

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.129 van 13 november 2014
in de zaak A. 207.727/VII-38.732.**

In zake :

1. Jean-Marie RAGOLLE
2. Henri VAN CAUWENBERGHE
3. Dina DERVEAUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bram Vandromme
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Kapucijnenstraat 14
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

Tussenkommende partij :

1. de NV ASPIRAVI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de STAD WAREGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jacques Verhaeghe

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 januari 2013, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur

en Cultuur van 16 november 2012 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie West-Vlaanderen van 15 december 2011, houdende het verlenen van de vergunning voor het exploiteren van een windturbinepark bestaande uit drie windturbines en bijhorende transformatoren, gelegen aan de Blauwe Zwaanstraat te Waregem, gedeeltelijk gegrond worden verklaard, de beroepen beslissing wordt gewijzigd en de gevraagde milieuvergunning, mits aanpassing van de bijzondere exploitatievoorwaarden, wordt verleend.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De eerste tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 7 maart 2013. De eerste tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

De tweede tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 4 april 2014.

Auditeur Dieter Decock heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2014.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bram Vandromme, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Stijn Van Hulle, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Sophie Aerts, die loco advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Luc Deceuninck, die loco advocaat Jacques Verhaege verschijnt voor de tweede 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

3.1. De eerste tussenkomende partij dient op 17 juni 2011 een milieuvergunningsaanvraag in om aan de Blauwe Zwaanstraat te Waregem een windturbinepark bestaande uit drie windturbines uit te baten.

3.2. De deputatie van de provincie West-Vlaanderen verleent, mits een aantal bijzondere exploitatievoorwaarden, de gevraagde vergunning.

3.3. Een aantal omwonenden, onder wie de huidige verzoekende partijen, de gemeente Deerlijk en de stad Waregem, stellen tegen deze beslissing een administratief beroep in.

3.4. Nadat doorheen de administratieve beroepsprocedure adviezen werden verstrekt, verklaart de bevoegde Vlaamse minister op 16 november 2012 de beroepen gedeeltelijk gegrond, wijzigt zij de bijzondere exploitatievoorwaarden en bevestigt zij voor het overige de beroepen beslissing. De milieuvergunning

wordt verleend. Dit is het bestreden besluit, waarvan de voor dit beroep relevante motieven als volgt luiden :

"Overwegende dat het project is gelegen vlakbij het VEN-gebied 'Vallei van de Kasselrijbeek';

Overwegende dat het project is gelegen aanpalend aan een gewestelijk RUP 'Leievallei en open ruimte omgeving Kortrijk' definitief vastgelegd door de Vlaamse regering op 7 november 2008; dat de aanpalende percelen bestemd zijn als natuurgebied met overdruk GEN (Grote Eenheid Natuur);

Overwegende dat in eerste aanleg op 19 juli 2011 aanvankelijk een deels gunstig subadvies werd uitgebracht door het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB) omdat de bij de aanvraag gevoegde natuurtoets ontoereikend was; dat de natuurtoets verder werd uitgewerkt door een studie bureau in opdracht van de exploitant; dat in de herwerkte natuurtoets van 4 oktober 2011 werd geconcludeerd dat het niet uitvoeren van het kabeltracé (tussen WT2 en WT3) doorheen het VEN-gebied als milderende maatregel kan aanzien worden; dat uit de natuurtoets blijkt dat deze verbinding schade zou toegebracht hebben aan het VEN-gebied en aan het zeldzame zomerklokje; dat er eveneens een retourbemaling voor de bouw van WT2 moet uitgevoerd worden; dat het uitvoeren van de werken tijdens het meest droge seizoen moet gebeuren om een mogelijke impact op de zeldzame populatie zomerklokjes zo veel mogelijk te vermijden; dat uit de natuurtoets blijkt dat ten aanzien van vleermuizen het uitvoeren van bijkomende inventarisaties inzake aanwezigheid, dichtheid en het terreingebruik noodzakelijk is vóór het opstarten van de turbines; dat uit deze inventarisatie milderende maatregelen kunnen komen zoals het tijdelijk stilleggen van de turbines of het creëren van alternatieve/bijkomende geleidende kleine landschapselementen of bomenrijen; dat gezien deze maatregelen soortspecifiek zijn voor vleermuizen, deze maatregelen op heden niet kunnen vastgelegd worden;

Overwegende dat het ANB het gunstige advies van 21 oktober 2011 uitgebracht in het kader van de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag op basis van de nieuwe natuurtoets bevestigt via een schrijven van 13 maart 2012 aan de afdeling Milieuvergunningen; dat in het subadvies gesteld wordt dat de invloedstraal van de tijdelijke bronbemaling niet tot aan het kwetsbare en waterafhankelijke zomerklokje in het VEN-gebied zal reiken; dat op basis van de beschikbare gegevens door het ANB ingeschat wordt dat de negatieve impact op de vogels relatief beperkt zal blijven; dat de effecten op de vleermuizen nog onduidelijk zijn; dat gezien deze soort wettelijk beschermd is via het soortenbesluit het voorzorgsprincipe toegepast moet worden; dat in samenspraak met de exploitant werd besloten om in de daartoe geschikte periode monitoring te voorzien; dat in het subadvies bijgevolg als milderende maatregel een monitoring van de vleermuizen wordt voorgesteld;

Overwegende dat het aangewezen is om in een bijzondere voorwaarde op te leggen dat het kabeltracé (tussen WT2 en WT3) niet doorheen het VEN-gebied mag lopen".

IV. Onderzoek van de middelen

Vierde middel

Standpunten van de partijen

4. De verzoekende partijen voeren in het vierde middel de schending aan van artikel 26bis van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna : natuurbehouddecreet), artikel 10 van het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer (hierna : soortenbesluit), het voorzorgsbeginsel, artikel 52, 3°, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en het motiveringsbeginsel.

In een eerste middelonderdeel betogen zij dat er voor het bestreden besluit een toets aan het Vlaams Ecologisch Netwerk (hierna : VEN) ontbreekt, hoewel in het beroepsschrift op de noodzaak daartoe was gewezen. In het bestreden besluit wordt er volgens hen integendeel bevestigd dat er misschien een beperkte maar tevens onvermijdbare en onherstelbare schade aan de avifauna zal worden berokkend. Ook uit de uitgevoerde verscherpte natuurtoets blijkt minstens dat dergelijke schade kan ontstaan. Dat het daardoor niet is uitgesloten dat de beoogde exploitatie onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur zal veroorzaken, vormt voor de verzoekende partijen een schending van artikel 26bis van het natuurbehouddecreet.

In een tweede middelonderdeel stellen zij dat uit de verscherpte natuurtoets tevens de aanwezigheid van diverse beschermde vogelsoorten en vleermuizen blijkt. Waar een "beperkte negatieve impact" op de avifauna en vleermuizen wordt verwacht, ontbreekt in het bestreden besluit volgens hen elke verdere afweging inzake de vraag of de exploitatie niet zal leiden tot het opzettelijk

en betekenisvol verstoren of opzettelijk doden van beschermde diersoorten in de zin van artikel 10 van het soortenbesluit, hoewel ook dit aspect in het beroepschrift werd aangekaart.

In een derde middelonderdeel stellen de verzoekende partijen dat door de in het bestreden besluit opgenomen bijzondere exploitatievoorwaarde betreffende de monitoring van vleermuizen, de in het licht van het soortenbesluit noodzakelijk geachte voorafgaande kennis geheel niet wordt gegarandeerd. Evenmin is duidelijk wat de gevolgen zullen zijn van deze monitoring. Ten slotte sluit deze voorwaarde, steeds volgens de verzoekende partijen, evenmin het opzettelijk en betekenisvol verstoren of opzettelijk doden van vleermuizen uit.

5. De verwerende partij verwijst in verband met het eerste middelonderdeel naar het in eerste aanleg verstrekte deels gunstig subadvies van het Agentschap voor Natuur en Bos (hierna : ANB), het gunstig advies van ANB uitgebracht in het kader van de stedenbouwkundige vergunning, de door de exploitant uitgevoerde natuurtoetsen en de relevante overwegingen uit het bestreden besluit. Dat er een beperkte negatieve impact kan zijn van de windturbines op vogels impliceert volgens haar niet dat aan de natuur in het VEN onvermijdbare en onherstelbare schade zou worden veroorzaakt. Er blijkt immers nergens dat de schade onvermijdbaar zou zijn, en er wordt integendeel inzake vleermuizen overwogen dat elke potentiële schade wel zou kunnen worden vermeden door het nemen van milderende maatregelen. Voorts kan volgens de verwerende partij niet worden voorgehouden dat een relatief beperkte negatieve impact van die aard zou zijn dat hij onherstelbare schade zou veroorzaken. Zij stelt ook nog dat een beperkte druk op de natuurwaarden geenszins de weigering van de vergunning tot gevolg moet hebben. Het optreden van vermijdbare schade kan daar volgens haar slechts toe leiden indien de aanvrager zou weigeren om daaromtrent milderende maatregelen te treffen.

Inzake het tweede middelonderdeel stelt de verwerende partij dat, aangezien de negatieve impact op de vogels relatief beperkt zal blijven, er geen

sprake is van een opzettelijke verstoring van beschermde vogelsoorten, en zeker niet in die mate dat dit betekenisvol zou kunnen worden geacht.

Betreffende het derde middelonderdeel repliceert de verwerende partij dat er geen sprake van is dat vleermuizen opzettelijk zouden worden gedood, gevangen of betekenisvol verstoord. Een onzekerheid daaromtrent moet volgens haar niet leiden tot de weigering van de vergunning, maar impliceert enkel dat er maatregelen moeten worden getroffen om de kans op schadelijke effecten te minimaliseren, hetgeen is gebeurd met de bijzondere exploitatievoorwaarde.

6. De eerste tussenkomende partij stelt, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat de leefmilieuminister rekening heeft gehouden met de verscherpte natuurtoets en het gunstig advies van het ANB. Om onvermijdbare en onherstelbare schade tegen te gaan, wordt opgelegd dat het kabeltracé niet wordt aangelegd doorheen VEN-gebied. Daarnaast wijst zij op de overweging dat de negatieve impact op de vogels relatief beperkt zal blijven. Tevens wordt in de monitoring van vleermuizen voorzien. Hieruit kan volgens haar niet worden afgeleid dat er onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur zal worden veroorzaakt. Zij meent dat het niet op gaat om elk effect op de natuur in een VEN-gebied gelijk te stellen met onvermijdbare en onherstelbare schade. Schade die kan worden vermeden door milderende maatregelen is immers niet onvermijdbaar, en onvermijdbare schade die kan worden hersteld mag bovendien wel worden veroorzaakt. Zij pleit ervoor, net zoals dat in bepaalde rechtsleer wordt gedaan, om voor de VEN-toets een soort drempel te hanteren, vergelijkbaar met de betekenisvolle effecten uit de habitattoets.

Aangaande het tweede middelonderdeel repliceert de eerste tussenkomende partij dat niet elke verstoring van een beschermde diersoort verboden is, doch enkel een betekenisvolle verstoring, in de zin van een aanzienlijke verstoring die een significante impact kan hebben op de staat van instandhouding van een soort in een lidstaat. Aangezien te dezen slechts een beperkte, niet wezenlijke verstoring van bepaalde avifauna kan optreden, is er

volgens haar geen sprake van een betekenisvolle verstoring van beschermde diersoorten. De verzoekende partijen maken het tegendeel niet aannemelijk. Door in dit verband te steunen op de verscherpte natuurtoets en het gunstig advies van het ANB, is de beslissing dan ook, steeds volgens de eerste tussenkomende partij, afdoende gemotiveerd.

Wat het derde middelonderdeel betreft, houdt de repliek van de eerste tussenkomende partij in essentie in dat de omstandigheid dat het bestuur van oordeel is dat er geen significante negatieve effecten worden veroorzaakt op vleermuizen, niet belet dat er veiligheidshalve een monitoring wordt opgelegd en dat er, rekening houdend met de resultaten van die monitoring, nog bijkomende soortspecifieke milderende maatregelen worden voorzien. Dit impliceert volgens haar evenwel niet dat met de gehekelde bijzondere exploitatievoorwaarde in extremis zou worden gepoogd de leemten van een onvolledige vergunningsaanvraag op te vullen.

7. In de memorie van wederantwoord betogen de verzoekende partijen nog, met betrekking tot het eerste middelonderdeel, dat bij de VEN-toets geen drempel werd ingeschreven en dat de "loutere wetskritiek" die de eerste tussenkomende partij daarop formuleert, de overheid niet machtigt om toch een vergunning te verlenen die onvermijdbare en onherstelbare schade kan veroorzaken, waarbij de loutere kans op dergelijke schade volgens hen volstaat om de vergunning te weigeren. Te dezen zou de verwerende partij in het bestreden besluit niet op afdoende wijze hebben onderzocht en uitgesloten dat er sprake kan zijn van een onvermijdbare en onherstelbare schade.

Betreffende het tweede middelonderdeel stellen de verzoekende partijen in essentie nog dat een vergunningverlenende overheid, het voorzorgsbeginsel indachtig, niet zomaar genoegen kan nemen met de vaststelling "dat er ingeschat kan worden dat er slechts een relatief beperkt aantal slachtoffers zullen vallen", nu zij alle maatregelen moet nemen om die slachtoffers te vermijden.

Inzake het derde middelonderdeel beklemtonen de verzoekende partijen nog dat een voorwaarde minstens moet garanderen dat er vóór de exploitatie duidelijkheid is over de vraag of beschermde diersoorten dreigen geraakt te worden. De geïmagineerde voorwaarde garandeert volgens hen niets.

8. De tweede tussenkomende partij sluit zich in essentie aan bij het inleidend verzoekschrift.

9. In de laatste memorie voegt de eerste tussenkomende partij "hoogst ondergeschikt" nog toe dat de verzoekende partijen gezien de inhoud en de strekking van de recente adviezen van het ANB van 28 oktober 2013 en 18 februari 2014 geen belang meer hebben bij het middel, nu de conclusie van beide adviezen luidt dat de vergunningsplichtige activiteit, mits naleving van de vergunningsvoorwaarden, geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

Beoordeling

10. De inhoud van de adviezen van het ANB vermag op zich niet het belang van de verzoekende partijen bij het middel weg te nemen. De verzoekende partijen stellen immers precies dat de kwestieuze inrichting wel degelijk onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur kan veroorzaken.

De exceptie wordt verworpen.

11. Luidens artikel 26bis, § 1, eerste lid, van het natuurbeschermingsdecreet mag "de overheid (...) geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken". Uit de parlementaire voorbereiding van deze decretale bepaling (Parl. St. VI. Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 17, 20) blijkt dat met "vermijdbare schade" wordt bedoeld : "die schade die kan vermeden worden door

de activiteit op een andere wijze uit te voeren (bvb. met andere materialen, op een andere plaats, ...)". Onvermijdbare schade is "de schade die men hoe dan ook zal veroorzaken, op welke wijze men de activiteit ook uitvoert". Is deze onvermijdbare schade "herstelbaar", dan mag zij wel worden veroorzaakt. Dit herstel moet worden opgevat als "een herstel van de schade (...) op de plaats van beschadiging met een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat als deze die er voor de beschadiging aanwezig was".

In het bestreden besluit wordt, aangaande de gevolgen van de bestreden exploitatie voor de avifauna in het VEN, overwogen "dat op basis van de beschikbare gegevens door het ANB ingeschat wordt dat de negatieve impact op de vogels relatief beperkt zal blijven" en "dat de effecten op de vleermuizen nog onduidelijk zijn". In verband met deze laatste bevinding wordt verder overwogen "dat gezien deze soort wettelijk beschermd is via het soortenbesluit het voorzorgsprincipe toegepast moet worden; dat in samenspraak met de exploitant werd besloten om in de daartoe geschikte periode monitoring te voorzien; dat in het subadvies bijgevolg als milderende maatregel een monitoring van de vleermuizen wordt voorgesteld". De uitdrukkelijk erkende negatieve impact op de vogels in het VEN wordt echter niet betrokken op het hierboven vermelde en decisieve criterium van onvermijdbare en onherstelbare schade. Dat die negatieve impact als "relatief beperkt" wordt ingeschat doet daarbij niet terzake, nu een dergelijke drempel niet in het decreet werd ingeschreven.

Het is niet aan de verzoekende partijen aan te tonen dat er onvermijdbare en onherstelbare schade zou zijn. Uit de decretale tekst blijkt dat alleen reeds de kans op onvermijdbare en onherstelbare schade voldoende is om een vergunning te weigeren. Er mag dienaangaande dan ook geen onzekerheid bestaan. Het komt de vergunningverlenende overheid bijgevolg toe dit uitdrukkelijk in haar beslissing te motiveren, temeer wanneer - zoals in het huidige geval - deze problematiek in het beroepsschrift expliciet wordt aangekaart.

Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt dat "de effecten op de vleermuizen nog onduidelijk zijn". Deze diersoort is nochtans wettelijk beschermd via het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer, dat werd genomen in uitvoering van een aantal Europese richtlijnen (richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 van de Raad inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna en richtlijn 2009/147/EG van 30 november 2009 van het Europees Parlement en de Raad inzake het behoud van de vogelstand).

Dit gebrek aan zekerheid laat, in het licht van artikel 26bis van het natuurbehouddecreet, niet toe dat nu reeds een exploitatievergunning voor een termijn van twintig jaar wordt verleend.

Het vierde middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 16 november 2012 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie West-Vlaanderen van 15 december 2011, houdende het verlenen van de vergunning voor het exploiteren van een windturbinepark bestaande uit drie windturbines en bijhorende transformatoren, gelegen aan de Blauwe Zwaanstraat te Waregem, gedeeltelijk gegrond worden verklaard, de beroepen beslissing wordt gewijzigd en de gevraagde milieuvergunning, mits aanpassing van de bijzondere exploitatievoorwaarden, wordt verleend.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 525 euro.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertien november tweeduizend veertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys