaststelling van het exact aantal ingediende bezwaren is dan ook niet van aard de in het geding zijnde milieuvergunning te vitiëren.

Artikel 19bis van Vlarem I bepaalt onder meer dat, wanneer op om het even welke wijze door de bevoegde vergunningverlenende overheid wordt vastgesteld dat de exploitatie van de inrichting negatieve en significante effecten op het milieu van een ander Gewest en/of van een andere EU-lidstaat en/of een Verdragspartij bij het Verdrag van Espoo zou kunnen hebben, of wanneer een ander Gewest en/of een EU-lidstaat en/of een Verdragspartij bij het Verdrag van Espoo die daardoor in belangrijke mate getroffen kan worden terzake een verzoek indient, deze bevoegde vergunningverlenende overheid een exemplaar bezorgt van de milieuvergunningsaanvraag en de bijbehorende bijlagen aan de bevoegde autoriteit van het bedoelde Gewest en/of EU-lidstaat en/of een Verdragspartij bij het Verdrag van Espoo.

Te dezen betekent dit dat het Waalse Gewest en de lidstaat Frankrijk, alsmede hun inwoners, kunnen worden toegelaten deel te nemen aan het openbaar onderzoek dat wordt ingesteld naar aanleiding van de milieuvergunningsaanvraag.

Nu de verzoekers wel degelijk in de mogelijkheid zijn geweest om, doorheen het openbaar onderzoek, hun bezwaren te doen gelden, is het normdoel van artikel 19bis van Vlarem I bereikt. De kritiek van de verzoekers in dit verband kan dan ook niet leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit.

Het vijfde middel is ongegrond.

Zesde middel

Standpunten van de partijen

23. De verzoekers voeren de schending aan van artikel 30bis van Vlarem I, artikel 5.20.5.1, § 2, van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (hierna : Vlarem II), artikel 3 van de motiveringswet, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. In ondergeschikte orde baseren de verzoekers hun middel voorts op de schending van de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet.

In een eerste middelonderdeel zetten zij uiteen dat overeenkomstig artikel 5.20.5.1, § 2, van Vlarem II, er geen geluidsnormen van toepassing zijn op windturbines, maar dat geluidsemissiegrenswaarden kunnen worden opgelegd in functie van de omgevingssituatie. De minister steunt zich volgens hen op een mogelijk toekomstige maar op heden nog onbestaande norm, terwijl hij zich had moeten baseren op de richtwaarden uit de omzendbrief EME/2006/01 - RO/2006/02 van 12 mei 2006 betreffende het afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines. De mogelijk toekomstige Vlarem II-normen zijn bovendien hoger dan de milieukwaliteitsnormen voor geluid in open lucht uit bijlage 2.2.1 bij Vlarem II, die dan nog met 5 dB(A) moeten worden verlaagd. Het uitgaan van een toekomstig algemeen kader klemt des te meer nu hierin geen afzonderlijke rubriek is opgenomen voor speciale beschermingszones. De verzoekers verwijzen daarbij eveneens naar artikel 4.5.6.1 van Vlarem II.

In een derde middelonderdeel ontwaren de verzoekers een schending van het gelijkheidsbeginsel, nu de opgelegde geluidsnormen significant verschillen van de geluidsnormen voor bestaande en nieuwe inrichtingen. Daarbij worden windturbines niet alleen minder streng genormeerd dan andere

inrichtingen, maar worden ook de verschillende beoordelingsperiodes en de verschillende types gebieden van de milieuwetgeving naar verhouding ongelijk behandeld. De verzoekers achten het bestreden besluit voorts ook in strijd met het standstillbeginsel.

24. De verzoekers voegen in hun memorie van wederantwoord toe dat het feit dat artikel 23 van de Grondwet geen directe werking zou hebben, niet betekent dat men deze bepaling zou mogen negeren. Zij zien geen reden waarom de burger die in de nabijheid van een windturbine woont, meer geluid moet verdragen dan een burger die in de nabijheid verblijft van een "klassieke" nieuwe inrichting.

25. In de laatste memorie ten slotte, merken zij op dat de redenering volgens dewelke de minister na een eventueel vernietigingsarrest tot geen andere vaststellingen zou kunnen komen, leidt tot een vorm van rechtsweigering en hen het recht zou ontnemen een beslissing te krijgen over de opgeworpen schending, hetgeen een schending zou vormen van de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

Aan de hand van een bijkomend stuk oefenen zij tevens kritiek uit op het nieuwe regelgevend kader, dat volgens hen voorziet in een voordelig uitzonderingsregime voor windturbines, dat de toets met het gelijkheidsbeginsel niet kan doorstaan.

Beoordeling

26. Bij besluit van de Vlaamse regering van 23 december 2011, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 21 maart 2012, werd in Vlarem II onder meer een artikel 5.20.6.4.2 ingevoegd. In het eerste lid van deze bepaling worden, met verwijzing naar bijlage 5.20.6.1 bij Vlarem II, als sectorale bepaling

de geluidsnormen ingevoerd die met het thans bestreden besluit op individuele wijze werden opgelegd.

De verzoekers hebben dan ook geen belang bij de aangevoerde middelonderdelen, nu deze geen invloed kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing. Een eventuele nietigverklaring op basis hiervan zou niet kunnen veranderen dat precies dezelfde geluidsnormen als de thans opgelegde, op de tussenkomende partij van toepassing zijn. De gemotiveerde vaststelling dat de verzoekers geen belang hebben bij de besproken middelonderdelen, kan niet worden gelijkgesteld met de weigering om recht te spreken.

Het eerste en het derde onderdeel van het zesde middel zijn niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekers worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 875 euro, elk voor een vijfde.

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 elf september tweeduizend veertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,

bijgestaan door

Bart Tettelin,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bart Tettelin	**Eric Brewaeys**