

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.444 van 8 juni 2017
in de zaak A. 216.186/VII-39.411.**

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
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :
de NV ASPIRAVI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2600 Berchem
Uitbreidingstraat 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:
de STAD WAREGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jacques Verhaeghe
kantoor houdend te 8790 Waregem
Zultseweg 21
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 juni 2015, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 19 april 2015 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van 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 tussenkomende partij en de verzoekende partij in tussenkomst hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomsten zijn voorlopig toegestaan bij beschikking van 21 oktober 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

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 tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 mei 2017.

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 Youri Musschebroeck, die loco advocaat Gregory Verhelst verschijnt voor de tussenkomende partij, en advocaat Leonard Despriet, die loco advocaat Jacques Verhaege verschijnt voor de verzoekende partij in tussenkomst, 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 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 provincieraad van 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 bestuurlijk beroep in.

3.4. Nadat doorheen de 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.

3.5. De huidige verzoekende partijen tekenen tegen deze beslissing beroep aan en bij arrest van de Raad van State nr. 229.129 van 13 november 2014 wordt de beslissing vernietigd.

De motivering van dit arrest luidt als volgt:

“Luidens artikel 26bis, § 1, eerste lid, van het natuurbehouddecreet 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”.

3.6. Ingevolge dit vernietigingsarrest herneemt de verwerende partij het bestuurlijk besluitvormingsproces. De tussenkomende partij legt een aanvullend stuk neer, met als opschrift “(verscherpte) natuurtoets windturbines Waregem: eindbespreking”. Opnieuw worden de nodige adviezen ingewonnen.

3.7. Op 19 april 2015 verklaart de bevoegde Vlaamse minister de beroepen andermaal gedeeltelijk gegrond, wijzigt zij de bijzondere exploitatievoorwaarden en bevestigt zij voor het overige de beroepen beslissing. De milieuvergunning wordt voor de tweede maal verleend. Dit is het thans bestreden besluit.

Het is in essentie als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat bij de vergunningsaanvraag een algemene natuurtoets en een verscherpte natuurtoets werden toegevoegd; dat de natuurtoets verder werd uitgewerkt door een studiebureau in opdracht van de exploitant tot een herwerkte natuurtoets van 4 oktober 2011;

Overwegende dat een verdere bespreking van de mogelijke vermijdbare en onherstelbare schade worden weergegeven in de bijkomende nota ‘(verscherpte) natuurtoets windturbines Waregem: eindbespreking’ van 5 januari 2015; dat in deze bijkomende nota een beschrijving van de natuurlijke kenmerken van het projectgebied, een effectbeoordeling algemene natuurtoets en een specifieke VEN-toets werden uitgewerkt; dat de conclusies van het veldonderzoek met betrekking tot vleermuizen eveneens in deze bijkomende nota worden weergegeven;

Overwegende [...] dat anderzijds er een aantal faunawaarden gelinkt zijn aan het VEN-gebied; dat de mobiele fauna zoals vogels en vleermuizen die lokaal in het projectgebied en de omgeving voorkomen niet uitsluitend aan het VEN-gebied gelinkt zijn; dat ze gebruik maken van het project-gebied waar het VEN-gebied een onderdeel van vormt maar ook voorkomen in een veel groter gebied waarbij het VEN-gebied niet de kern van de populaties bevat;

Overwegende dat in het bestreden besluit een veldonderzoek met betrekking tot vleermuizen werd opgelegd; dat het uitvoeren van bijkomende inventarisaties inzake aanwezigheid (soortensamenstelling), dichtheid en het terreingebruik (vliegroutes) van vleermuizen ter controle noodzakelijk was; dat de exploitant dit veldonderzoek intussen reeds heeft uitgevoerd in samenspraak met het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB); dat de nadruk van het onderzoek lag op de Rosse vleermuis (*Nyctalus noctula*) gezien deze zich voortbeweegt op de hoogte van het rotoroppervlak van de windturbines; dat uit het onderzoek blijkt dat er slechts 3 soorten vleermuizen in het projectgebied voorkomen; dat het gebied dan ook een lage waarde heeft voor deze soortengroep; dat de Rosse vleermuis er niet voorkwam; dat de vrije slaghoogte van de windturbines voldoende hoog is om, gerelateerd aan de soortensamenstelling, een negatief effect te vermijden; dat de soortensamenstelling en de aangetroffen aantallen, in combinatie met het gekende en waargenomen terreingebruik van de soorten toelaten om dit besluit te nemen; dat bijkomende maatregelen niet noodzakelijk zijn en er geen schade te verwachten valt;

Overwegende dat volgende effecten en mogelijke milderende maatregelen in de bijkomende nota '(verscherpte) natuurtoets windturbines Waregem: eindbespreking' werden onderzocht in het deel effectbeoordeling algemene natuurtoets:

[...]

- effecten op (avi)fauna:

o verstoring door geluidshinder wordt als weinig tot niet relevant beoordeeld gezien het ontbreken van interessante foerageergebieden in de directe omgeving van de windturbines en het ontbreken van de aanwezigheid van bijzonder verstoringse gevoelige soorten;

o verstoring/beïnvloeding van broedvogels kan voor bepaalde soorten/soortgroepen enige invloed hebben; er zijn echter weinig indicaties dat er een negatief effect is voor kleinere zangvogels zoals Rietzanger, Rietgors, ...; uit voorzorgsprincipe is het wenselijk de werkzaamheden niet uit te voeren tijdens het broedseizoen;

o verstoring/beïnvloeding van pleisterende of overwinterende vogels: binnen een buffer van 250 m komen geen groepen pleisterende of overwinterende (water)vogels voor in het gebied, waardoor er hiervoor geen effect wordt verwacht; ook naar de toekomst toe zijn er geen wijzigingen in het gebied te verwachten;

o directe impact aanvaringsslachtoffers: gezien er geen trekroutes ter hoogte van het projectgebied voorkomen, zal het aantal aanvaringsslachtoffers zich beperken tot soorten die het gebied overvliegen (doortrekkende of bovenlokale vliegbewegingen); het gaat dan over algemene soorten die niet specifiek gerelateerd zijn aan het VEN-gebied en de waarden van dit gebied; om

aanvaringsslachtoffers te voorkomen wordt aangeraden de lichtbebakening (noodzakelijk in het kader van luchtvaartveiligheid) te laten bestaan uit (witte)pulserende lichten met een zo klein mogelijk aantal pulsen per minuut en met een zo laag mogelijke lichtintensiteit;

- o beïnvloeding van trekvogels/barrièrewerking: ongeveer 6 km ten noorden en 10 km ten zuiden van het projectgebied is er een seizoenale trekroute aanwezig; gezien de trekstromen meerdere kilometers breed kunnen zijn, kan een invloed op voorhand niet uitgesloten worden; gezien de geplande windturbines parallel met de dominerende trekrichting staan ingeplant, kan op basis van de huidige kennis gesteld worden dat dit de optimale oriëntatie is om barrièrewerking te voorkomen;

dat uit bovenvermeide elementen en de voorziene bijzondere voorwaarden blijkt dat er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan; dat bijgevolg wordt voldaan aan artikel 16 van het decreet voor Natuurbehoud;

Overwegende dat voor de VEN-toets aan de hand van een aantal vragen werd beoordeeld of er een onvermijdelijke/onherstelbare schade optreedt in het VEN-gebied; dat volgende vragen werden onderzocht:

- is er verandering?

[...]

- o de geluidsverstoring is tijdelijk tijdens de aanlegfase waardoor er geen negatieve effecten op de aanwezige fauna verwacht worden;

- o de effecten op de avifauna zullen niet in die mate zijn dat er schade optreedt aan het VEN-gebied

- o gelet op de hierboven vermelde conclusies van het vleermuizenonderzoek (hoogte wiken versus vlieghoogte vleermuizen), wordt er geen negatief effect verwacht op vleermuizen;

- is de verandering nadelig? de mogelijk te verwachten nadelige veranderingen worden ondervangen door het nemen van milderende maatregelen;

- is deze schade vermijdbaar (bijvoorbeeld qua uitvoering of locatie)? tijdens het vooronderzoek werd gezocht naar een locatie waarbij de mogelijke effecten tot een minimum beperkt blijven en (on)vermijdbare schade qua uitvoering/locatie ten aanzien van het VEN-gebied niet voorkomt; schade wordt vermeden door de wijze waarop het project wordt uitgevoerd;

- is deze verandering herstelbaar? [...] er worden bijgevolg geen blijvende negatieve effecten verwacht; schade zal niet optreden en de normale toestand zal herstellen; gezien er verder geen permanent negatieve effecten optreden op het VEN-gebied, dringen er zich geen herstelmaatregelen op;

[...]

Overwegende dat het ANB in haar advies van 16 januari 2015 de conclusie van de nota '(verscherpte) natuurtoets windturbines Waregem: eindbespreking' van 5 januari 2015 onderschrijft; dat het oprichten van 3 windturbines geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan het aanliggende VEN-gebied zal veroorzaken; dat bijgevolg voldaan is aan artikel 26bis van het decreet voor Natuurbehoud".

IV. Tussenkoms

4. De stad Waregem verzoekt om in het geding te mogen tussenkomen. Deze tussenkomst gebeurt ter ondersteuning van de verzoekende partijen.

5. Zoals de tussenkomende partij, de NV Aspiravi, terecht opmerkt, is dit slechts mogelijk indien het verzoek tot tussenkomst wordt ingediend binnen de termijn waarover men beschikt om een beroep tot nietigverklaring in te dienen.

Te dezen werd de bestreden beslissing op 24 april 2015 met een aangetekende zending ter kennis gebracht van het college van burgemeester en schepenen. De vraag tot tussenkomst van de verzoekende partij in tussenkomst werd pas gesteld op 12 oktober 2015. Dit is ruim na de termijn om een annulatieberoep in te dienen. Het verzoek tot tussenkomst is bijgevolg onontvankelijk.

V. Onderzoek van de middelen

Derde middel

Standpunten van de partijen

6. De verzoekende partijen voeren in het derde 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 (hierna: Vlarem I), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli

1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet), het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel betogen de verzoekende partijen dat aan het bestreden besluit nog steeds een adequate VEN-toets ontbreekt. Na het vernietigingsarrest wordt thans door de exploitant weliswaar een nieuwe verscherpte natuurtoets bij het dossier gevoegd, maar deze nota bevat volgens de verzoekende partijen in essentie slechts een bundeling van eerdere nota's, met verwerking van de resultaten van de monitoringcampagne inzake de vleermuizen, terwijl inzake vogels schijnbaar geen nader onderzoek werd uitgevoerd. In het bestreden besluit wordt deze nota integraal bijgevalen, om vervolgens te besluiten dat de exploitatie van de windturbines geen aanleiding zal geven tot een onvermijdbare en onherstelbare schade. Uit niets blijkt volgens hen dat de eindbespreking inzake vogels wil afwijken van de vorige studies. Waar er eerder een "beperkte negatieve impact" werd verwacht, besluit men thans dat er geen onvermijdbare schade zal optreden. Daarmee wordt gewoon abstractie gemaakt van de aanwezige avifauna. De verzoekende partijen bekritiseren de overweging dat de mobiele fauna die lokaal in het projectgebied en omgeving voorkomt "niet uitsluitend gelinkt kan worden aan het VEN-gebied" en dat het VEN-gebied niet de kern zou vormen van de vogelpopulaties, maar integendeel zou "opgaan in een groter gebied". Hiermee geven volgens de verzoekende partijen de aanvrager en de verwerende partij, die de conclusies van de eindbespreking overneemt zonder nog acht te slaan op de eerdere natuurtoets, een verkeerde invulling aan de VEN-toets. Dit is volgens de verzoekende partijen in strijd met het vernietigingsarrest van de Raad van State, dat net tot een nader onderzoek van de impact op de avifauna had moeten leiden. Daarbij wijzen zij er voorts op dat het bestreden besluit nog steeds verschillende indicaties bevat dat er wel degelijk onvermijdbare en onherstelbare schade kan optreden, onder meer inzake broedkolonies en de trekroute. Ook stellen zij dat men uit de bijkomende vleermuizenstudie weliswaar afleidt dat het risico voor deze dieren eerder beperkt wordt geacht, maar dat dit irrelevant is nu artikel 26bis van het natuurbehouddecreet geen kwantitatief criterium bevat en er in het bestreden besluit minstens niet wordt uitgelegd hoe de verwerende partij, in weerwil van de onderliggende natuurtoetsnota's, kon besluiten dat zich geen

onvermijdbare en onherstelbare schade zal voordoen. Het nieuwe advies van het Agentschap voor Natuur en Bos kan daaraan volgens hen niet verhelpen, nu daarin alleen wordt nagegaan of er vermijdbare schade aan de natuur kan optreden.

In een tweede middelonderdeel stellen de verzoekende partijen dat zowel uit de eerdere als de nieuwe natuurtoets en tevens uit de vleermuizenstudie de aanwezigheid van diverse beschermde vogelsoorten en vleermuizen blijkt en dat tevens een “(mogelijks beperkt) negatieve impact” wordt onderkend. In het bestreden besluit wordt dienaangaand louter geconcludeerd dat “de effecten op de avifauna [...] niet in die mate [zullen] zijn dat er schade optreedt aan het VEN-gebied” en dat “er geen negatief effect verwacht [wordt] op vleermuizen”. In het bestreden besluit ontbreekt volgens de verzoekende partijen evenwel 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.

7. De verwerende partij repliceert betreffende het eerste middelonderdeel dat de verzoekende partijen ten onrechte laten uitschijnen dat de bijkomende natuurtoets eenvoudigweg abstractie zou maken van de aanwezige avifauna om tot een andersluidende conclusie te komen dan in de natuurtoets van 4 oktober 2011, terwijl de bijkomende nota integendeel opheldering brengt inzake de effecten op avifauna. De aanvankelijke nota benadrukt volgens haar onvoldoende het onderscheid tussen het verschil van de impact van de exploitatie op de natuurwaarden in het algemeen, buiten de specifieke natuurwaarden binnen het VEN, en deze op de natuurwaarden binnen het VEN, hetgeen aanleiding heeft gegeven tot de foutieve conclusie dat er van de exploitatie een beperkte negatieve impact zou uitgaan op vogels in het VEN - redenering die de basis vormt voor het vernietigingsarrest. In de nieuwe nota wordt helemaal geen abstractie gemaakt van de aanwezige avifauna, maar zou er verduidelijkt worden dat het vogels betreft die lokaal aanwezig zijn in het gehele projectgebied en de omgeving ervan, en niet uitsluitend aan het VEN-gebied zijn gelinkt maar van een veel groter gebied dan

het VEN-gebied gebruik maken, waarbij het VEN-gebied zelfs niet eens de kern van de populaties bevat. Op deze grond wordt volgens de verwerende partij besloten dat de eerder ingeschatte relatief beperkte negatieve impact op vogels niet aan het VEN of de waarden van het VEN-gebied is gerelateerd, maar betrekking heeft op vogels die het gehele projectgebied overvliegen. Waar de betrokken vogels geen verband houden met het VEN, wordt volgens haar evenmin een verkeerde invulling gegeven aan de VEN-toets, hetgeen trouwens ook de conclusie is van het Agentschap voor Natuur en Bos.

Het uitgevoerde vleermuizenonderzoek wijst volgens de verwerende partij voorts uit dat er in het plangebied slechts drie soorten vleermuizen voorkomen, en dat de vrije slaghoogte van de windturbines voldoende hoog is om, gerelateerd aan de soortensamenstelling, een negatief effect te vermijden, zodat er ook op dit vlak geen schade wordt verwacht aan het VEN-gebied.

Inzake het tweede middelonderdeel stelt de verwerende partij dat er geen sprake van is dat vogels en vleermuizen opzettelijk zouden worden gedood, gevangen of betekenisvol verstoord. Daarbij is het volgens haar niet zo dat er zich absoluut geen geïsoleerde aanvaringsslachtoffers zouden mogen kunnen voordoen wat vogels of vleermuizen uit de omgeving van het projectgebied betreft, maar moeten er enkel afdoende maatregelen worden getroffen om de kans op schadelijke effecten op het aanwezige vogel- en vleermuizenbestand te minimaliseren, hetgeen te dezen ook is gebeurd.

8. De tussenkomende partij betoogt in essentie, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met de initiële verscherpte natuurtoets, het gunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos, de bijkomende nota (verscherpte) natuurtoets van 5 januari 2015 en het bijkomend gunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos. Ook de tussenkomende partij is van mening dat de verzoekende partijen ten onrechte beweren dat de verwerende partij abstractie zou maken van de aanwezige avifauna

en in strijd met het vernietigingsarrest zou handelen. Net als de verwerende partij meent de tussenkomende partij dat de bijkomende nota de mogelijke effecten op de avifauna preciseert. De tussenkomende partij merkt daarbij ook op dat de betrokken avifauna niet zozeer aan het VEN gelinkt is, maar algemeen in de ruime omgeving voorkomt, dus buiten het VEN-gebied. Er wordt volgens haar dan ook terecht geoordeeld dat er geen onvermijdbare of onherstelbare schade aan de natuur in het VEN-gebied zal worden veroorzaakt. De verzoekende partijen tonen volgens haar niet aan dat de bijkomende nota niet deugt.

Aangaande het tweede middelonderdeel repliceert de tussenkomende partij dat niet elke verstoring van een beschermde diersoort verboden is, maar 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 geen schade zal optreden voor de avifauna, noch voor de vleermuizen, en er evenmin bijkomende maatregelen noodzakelijk zijn, is er volgens haar geen sprake van een wezenlijke verstoring van beschermde diersoorten. Door in dit verband te steunen op de eerdere en bijkomende natuurtoets en de gunstige adviezen van het Agentschap voor Natuur en Bos, is de beslissing volgens haar dan ook afdoende gemotiveerd.

9. In haar laatste memorie voegt de verwerende partij toe dat in het verslag van het vleermuizenonderzoek wordt besloten dat maatregelen om de impact op vleermuizen te vermijden zich niet opdringen en bijgevolg niet nodig zijn.

10. De tussenkomende partij voegt in haar laatste memorie in verband met het eerste onderdeel nog een bijkomende nota van 3 augustus 2016 toe “(Verscherpte) natuurtoets windturbines Waregem: duiding i.r.t. procedure Raad van State”.

In dit stuk wordt volgens de tussenkomende partij nogmaals duiding gegeven bij eerdere nota’s die naar aanleiding van de

milieuvergunningsaanvraag werden opgesteld en wordt betoogd “dat er geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN zal veroorzaakt worden ingevolge het windturbinepark, waarbij de eerdere vaststelling in de nota’s van 2011 en 2013 dat er een beperkte negatieve impact kan zijn op de avifauna en de vleermuizen, aan voormelde vastelling geen afbreuk doet, en integendeel voorzorgsmaatregelen worden genomen die garanderen dat onvermijdbare en onherstelbare schade onbestaande is en vermeden wordt”.

In onderschikte orde wenst de tussenkomende partij “de grondwettigheid van de VEN-toets overeenkomstig art. 26bis van het natuurbehouddecreet in vraag te stellen voor zover deze toets geen onderscheid maakt tussen significante effecten en niet-significante effecten bij de beoordeling of er al dan niet een vergunning kan verleend worden”. Zij stelt voor om dienaangaande volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

“Schendt artikel 26bis van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin dat deze bepaling er zich tegen verzet dat er een vergunning wordt verleend voor activiteiten die, rekening houdende met de milderende maatregelen, slechts relatief beperkte en alleszins weinig en/of niet-betekenisvolle negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in een VEN-gebied, terwijl overeenkomstig artikel 36ter van hetzelfde decreet in de speciale beschermingszones aangeduid in het kader van de Habitat- en Vogelrichtlijn slechts een principieel verbod bestaat om een vergunning te verlenen ingeval er sprake is van een ‘betekenisvolle aantasting’ van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone?”

In verband met het tweede onderdeel verwijst zij naar een arrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 30 juni 2016 waarin deze Raad, met verwijzing naar een lokalisatienota en naar “de verschillende adviezen van het Agentschap voor Natuur en Bos waarin de resultaten van de studie van Antea worden onderschreven”, een schending van artikel 10, § 1, van het soortenbesluit verwerpt “nu [...] uit het aanvraagdossier afdoende blijkt dat er wel degelijk werd nagegaan of de windturbines de leefwereld van de beschermde vogels ernstig zullen verstoren”.

Beoordeling

11. Artikel 26bis, eerste lid, van het natuurbehouddecreet luidt als volgt:

“De overheid mag geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

Als voor een activiteit een kennisgeving of melding aan de overheid vereist is, dient door de kennisgever worden aangetoond dat de activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken. Wanneer de kennisgever dit niet gedaan heeft, dient de betrokken overheid zelf te onderzoeken of de activiteit onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken. Wanneer dit het geval is, wordt dit door de overheid aan de kennisgever medegedeeld bij ter post aangetekende brief binnen de eventuele wachttermijn voor het uitvoeren van de activiteit voorzien in de wetgeving in het kader waarvan de kennisgeving of de melding gebeurt of bij gebreke daaraan binnen dertig dagen na de kennisgeving of melding. De kennisgever mag pas starten met de uitvoering van de betrokken activiteit wanneer voormelde termijn verstreken is zonder dat hij een voormeld bericht van de overheid heeft ontvangen.

De Vlaamse regering kan bepalen hoe moet aangetoond worden dat een activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken”.

Waar in het eerdere vergunningsbesluit van 16 november 2012 nog werd overwogen dat “de negatieve impact op de vogels relatief beperkt zal blijven”, luidt het thans in de bestreden beslissing in essentie dat de effecten op de avifauna niet in die mate zullen optreden dat er schade wordt verwacht aan het VEN-gebied. Dat er daarmee een verschillende visie wordt gehanteerd, wordt door zowel het bestuur als de exploitant toegeschreven aan het feit dat de bijkomende natuurtoets de effecten op avifauna verduidelijkt. Inzonderheid zou thans, in tegenstelling tot in de eerdere studie, een onderscheid zijn gemaakt tussen het verschil van de impact van de exploitatie op de natuurwaarden in het algemeen en deze op de natuurwaarden binnen het VEN, hetgeen heeft geleid tot de vaststelling dat de eerder ingeschatte relatief beperkte negatieve impact op vogels niet aan het VEN of de waarden van het VEN-gebied is gerelateerd, maar betrekking heeft op vogels die het gehele projectgebied overvliegen.

Deze uitleg vindt evenwel geen steun in de stukken van het administratief dossier.

In de bijkomende nota van 5 januari 2015 zelf wordt aangegeven dat deze slechts een samenvatting betreft van de eerdere natuurtoets van 4 oktober 2011 en het recent uitgevoerde vleermuizenonderzoek, en dit zonder dat er nieuw onderzoek naar het vogelbestand in en rond het VEN-gebied zou zijn gevoerd. Daarnaast hanteren de beide nota's een vergelijkbare structuur, waarbij telkens plaats is voor een evaluatie van de effecten ten gevolge van de aanleg en de exploitatie van de windturbines alsmede voor een VEN-toets, zij het dat die in de oorspronkelijke nota "natuurtoets" wordt genoemd. Bijgevolg ligt geen op objectieve feitelijke gegevens gesteunde verklaring voor dat het opmerkelijk verschil in uitgangspunt betreffende de effecten op de avifauna in het VEN-gebied zou kunnen verklaren.

Bovendien kan, in tegenstelling tot wat het bestreden besluit wel doet, uit de tweede nota niet zonder meer worden afgeleid dat de eerder ingeschatte relatief beperkte negatieve impact op vogels niet aan het VEN of de waarden van het VEN-gebied is gerelateerd, nu in deze nota ietwat genuanceerder wordt gesteld dat de mobiele fauna niet uitsluitend aan het VEN-gebied is gelinkt. Hoe evenwel dit kenmerk van niet-exclusiviteit zich desgevallend verhoudt tot het voorschrift van artikel 26bis van het natuurbehouddecreet waaruit volgt dat de overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken, wordt in het bestreden besluit niet nader gemotiveerd.

In het bestreden besluit wordt voorts overwogen dat er evenmin een negatief effect wordt verwacht op vleermuizen. Op een andermaal meer genuanceerde manier luidt het echter in het op 15 oktober 2013 uitgevoerde vleermuizenonderzoek "dat de aanvaringskansen / het risico voor vleermuizen in de projectzone vrij beperkt zal zijn". De impact op de vleermuizen in het VEN wordt

aldus niet betrokken op het decisieve criterium van artikel 26bis van het natuurbehouddecreet inzake onvermijdbare en onherstelbare schade. In het eerdere vernietigingsarrest werd nochtans al aangegeven dat de beperkte mate van een impact daarbij niet terzake doet, nu een dergelijke drempel niet in het decreet werd ingeschreven.

De tussenkomende partij was eerder dan in de laatste memorie in de mogelijkheid om de Raad van State te verzoeken de in dat processtuk gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof voor te leggen. Het verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag moet ter wille van de vereiste van de wapengelijkheid van de procespartijen, de verplichting tot loyale procesvoering en om proceseconomische redenen, in limine litis worden geformuleerd, minstens in het eerste processtuk waarin de bedoelde partij dit nuttig vermag te doen, zodat het als dilatoir voorkomt dat partijen, wanneer zij op het einde van de procedure vaststellen, bijvoorbeeld na ontvangst van het auditoraatsverslag, dat zij op grond van een bepaalde norm, die van in den beginne in het geding betrokken was - en die overigens reeds ter sprake kwam in arrest nr. 229.129 van 13 november 2014 - , het proces dreigen te verliezen, verzoeken de definitieve behandeling van de zaak nogmaals voor geruime tijd uit te stellen, middels het raadplegen van het Grondwettelijk Hof over die bepaalde wettekst. Alleen al om die reden wordt niet ingegaan op het verzoek van de tussenkomende partij tot het stellen van de prejudiciële vraag.

Het derde middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 19 april 2015 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van 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 een rolrecht van 600 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, verschuldigd aan de verzoekende partijen.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

De verzoekende partij in tussenkomst wordt verwezen in de kosten van het verzoek tot tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend zeventien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys