

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 242.513 van 4 oktober 2018  
in de zaak A. 218.298/VII-39.608.**

In zake :           1. Wim DELVOYE  
                      2. de NV DELVOYE ART  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaat Gwijde Vermeire  
                      kantoor houdend te 9000 Gent  
                      Voskenslaan 301  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de DEPUTATIE VAN DE PROVINCIERAAD  
VAN OOST-VLAANDEREN

Tussenkomende partij :  
                      de NV EDF LUMINUS  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaten Jos Timmermans en Jo Blockeel  
                      kantoor houdend te 9300 Aalst  
                      Leo de Béthunelaan 46  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1.               Het beroep, ingesteld op 5 februari 2016, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 26 november 2015 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren van 8 juni 2015, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de NV EDF Luminus voor het exploiteren van een windturbine, gelegen langsheen de E40 te Wetteren, deels wordt ingewilligd en de beroepen beslissing wordt bevestigd mits toevoeging van een bijzondere voorwaarde.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 4 april 2016. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Rita Van Den Eeckhout heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2018.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gwijde Vermeire, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Jo Blockeel, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Rita Van Den Eeckhout 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. Op 30 januari 2015 dient de NV EDF Luminus bij de gemeente Wetteren een milieuvergunningsaanvraag in voor het exploiteren van een windturbine op de kadastrale percelen Wetteren, 1ste afdeling, sectie G, nrs. 1310/c, 1312/c en 1316/a.

De percelen zijn volgens het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 vastgestelde gewestplan Gentse en Kanaalzone gelegen in agrarisch gebied.

De percelen situeren zich op 220 meter aan de zuidzijde van de spoorlijn Brussel - Gent en op 230 meter aan de noordzijde van de E40 ter hoogte van de drie bestaande windturbines aan de zuidzijde van diezelfde autosnelweg.

Aan de noordzijde van de genoemde spoorlijn bevindt zich het bij ministerieel besluit van 9 november 1994 als monument beschermde kasteel De Bueren (Kasteel van Kwatrecht) aan de Kalverhagestraat 1-3 te Melle op ongeveer 1.250 meter van de vergunde windturbine waartussen volgens het bestreden besluit “geen echt ruimtelijk-visuele buffers aanwezig zijn, met uitzondering van een kleiner bosfragment en de spoorlijn”.

3.2. Tijdens het openbaar onderzoek, dat gevoerd wordt van 9 maart tot 8 april 2015, worden acht bezwaren ingediend.

De bezwaren hebben onder meer betrekking op de “MER-plicht wegens meer dan 4 windturbines (windpark van 6 windturbines) en [...] aanzienlijke milieueffecten”, de “haakse ligging van de windturbines op een belangrijke seizoenstrekroute voor vogels” en “het [verhoogde] risico op aanvaring” en de natuurtoets “m.b.t. de vleermuizen [die] onvoldoende onderbouwd” is.

3.3. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Melle verleent een ongunstig advies. Het directoraat-generaal van de Luchtvaart verleent een voorwaardelijk gunstig advies. Het Agentschap voor Natuur en Bos (hierna: ANB) verleent eveneens een voorwaardelijk gunstig advies. De dienst Leefmilieu van de gemeente Wetteren verleent een gunstig advies voor de windturbine en een ongunstig advies voor de grondbemaling.

3.4. Bij besluit van 8 juni 2015 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren de milieuvergunning voor de exploitatie van de windturbine en weigert het de vergunning voor de grondbemaling.

Het college overweegt onder meer wat volgt:

#### “Natuurtoets

In hoofdstuk 12 van de lokalisatienota worden de natuurelementen in de omgeving van het geplande windturbinepark besproken. De lokalisatienota bevat in bijlage een natuurtoets. Niet enkel de impact van de windturbine uit voorliggende aanvraag wordt besproken, maar de impact van het volledige nieuwe windturbinepark (3 identieke windturbines).

De dichtstbijzijnde speciale beschermingszone is gelegen op zo'n 1.300 m ten westen van de windturbine, nl. het habitatrichtlijngebied 'Bossen van het zuidoosten van de Zandleemstreek'. Dit gebied is deels aangeduid als VEN-gebied, meer bepaald het GEN-gebied 'De Oosterzeelse bossen'. Er wordt verwacht dat de windturbine geen negatieve invloed zal hebben op dit habitatgebied, met uitzondering van de trekroute van vleermuizen naar dit gebied.

Er is geen vogelrichtlijngebied in de nabijheid noch in de ruime omgeving gesitueerd.

Op zo'n 1,6 km ten noordoosten van de windturbines is het erkend natuurreservaat 'Bastenakkers' gelegen. Er wordt verwacht dat de windturbine geen negatieve invloed zal hebben op dit natuurreservaat.

De windturbines worden ingeplant op percelen die momenteel gebruikt worden als akker- en/of weiland. Volgens de Biologische Waarderingskaarten worden de percelen uit voorliggende aanvraag aangeduid als biologisch minder.

#### Vogels:

Volgens de Vlaamse Risico-atlas Vogels-Windturbines is het windturbinepark gelegen binnen een risicoklasse 2 - en dit omwille van de ligging t.h.v. een seizoenstrekroute rivier-landschap. Het belang van deze route, de exacte ligging en het aantal vliegbewegingen werd onderzocht in een afzonderlijke studie.

In de lokalisatienota vermeldt dat er in de omgeving van de projectzone geen belangrijke slaapplekken of broedgebieden zijn, noch een slaaptrekroute of voedseltrekroute. In het advies van ANB staat echter dat de trekroute ook in beperkte mate als slaap- voedseltrekroute dient voor Kokmeeuw en houtduif. Gezien de ligging van de windturbine in deze seizoenstrekroute wordt verondersteld dat er een reëel aanvaringsrisico is. I.k.v. de natuurtoets werd getracht om de exacte aanvaringsrisico's op basis van gerichte tellingen en door middel van gespecialiseerde rekenmodules in te schatten. Uit de studie blijkt dat de plaatsing van (bijkomende) windturbines op de voorgestelde locatie de kans op aanvaring zal doen toenemen. De berekening geeft aan dat er zo'n 100 dode vogels te verwachten zijn ten gevolge van de 6 windturbines samen (3 bestaande + 3 geplande, cumulatief effect). Indien er meer vogels zouden passeren en/of bij slechtere weersomstandigheden, kan dit oplopen tot ca. 250 slachtoffers. Op populatieniveau betekent dit dat het gehele windturbinepark voor 0,08% tot 0,2% extra sterfte bovenop de natuurlijke sterfte zal zorgen, met een variatie van 0,07 tot 0,75% afhankelijk van de soortengroep (grote roofvogels, reigers en aalscholvers). (In de tabel op p. 81 van het verkennend onderzoek vliegroutes avifauna staat een rekenfout: de cijfers in de laatste kolom moeten gedeeld worden door 100 - info ANB en studiebureau Grontmij). Doorgaans wordt een cijfer van minder dan 1% als 'aanvaardbaar' beschouwd, afhankelijk van de gunstige staat van instandhouding van de soort.

In de natuurtoets wordt gesteld dat er ook een (negatieve) invloed te verwachten is op inname van broed- en pleistergebied.

ANB stelt in haar advies: 'Het is aangewezen een monitoring te doen van de eventuele slachtoffers van de 6 windmolens samen gedurende de trekperiode. Op deze manier kan nagegaan worden hoeveel vogels alsook welk soort vogels slachtoffer zijn van de windmolens. Indien blijkt dat de windmolens voor een bepaalde soort een significante impact hebben, dienen milderende maatregelen uitgevoerd te worden. Deze milderende maatregelen kunnen inhouden dat de windmolens tijdelijk worden stil gelegd tijdens sterke trek.'

#### Vleermuizen:

In de nabijheid van de locatie van de windturbines bevindt zich een winterverblijfplaats van vleermuizen in de ijskelder van kasteel de Bueren. De omgeving wordt gekenmerkt door houtkanten en bomenrijen, lijnvormige elementen die fungeren als belangrijk jachtgebied voor o.m. Dwergvleermuis, Baardvleermuis en Rosse vleermuis.

In 2014 werden gerichte vleermuistellingen uitgevoerd in de omgeving van de geplande windturbines. In de directe omgeving van de locaties van de 2 windturbines op grondgebied Melle komen verschillende soorten vleermuizen voor. Er wordt gefoerageerd in de bomenrijen, bosjes en houtkanten die rondom deze twee windturbines staan. Ook vliegroutes passeren langs deze locaties. Voor verbindings- en trekroutes wordt een buffer van 200 m aangeraden (rapport van het INBO 'Risico's voor vogels en vleermuizen bij geplande windturbines in Vlaanderen: Dynamisch beslissingskader van 2011'). Uit figuur 12-6 van de lokalisatienota blijkt dat de windturbine op Wetters grondgebied op zo'n 180 m afstand ligt van de waargenomen vliegroutes en

verbindingroutes. De vliegroutes kruisen de windmolen niet. Er mag verwacht worden dat de impact van deze windturbine op vleermuizen beperkt zal zijn.

In het 'plan-MER Inplanting windturbines in zoekzone E40 van Aalter tot Aalst' dat opgemaakt werd in het kader van de opmaak van het provinciaal RUP worden de effecten op de faunasoorten in de cluster Windakker Melle als significant negatief (-3) beoordeeld.

In de natuurtoets worden m.b.t. de vogels en vleermuizen volgende milderende maatregelen voorgesteld:

- het aanbrengen van opvallende patronen op de wieken;
- lichtbebakening met minimale effecten op avifauna;
- andere mogelijkheden, zoals het werken met UV- of laserlicht, speciale coatings op de wieken ter afschrikking moeten nog onderzocht worden;
- vermijden van de aanleg van bijkomende, voor vleermuizen aantrekkelijke landschapsstructuren in de directe omgeving van de windturbines;
- gebruik van ultrasone geluiden;
- verplaatsing van het foerageer- en trekgebied van de vleermuizen door aanplant van bomen;
- programmering van de windturbines in bepaalde periodes, bij bepaalde weersomstandigheden zodat deze sterk vertraagd draaien ofwel niet draaien.

Verder wordt in de natuurtoets gesteld dat het aangewezen is na de bouw van de turbines het gehele park te monitoren m.b.t. aanvaringsslachtoffers teneinde een meer accurate inschatting van het aantal effectieve aanvaringsslachtoffers te maken. Indien nodig kunnen extra maatregelen genomen worden. De turbines kunnen zo geprogrammeerd worden dat ze ofwel niet ofwel sterk verminderd draaien, zodat aanvaringskans sterk verminderd wordt (tot 95%).

#### Monitoringsplan:

De aanvrager heeft in de loop van de procedure (na openbaar onderzoek) een monitoringsplan ingediend, dat werd geëvalueerd door ANB.

In het monitoringsplan wordt voorzien om tellingen van slachtoffers uit te voeren in de periode 15 juli - 30 oktober, gedurende jaar 1, jaar 2 en jaar 5 na de inwerkingtreding van de windmolens. De frequentie en methodiek worden in het monitoringsplan beschreven.

Bij een monitoring naar slachtoffers zijn correctiefactoren op de effectief gevonden slachtoffers noodzakelijk. Op die manier kan een betere inschatting gemaakt worden van het werkelijk aantal slachtoffers. Voor avifauna dient een correctiefactor gebruikt te worden die afhankelijk is van predatie, zoekefficiëntie en zoekoppervlakte. Voor vleermuizen zijn deze parameters veel moeilijker te bepalen, er dient wel een correctiefactor gebruikt te worden voor beschikbaar zoekoppervlakte. Indien blijkt dat de windmolens een significante impact hebben op een soort, zullen de in de natuurtoets vermelde milderende maatregelen voor avifauna en vleermuizen toegepast worden.

Het advies van het Agentschap voor Natuur en Bos (8.6.2015) over voorliggende milieuvergunningaanvraag is gunstig mits naleving van een aantal voorwaarden (zie punt 13 Adviezen). Er wordt geadviseerd om de

voorwaarden van ANB als bijzondere voorwaarden op te nemen in de milieuvergunning”

en

“[...]

- MER-plicht wegens meer dan 4 windturbines (windpark van 6 windturbines) en gelet op de aanzienlijke milieueffecten; uit de lokalisatienota en zijn bijlagen blijkt dat er wel degelijk mogelijk of zekere significante impact op het milieu te verwachten is, zodat een project-MER vereist is (significant effect op vleermuizen en vogels);

Het dossier bevat een uitgebreide lokalisatiestudie met geluidsstudie, slagschaduwstudie, radarstudie en veiligheidsstudie, die samen met de project-MER-screeningsnota beoordeeld werden. Uit de beoordeling blijkt dat er geen project-MER dient te worden opgemaakt. Uit het plan-MER dat opgemaakt werd in het kader van de opmaak van het provinciaal RUP ‘Windlandschap E40 tussen Aalter en Aalst’ blijkt wel dat de impact op fauna significant negatief is (-3). Daarom heeft de exploitant een natuurtoets opgemaakt en heeft deze aangevuld met verkennende studies naar vliegroutes van avifauna en de aanwezigheid van vleermuizen. Uit beide studies blijkt dat bijkomende monitoring dient te gebeuren en dat op basis van deze resultaten de nodige milderende maatregelen dienen voorzien te worden. De exploitant heeft een monitoringsplan ingediend. Het ANB heeft het monitoringsplan geëvalueerd en heeft een gunstig advies gegeven over voorliggende milieuvergunningsaanvraag mits naleving van een aantal voorwaarden”.

Een bijzondere voorwaarde van de milieuvergunning is het uitvoeren van het door de exploitant ingediende monitoringsplan:

“10 Natuur - monitoringsplan

Het door de exploitant ingediende monitoringsplan (2.6.2015) dient uitgevoerd te worden.

- Er wordt voor het aantal vogelslachtoffers rekening gehouden met een correctiefactor bepaald aan de hand van predatieonderzoek, zoek efficiëntie en zoeklocatie.
- Er wordt voor het aantal vleermuizenslachtoffers rekening gehouden met een correctiefactor voor beschikbaar zoekoppervlak.
- Voor de avifauna worden de resultaten voor alle windmolens samen bekeken en bij significant effect zullen de windmolens tijdens de periode van de trek stil gelegd worden.
- Voor de vleermuizen zal een windmolen worden stilgelegd zoals aangegeven in de natuurtoets vanaf 3 vleermuizenslachtoffers (gevonden incl. correctiefactor zoekoppervlak).

- Het monitoringsrapport dient op 1 december na elke monitoringsperiode aan het Agentschap voor Natuur en Bos bezorgd te worden.
- Van zodra een vleermuizenslachtoffer wordt gevonden, wordt het Agentschap voor Natuur en Bos hiervan op de hoogte gebracht.
- Indien de milderende maatregelen voor de vleermuizen onmiddellijk worden toegepast dient voor de vleermuizen geen monitoring uitgevoerd te worden”.

3.5. Tegen deze vergunningsbeslissing dienen zowel de verzoekende partijen als de gemeente Melle een bestuurlijk beroep in bij de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen (hierna: deputatie).

De gemeente Melle doet vervolgens afstand van haar beroep.

3.6. ANB verleent op 30 september 2015 een voorwaardelijk gunstig advies:

“Avifauna:

Volgens de Vlaamse risicoatlas vogels-windturbines (Everaert et al. 2011) is de inplanting van de windturbines voorzien in een seizoenstrekroute rivier-landschap. De turbines zijn gelegen in risico klasse 2 (risico).

Bij tellingen uitgevoerd in opdracht van de aanvrager werd deze trekroute bevestigd. Daarnaast blijkt deze route ook in beperkte mate als slaap-voedseltrekroute te dienen voor Kokmeeuw en houtduif. Tijdens de 36 teluren werden bijna 20000 vogels geteld, waaronder ook bijzondere soorten zoals Bokje, Grote Zilverreiger, Boomleeuwerik, Goudplevier, Bruine Kiekendief en Slechtvalk (de vijf laatste zijn tevens opgenomen in Bijlage I van de Europese Vogelrichtlijn).

De berekening in het model van de Scottish Natural Heritage geeft aan dat op jaarbasis 100 dode vogels worden verwacht bij de 6 windturbines samen. Dit kan oplopen tot 250 slachtoffers naargelang van de omstandigheden. Het windturbinepark kan voor 0,008 tot 0,02 %, met een variatie van 0,007 tot 0,075% extra sterfte bovenop natuurlijke sterfte zorgen, 1% wordt als aanvaardbaar beschouwd. (In de tabel op p81 van het verkennend onderzoek vliegroutes avifauna staat een rekenfout alle cijfers in de laatste kolom dienen gedeeld te worden door 100.)

Er worden geen significante effecten verwacht op avifauna. Gezien deze vogeltrekroute zeer in trek is bij een zeer grote groep vogels, zowel in aantal als soorten is een monitoring van de eventuele slachtoffers van de 6 windmolens samen gedurende de trekperiode aangewezen. Op deze manier kan nagegaan worden hoeveel vogels alsook welk soort vogels eventueel slachtoffer zijn van de windmolens. Indien blijkt dat de windmolens voor een bepaalde soort een

significante impact hebben, dienen milderende maatregelen uitgevoerd te worden. Deze milderende maatregelen kunnen inhouden dat de windmolens tijdelijk worden stil gelegd tijdens sterke trek.

#### Vleermuizen:

In de nabijheid van de locatie van de windturbines bevindt zich een winterverblijfplaats van vleermuizen in de ijskelder van kasteel de Bueren.

Er werden op vraag van ANB tellingen uitgevoerd naar de aanwezigheid van vleermuizen op de locaties van de toekomstige windturbines. Deze tellingen uitgevoerd op 2 dagen wijzen erop dat verschillende soorten vleermuizen, waaronder de Gewone dwergvleermuis, de Rosse vleermuis en de Grootoorvleermuis voorkomen in de directe omgeving van de locaties van WT01 en WT02. Zo wordt er veel gefoerageerd in de bomenrijen, bosjes en houtkanten die rond beide toekomstige turbines staan. Ook vliegroutes passeren langs deze locaties.

Het rapport van het INBO 'Risico's voor vogels en vleermuizen bij geplande windturbines in Vlaanderen: Dynamisch beslissingskader van 2011' geeft aan dat mogelijke risico-zones best vermeden worden. Er wordt aangeraden een buffer te voorzien van 200 m rond, voor foerageren aantrekkelijke, landschapselementen. Gezien in de natuurtoets is aangetoond dat de vleermuizen wel degelijk in deze kleine landschapselementen foerageren werd gevraagd om na te gaan om WT01 en WT02 te verplaatsen. Omwille van bewoning en milieu-impact is het niet mogelijk de turbines in westelijke richting op te schuiven.

In de natuurtoets wordt gesteld dat er weinig kans is tot aanvaring en mortaliteit gezien de hoogte van de windturbines. De milderende maatregelen die voorgesteld worden zijn ultrasoon geluid en aanplanten van KLE's om de vleermuizen om te leiden. Deze milderende maatregelen worden verder niet toegelicht of uitgewerkt. Het afweren van vleermuizen door ultrasoon geluid zit momenteel nog in een testfase en is momenteel nog niet aan te raden om reeds als milderende maatregel te gebruiken.

Aan de bestaande windmolens werden reeds enkele dode exemplaren van vleermuizen gevonden waarvan met zekerheid kan gesteld worden dat ze slachtoffer werden van de windmolens. Er kan verwacht worden dat ook de nieuwe windmolens vleermuizenslachtoffers gaan maken. De nieuwe windmolens zijn hoger maar voor o.a. de Rosse vleermuis en de Gewone dwergvleermuis vliegen ook tot 150 m hoogte. Waardoor er reëel gevaar is tot aanvaring.

De aanvrager stelt dat na plaatsing van de windturbines monitoring zal plaatsvinden en zullen er indien nodig extra maatregelen worden genomen. De turbines kunnen zo geprogrammeerd worden dat ze ofwel niet ofwel sterk verminderd draaien zodat aanvaringskans sterk verminderd wordt, tot 95%. Volgende cumulatieve voorwaarden worden hiervoor gebruikt:

1. Buitentemperatuur minimum 10°C op vlieghoogte;
2. Windsnelheid lager dan 6m/sec (21,6 km/u) gemeten op rotorhoogte;
3. Er geen zware neerslag is (<5mm/u)
4. Periode tussen half maart en eind oktober.

In het voor of najaar kunnen de turbines worden stilgelegd van zonsondergang tot ongeveer 2-3 uur na zonsondergang en van 2u voor zonsopgang tot 0,5 u na zonsopgang. In de periode juni-juli blijven de turbines inactief gedurende de gehele nacht (bij ondergaan zon officiële tijd tot zonsopgang). Gedurende de winterperiode (november - half maart) dienen geen beperkende maatregelen getroffen te worden.

#### Monitoringsplan (WT01, WT02 en WT03)

Op 2 juni 2015 werd een monitoringsplan aan ANB doorgemailed (zie bijlage). In dit monitoringsplan wordt voorzien om tellingen van slachtoffers uit te voeren in de periode 15 juli - 30 oktober, gedurende jaar 1, jaar 2 en jaar 5 na de inwerkingtreding van de windmolens. De frequentie en methodiek worden in het monitoringsplan beschreven.

Er wordt gesteld dat gezien het Agentschap voor Natuur en Bos ook een monitoring van WT03 wenst enkel WT01 en WT03 zullen worden gemonitord en er extrapolatie zal plaatsvinden voor WT02. Gezien voor de vleermuizen milderende maatregelen per molen zullen opgelegd worden in relatie met gevonden slachtoffers, dienen alle 3 de windmolens gemonitord te worden.

Bij een monitoring naar slachtoffers zijn correctiefactoren op de effectief gevonden slachtoffers noodzakelijk. Op die manier kan een betere inschatting gemaakt worden van het werkelijk aantal slachtoffers.

Voor avifauna dient een correctiefactor gebruikt te worden die afhankelijk is van predatie, zoekefficiëntie en zoekoppervlakte. Voor vleermuizen zijn deze parameters veel moeilijker te bepalen, er dient wel een correctiefactor gebruikt te worden voor beschikbaar zoekoppervlakte.

Indien blijkt dat de windmolens een significante impact hebben op een soort zullen de in de natuurtoets vermelde milderende maatregelen voor avifauna en vleermuizen toegepast worden. Voor avifauna dienen de resultaten van de 6 windmolens samen (3 bestaande en 3 nieuwe) in het model van de Scottish Natural Heritage gebruikt te worden om na te gaan of de impact significant is. De milderende maatregelen dienen voor alle windmolens samen toegepast te worden.

Voor vleermuizen dienen de milderende maatregelen toegepast te worden van zodra per molen 3 slachtoffers (gevonden inclusief correctiefactor zoekoppervlakte), gevonden worden. Dit is gebaseerd op een uitspraak in een recente wetenschappelijke paper:

‘Een maximum van jaarlijks 2 vleermuisslachtoffers per windturbine is een veel gebruikt advies, (Voigt et al., 2015). Voigt C.C., Lehnert L.S., Petersons G., Adorf F.& Bach L. (2015). Wildlife and renewable energy; German politics cross migratory bats. European Journal of Wildlife Research, DOI 10.1007/s10344-015-0903-y (online first).

Indien de milderende maatregelen voor de vleermuizen onmiddellijk worden genomen dient geen monitoring naar vleermuizenslachtoffers plaats te vinden. Voor de avifauna blijft de monitoring noodzakelijk.

Het rapport van het monitoringsplan dient op 1 december na elke monitoringsperiode aan ANB overhandigd te worden. Bij het vinden van vleermuizenslachtoffers dient ANB onmiddellijk op de hoogte gebracht te worden.

In het advies dd. 31/03/2015 voor de vergunningsaanvraag van ENECO voor de windmolens WT01 en WT02 (ref AVES/JV/MIL/MEL/15.911) van het agentschap voor Natuur en Bos werd ook gevraagd de 3 reeds bestaande windmolens op te nemen in de monitoring. Ondertussen blijkt dat deze zullen gemonitord worden door de exploitant van deze windmolens”.

3.7. De afdeling Milieuvergunningen stelt op 10 september 2015 voor de vergunning te weigeren op grond van volgende bespreking:

“De aanvraag voor de windturbine diende o.i. samen met de 2 andere turbines, aangevraagd door Eneco Wind Belgium nv, behandeld te worden als een klasse-1 aanvraag.

Het betreft hier nl. een MTE - milieutechnische eenheid; een cluster van 3 windturbines; die daarenboven met de reeds bestaande turbines aan de overzijde van de autosnelweg E40 cumulatief effecten hebben voor de omgeving.

De aangevraagde turbines zijn ook veel hoger dan de bestaande, wat een verstoring van het landschap zou inhouden.

In het plan-MER werd trouwens gesteld dat binnen een cluster alle windturbines van hetzelfde type dienen te zijn. Een hoogteverschil van 67.5 m tussen de bestaande en de aangevraagde turbines is bijgevolg niet wenselijk.

Het project is gelegen in de risicoklasse 2 volgens de Risicoatlas voor vogels-trekroutes en pleistergebieden. Voor dergelijke zones is een belangrijke impact te verwachten en wordt een uitgebreide nota vereist. Een natuurtoets werd bijgevoegd bij de aanvraag.

De 3 nieuwe turbines vormen samen met de 3 bestaande een reëel aanvaringsrisico voor de belangrijke seizoenstrekroute. Er is dus een negatieve impact op de avifauna (cfr. plan-MER).

Er is een winterverblijfplaats van vleermuizen in de ijskelder van kasteel de Bueren; hierdoor wordt er veel gefoerageerd in de bomenrijen, bosjes en houtkanten rond de inplantingsplaats van de turbine.

Belgocontrol gaf positief advies voor de windturbines met een maximale hoogte van 186 m AGL (202 m TAW), m.a.w. negatief voor turbines hoger dan 203 TAW.

Dit houdt een negatief advies in voor een turbine die 206.5 m boven het huidig maaiveld (above ground level) zou uitkomen”.

3.8. De provinciale milieudeskundige verleent op 9 oktober 2015 een ongunstig advies na onder meer volgende overwegingen:

“- dat voorliggende aanvraag de exploitatie beoogt van een windturbine op het grondgebied Wetteren en deel uitmakend van een windturbineproject van 3 windturbines; dat de projectzone zich situeert ten noorden van en

langsheen de E40 ter hoogte van Melle - Wetteren; dat het project nauw aansluit met het bestaande windturbinepark op de terreinen van de UGent te Melle;

[...]

- dat uit de natuurtoets blijkt dat er mogelijks significant negatieve effecten zijn op avifauna en de vleermuizenpopulatie; dat uit beide verkennende studies blijkt dat verdere monitoring noodzakelijk is om de geschikte milderende maatregelen te bepalen; dat de omgeving rond de windturbine die het voorwerp uitmaakt van voorliggende aanvraag niet onderzocht is geweest op de aanwezigheid van vleermuizen”.

3.9. De Provinciale Milieuvergunningscommissie (hierna: PMVC) adviseert op 13 oktober 2015 op dezelfde gronden ongunstig.

3.10. Het bestreden besluit van 26 november 2015 willicht het beroep van de verzoekende partijen gedeeltelijk in. Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren van 8 juni 2015 wordt bevestigd met toevoeging van een bijzondere voorwaarde die luidt:

“11. Beperking van de hoogte

De maximale hoogte van de windturbine mag niet meer dan 186 m (AGL) bedragen”.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

##### *Exceptie*

4. Eerste verzoeker brengt zijn belang bij het beroep in verband met het “verblijf- en werkklimaat” en de tweede verzoekende partij, waarvan eerste verzoeker gedelegeerd bestuurder is, met haar maatschappelijk doel en de realisatie ervan, in het domein De Bueren dat door hen in 2008 werd aangekocht. Zij houden slagschaduw- en lichthinder, geluidshinder, trillingen, verstoring van de populatie en het leefgebied van de vleermuizenkolonie in de ijskelder van het domein De Bueren, schade aan de waterhuishouding, visuele hinder, en luchtvervuiling door de vergunde windturbine voor.

5. De tussenkomen de partij betwist het belang van beide verzoekende partijen omdat zij geen eigenaar zijn “van het domein, gelegen rondom het kasteel De Bueren”. Zij wijst op de akte van inbreng van 30 december 2014 waarbij “de omliggende percelen [werden] ingebracht in de ‘Stichting Wim Delvoye’” waaruit volgt dat hun eigendom “enkel het kasteeldomein zelf [...] zonder het omliggende park” is.

Voorts betwist zij dat de tweede verzoekende partij, die haar maatschappelijke zetel in Gentbrugge heeft, zintuiglijke hinder kan lijden en een nadeel zou ondervinden bij de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel.

Zij betwist nog enig nadeel van beide verzoekende partijen met verwijzing naar het sporadische verblijf van eerste verzoeker in het kasteeldomein en zijn intentie om het domein te verkopen, en naar de maatschappelijke zetel van de tweede verzoekende partij. De aangevoerde hinderaspecten worden door de verzoekende partijen ook niet gestaafd. Zij wijst erop dat de afstand tot het kasteel circa 1.200 meter bedraagt en dat het kasteeldomein omringd is door bomen.

6. De verzoekende partijen repliceren dat de inbreng (om niet) niet het kasteel zelf en de onmiddellijke omgeving betreft. De percelen 394D, 393, 392C, 391A, 395C, 395E behoren hen nog steeds toe. Zij stellen dat de “afstand van 1 km [van het kasteel De Bueren tot WT03] relatief nog zeer dicht [is] gelet op de vergunde hoogte nl. tot 186 meter”. De visuele invloedssfeer van de windturbines reikt tot meer dan 10 kilometer. “De bomen in en rond het domein De Bueren geven uiteraard een zekere beperking van de visuele schade” maar niet voldoende.

### *Beoordeling*

7. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de eerste en tweede verzoekende partij respectievelijk blote eigenaar en vruchtgebruiker zijn

van onder andere het kasteel met park, huis, vijver, enzovoort.

Daaruit blijkt ook dat eerste verzoeker er een verblijf- en werkplaats op nahoudt.

8. Overeenkomstig artikel 19, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 kunnen de beroepen tot nietigverklaring voor de afdeling bestuursrechtspraak worden gebracht door elke partij welke doet blijken van een benadeling of van een belang. De verzoekende partij moet doen blijken van het rechtens vereiste, rechtstreeks, persoonlijk, zeker en actueel belang bij de gevraagde vernietiging.

Om van een benadeling of van een belang te doen blijken bij de nietigverklaring van de milieuvergunning, moet de verzoekende partij aantonen of minstens aannemelijk maken dat zij hinder of nadeel kan ondervinden door de exploitatie van de betrokken inrichting. Anderzijds moet wie meent dat de verzoekende partij niet het vereiste belang heeft, aantonen dat zij geen of hoogstens slechts een verwaarloosbare hinder kan ondervinden door de exploitatie. Opdat van een voldoende belang sprake zou zijn, moet niet worden aangetoond dat de hinder onaanvaardbaar is.

De afstand tussen de woon- of verblijfplaats van de verzoekende partij en de plaats waar de hinder zijn oorsprong vindt, geldt als een belangrijk objectief criterium. De weging van het objectief gegeven van de afstand tussen de vergunde inrichting en de omgeving van de verblijf- en werkplaats van de verzoekende partij hangt af van de concrete gegevens van de zaak, inzonderheid van de aard en de kenmerken van de vergunde inrichting.

9. Het wordt niet betwist dat eerste verzoeker blote eigenaar is van het voormelde kasteel met aanhorigheden waar hij van tijd tot tijd verblijft en werkt en dat de tweede verzoekende partij vruchtgebruiker is van het kasteel met

aanhorigheden, dat gelegen is op een afstand van ongeveer 1,25 kilometer van de met het bestreden besluit vergunde windturbine.

Blijkens de bestreden beslissing bedraagt de maximale tiphoogte van de vergunde windturbine 186 meter.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat “er zich in het tussenliggende gebied geen echt ruimtelijk-visuele buffers aanwezig zijn, met uitzondering van een kleiner bosfragment en de spoorlijn”.

10. Het is in de voormelde concrete omstandigheden die bepaald worden door de hoogte van de windturbine en het overwegend open karakter van het bedoelde tussengebied, aannemelijk dat de verzoekende partijen hinder kunnen ondervinden van de exploitatie van de vergunde windturbine. De omschrijving in de bestreden beslissing van de bestaande windturbines aan de overzijde van de autosnelweg als “zeer beeldbepalend als verticaal opgaand element en [...] als baken ter aanduiding van de ligging van de E40”, doet aan deze vaststelling niet af.

De exceptie wordt verworpen.

## *V. Onderzoek van de middelen*

### *A. Tweede middel*

#### *Standpunt van de partijen*

11. De verzoekende partijen voeren aan:

“Schending van het project-MER-besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004, in bijzonder van art. 1 en art. 2 en van de bijlage II, punt 3.i). Schending van art. 1, 43° en van art. 5 van het Vlarem-I (in hoofddorde), wegens het ontbreken van een project-milieueffectenrapport of van een gemotiveerd verzoek tot ontheffing ervan.

Schending van art. 2 en art. 4 van de project-MER richtlijn 2011/92/EU van 13 december 2011 alsook van de bijlagen II (punt 3.i). Schending van het principe van de gemeenschapstrouw en de voorrang van het Europees recht.

Schending van art. 1.1.2 par. 1 DABM en van art. 4.3.1 en art. 4.3.2 par. 1 (ivm de eigenlijke MER-plicht in hoofdorde) en van art. 4.3.2. par. 2 tot par. 4 van het Decreet Algemene Milieubepalingen van 5 april 1995 (hierna ook 'DABM')

Schending van de bijlage III, punt 3.i) van het BVLR 10 december 2004 en van art. 4 lid 3 en van de bijlage III van de voormelde project-MER- richtlijn (in meer ondergeschikte orde).

Schending van het Besluit Vlaamse Regering van 1 maart 2013 inzake de nadere regels van de project-MER-screening (B.S. 29.04.2013) en van de bijlagen II en de bijlage III (eveneens in ondergeschikte orde).

Schending van art. 17 van het milieuvergunningsdecreet van 28 juni 1985 en van art. 50,3° Vlarem-I.

Schending van de formele motiveringsplicht vervat in art. 2 en 3 van de Motiveringswet.

Schending van de materiële motiveringsplicht.

Onwettigheid van de beslissing van de gemeente Wetteren dd. 27 februari 2015 waarbij de milieuvergunningsaanvraag volledig en ontvankelijk verklaard werd (art. 159 Gw.).

Machtsoverschrijding.

Schending van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betogen dat bij de milieuvergunningsaanvraag een project-MER of minstens een verzoek tot ontheffing diende gevoegd te worden in toepassing van de artikelen 1 en 2 en van bijlage II, punt 3, i), van het besluit van de Vlaamse regering van 10 december 2004 houdende vaststelling van de categorieën van projecten onderworpen aan milieueffectrapportage (hierna: project-MER-besluit) en artikel 4 van richtlijn 2011/92/EU van 13 december 2011 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten en van de bijlage II (punt 3.i), omdat het te dezen gaat om een project van vier windturbines of meer die een aanzienlijke invloed uitoefenen of kunnen uitoefenen op een bijzonder beschermd gebied. Het bijzonder beschermd gebied betreft hier het bosgebied (Geersbos) op ongeveer 600 meter en het beschermd monument De Bueren op ongeveer 1 kilometer. Het gaat immers om een aanvraag die deel uitmaakt van een windturbinepark van 4 of zelfs 6 windturbines, die in elk geval samen moet worden gezien met de windturbines 1 en 2 van Eneco “doch [...] ook

met de 3 bestaande windturbines aan de overzijde van de E40". Er is kennelijk sprake van een milieutechnische eenheid in de zin van artikel 1.1.2, § 1, 8°, van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (hierna: DABM). Daarbij komt dat niet werd geantwoord op de grief in het beroepschrift over het ontbreken van een project-MER en er wel degelijk aanzienlijke milieueffecten kunnen zijn. In de bestreden beslissing wordt erkend dat minstens twee mogelijke milieueffecten niet werden onderzocht, meer bepaald de grondbemaling en de effecten op de vleermuizenpopulatie. De verzoekende partijen verwijzen in dit verband naar de bevindingen in het plan-MER. De aanvraag bevat kennelijk onjuiste of onvolledige gegevens aangezien het bosgebied (Geersbos) op 600 meter niet in studie werd betrokken en de vermelding van de afstand van een bosgebied (1.600 meter) niet klopt, de effecten van trillingen niet in aanmerking werden genomen, evenmin als de effecten op de gezondheid, effecten op het bestaande landschap of het onroerend erfgoed, de zeer negatieve effecten op fauna wegens de ligging in een seizoenstrekroute voor (ook zeldzame) vogels, de natuurtoets zich enkel toespitst op trekvogels en niet op standvogels, de effecten op waterbronnen niet werden onderzocht wat nochtans voor de hand ligt wegens de ligging in de bovenloop van de Vuntebeek waar een hoge grondwatertafel aanwezig is, niet werd nagegaan of grondwaterbemaling nodig is door het uit te stellen naar het stadium van de uitvoering van de werken, en verschillende selectiecriteria vermeld in bijlage II bij het DABM niet werden overlopen (zoals de cumulatie met andere projecten). De verzoekende partijen wijzen in dit verband ook nog op onder meer geluids- en slagschaduwhinder. Zij besluiten dat de bestreden beslissing "behept [is] met machtsoverschrijding doordat [zij steunt] op deels verkeerde deels kennelijk onvolledige gegevens in de project-MER-screeningsnota. Op die basis kon de verwerende partij niet rechtsgeldig beslissen dat de project-MER-screeningsnota voldoende is". Bovendien is de beslissing onzorgvuldig genomen omdat de overheid niet zelf getoetst heeft aan de wettelijke voorwaarden wat betreft de keuze voor een screeningsnota dan wel een project-MER. De verzoekende partijen zetten vervolgens uiteen waarom in alle redelijkheid wel aanzienlijke milieueffecten

mogelijk zijn en er dan ook een project-MER diende te worden opgesteld vooraleer over deze aanvraag te kunnen beslissen.

12. De verwerende partij repliceert dat zij in de bestreden beslissing de aanvraag heeft getoetst aan de selectiecriteria zoals opgenomen in bijlage II van het DABM en terecht kon concluderen dat geen aanzienlijke milieueffecten verwacht worden van het project. Zij verwijst naar de bespreking hiervan in de bestreden beslissing. Het project, stelt zij, “omvat geen 20 turbines, noch omvat het 4 turbines of meer die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied” zoals blijkt “uit de bij het dossier gevoegde lokalisatienota en de uitgevoerde natuurtoets”. De ligging op 1.600 meter van een bosgebied is correct voor de inplantingsplaats van WT3.

13. De tussenkomenende partij betwist het belang bij het middel omdat de verzoekende partijen niet aantonen “dat zij belang hebben bij de opmaak van een project-MER noch dat de opmaak ervan hen een voordeel zou kunnen opleveren”. Zij stelt “dat kasteel De Bueren buiten de invloedssfeer blijft van WT03, laat staan dat een project-MER haar meer duidelijkheid zou verschaffen omtrent aanzienlijke milieu-effecten op kasteel De Bueren”. Zij betoogt verder dat de bestreden beslissing formeel gemotiveerd is en de schending van de formele motivering niet dienstig kan worden ingeroepen. Zij stelt dat de verzoekende partijen er niet in slagen aannemelijk te maken dat in de bestreden beslissing foutief werd uitgegaan van de toepasselijkheid van bijlage III bij het project-MER-besluit en dat “in de bestreden beslissing ten onrechte werd aanvaard dat geen aanzienlijke invloed op mens of milieu dient te worden verwacht”. Zij wijst er op dat de in het plan-MER uitgevoerde effectenstudie betrekking had op 18 windturbines en dus niet representatief is. Zij argumenteert dat de verzoekende partijen op geen enkele wijze aannemelijk maken dat zich significante negatieve effecten zouden kunnen voordoen. Een “algemene opsomming van potentiële - niet in concreto toegepaste - hinderaspecten volstaat niet om aan te tonen dat een significant negatief effect mogelijk is”.

14. De verzoekende partijen dupliceren dat de afstand tot het Geersbos - bosgebied en dus bijzonder beschermd gebied volgens het project-MER-besluit - geen 1.600 meter maar ongeveer 600 meter is zodat de MER-screeningsnota op dit punt onjuist is en de overheid zelfs werd misleid. Aangaande de cumulatieve effecten stellen zij dat voor de reeds bestaande drie windturbines geen project-MER werd opgesteld, dat in de natuurtoets van Grontmij melding wordt gemaakt van een “barrière-effect”, en dat ook “qua landschap en de beleving ervan [...] de toenemende verloedering ervan evident en aanzienlijk” is. Door het bestaande project steeds verder in stukjes te verdelen wordt de MER-plicht steeds meer omzeild. Zij verwijzen voorts “aanvullend” naar een aantal elementen uit het beroepschrift van de gemeente Melle en naar de bezwaren in de argumentatienota van Natuurpunt, vleermuizenwerkgroep. Zij menen dat de verwerende partij in haar oordeel over de al dan niet opmaak van een project-MER wegens aanzienlijke milieueffecten ook aandacht diende te hebben voor de cumulatieve effecten van dit project met de andere vijf windturbines. De screeningsnota maakt immers gewag van een vergrote impact op het milieu door de aanwezigheid van de andere windturbines. Zij stellen nog dat de deputatie niet ontkent dat deze grief in het beroepschrift niet werd beantwoord.

De verzoekende partijen antwoorden dat zij belang hebben bij het middel omdat het niet om een formalistische onregelmatigheid gaat, geen alternatieven werden onderzocht en het onderzoek in het kader van een MER “heel wat voordelen op[levert] in vergelijking met de project-MER-screening”. Er is “inderdaad een zekere formele motivering, doch de formele en correcte motivering waarom wel of geen project-MER diende opgemaakt, ontbreekt. Er wordt niet gesteld dat het project geen aanzienlijke milieueffecten heeft of kan hebben”. Het gegeven dat de grondbemaling niet werd vergund, is irrelevant in het kader van de MER-plicht nu moet worden uitgegaan van de aangevraagde inrichtingen. De verwijzing naar het plan-MER van achttien windturbines is relevant omdat zes windturbines ook reeds zorgen voor een substantieel deel van de schade.

15. De tussenkomenende partij stelt in de laatste memorie dat het niet aanvinken van het bosgebied Geersbos in de screeningsnota een louter materiële vergissing is en niet belet dat de aanvraag correct werd gescreend aangezien er in het aanvraagdossier voldoende gegevens dienaangaande beschikbaar waren. Uit het afzonderlijk onderzoek naar de vleermuizen blijkt dat de impact verwaarloosbaar is. Ook blijkt uit het aanvraagdossier dat de invloed op het Geersbos en het kasteel De Bueren op het vlak van andere disciplines niet significant is. Het feit dat rekening werd gehouden met de impact van zes windturbines impliceert niet ipso facto dat het project ressorteert onder bijlage II bij het project-MER-besluit. Vermits geen aanzienlijke milieueffecten op een bijzonder beschermd gebied worden verwacht, kan de aanvraag niet gekwalificeerd worden als een bijlage II-project.

#### *Beoordeling*

16. De aangevoerde exceptie hangt samen met de beoordeling van de gegrondheid van het middel.

De exceptie wordt verworpen.

17. Voor de vraag aan welk type milieueffectrapportage de aanvraag moet worden onderworpen, is het zaak te weten welke windturbines relevant zijn voor de inschatting van de milieueffecten. In het kader van de milieueffectrapportage ligt de nadruk immers op het zich al dan niet voordoen van “aanzienlijke milieueffecten”, inbegrepen de “cumulatieve effecten” die worden veroorzaakt door nog uit te voeren en/of reeds uitgevoerde projecten samen, hetgeen niet noodzakelijk samenvalt met of beperkt is tot het voorwerp van de vergunning(saanvraag). Zo wordt vermeden dat bepaalde drempels voor de toepassing van de “milieueffectrapportering” niet worden gehaald doordat projecten die samen aanzienlijke milieueffecten kunnen teweegbrengen, worden opgesplitst in kleinere projecten.

18. Inzake energieverstrekking door windturbines houdt dit bijvoorbeeld in dat, met het oog op het vaststellen van de drempelwaarden bepaald in de bijlagen van het project-MER-besluit, wordt nagegaan in hoeverre (de activiteiten van) de onderscheiden windturbines onderling interfereren en in welke mate effecten elkaar overlappen en versterken zoals blijkt uit de “handleiding windturbines” van de dienst milieueffectrapportage van LNE. Indien er sprake is van (relevante) cumulatieve effecten dient het geheel van de betrokken windturbines als vertrekpunt genomen te worden voor het bepalen van de toepasselijke bijlage van het project-MER-besluit en de vorm van milieueffectrapportering die van toepassing is.

19. De verwerende partij stelt overigens in de memorie van antwoord dat zij WT3 niet op zichzelf heeft beschouwd, maar dat zij het dossier heeft onderzocht met inbegrip van de (cumulatieve) effecten die uitgaan van de andere windturbines.

20. De MER-screeningsnota van de aanvrager vermeldt eveneens dat “onderhavig windproject [...] tot stand [is] gekomen door een nauwe samenwerking tussen Eneco Wind Belgium en EDF luminus NV. In totaal telt het windproject 3 windturbines: 2 windturbines worden ontwikkeld door Eneco Wind Belgium, 1 windturbine wordt ontwikkeld door EDF Luminus NV”.

21. Uit de MER-screeningsnota (en de lokalisatienota) blijkt verder dat bij het berekenen van de cumulatieve effecten bijvoorbeeld inzake slagschaduw en geluidshinder ook de reeds bestaande windturbines werden betrokken.

22. Uit de motivering in verband met de natuurtoets en de opgelegde bijzondere voorwaarden blijkt nog dat de verwerende partij meent dat het voor de effecten op (avi)fauna het aangewezen kan zijn het windturbinepark als een geheel te beschouwen gezien de ligging van de zes windturbines in een seizoenstrekroute en het genoemde “barrière-effect”.

23. De conclusie is dat er in dit geval sprake is van een windturbinepark bestaande uit zes windturbines dat het uitgangspunt moet zijn zowel voor het bepalen van de toepasselijke bijlage van het project-MER-besluit, als voor het onderzoek naar het bestaan van al dan niet aanzienlijke milieueffecten in het kader van de milieueffectrapportage.

24. De verzoekende partijen voeren onder meer aan dat geen rekening werd gehouden met het bosgebied (Geersbos) op circa 600 meter afstand van WT3. De in de screeningsnota vermelde afstand van 1.600 meter tot een natuurgebied is volgens hen feitelijk niet correct.

25. Bijlage II van het project-MER-besluit bevat de projecten waarvoor een project-MER moet worden opgesteld, dan wel een vraag tot ontheffing kan worden ingediend. Het betreft onder meer:

- “3. i) Installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie voor zover de activiteit betrekking heeft:
- op 20 windturbines of meer, of
  - op 4 windturbines of meer, die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied”.

26. Er wordt niet betwist dat het Geersbos een “bosgebied” is, waarvan sprake in artikel 1, 4°, e), van het project-MER-besluit dat definieert wat onder “bijzonder beschermde gebieden” moet worden begrepen.

27. Het in de screeningsnota vermelde natuurgebied op 1.600 meter is het erkende natuurreservaat “Bastenakkers” ten noordoosten van “de meest nabije inplantingslocatie”.

28. Noch uit de screeningsnota noch uit de bestreden beslissing blijkt dat werd onderzocht of het windturbinepark een aanzienlijke invloed uitoefent of kan uitoefenen op het bijzonder beschermd gebied “Geersbos”. De verwerende

partij kon bijgevolg niet aannemen dat het project valt onder bijlage III van het project-MER-besluit, waarvoor een screening volstond, nog daargelaten dat zij zorgvuldig heeft kunnen besluiten dat het project geen aanzienlijke milieueffecten kan teweegbrengen.

29. Bovendien geldt dat ook het kasteel De Bueren als beschermd monument onder de definitie valt van “bijzonder beschermd gebied” zoals bepaald in bijlage II, 3, i) juncto artikel 1, 4°, e), van het project-MER-besluit.

Uit het bestreden besluit blijkt evenmin dat is nagegaan of er een aanzienlijke invloed kan uitgaan van het windpark op dat “bijzonder beschermd gebied”. De screeningsnota beperkt zich ten andere tot het onroerend erfgoed gelegen op méér dan 550 meter van het (ganse) project.

30. De verzoekende partijen voeren wat betreft de vraag of de overheid in feite en naar redelijkheid kon oordelen dat na screening blijkt dat er zich geen aanzienlijke milieueffecten voordoen of kunnen voordoen door de activiteiten van het windpark, aan dat hoe dan ook een MER noodzakelijk is, minstens een vraag tot ontheffing, aangezien uit het dossier blijkt dat er zich significante negatieve effecten (kunnen) voordoen. Dit had de overheid volgens hen moeten onderzoeken rekeninghoudend met de criteria in het DABM, waarin onder andere de cumulatie met andere projecten wordt vermeld. Zij voeren aan dat op zijn minst de (formele) motivering tekortschiet in het licht van hun beroepsargumenten.

31. De bestreden beslissing bevat volgende motieven in verband met de MER-screening:

“MER-screening

De aanvraag heeft betrekking op een activiteit die voorkomt op de lijst van bijlage III bij het Besluit van de Vlaamse regering van 1 maart 2013 inzake de nadere regels van de project-MER-screening (B.S. 29 april 2013) in uitvoering van het decreet van 23 maart 2012 over de MER-screening (B.S. 20 april 2012).

Het aanvraagdossier bevat in bijlage D11 een MER-screeningsnota.

In het kader van de opmaak van het provinciaal RUP 'windlandschap E40 van Aalter tot Aalst' werd een planMER opgemaakt. Het planMER 'Inplanting windturbines in zoekzone E40 van Aalter tot Aalst' (PlanMER-0142-GK) werd op 2 december 2013 goedgekeurd.

In de conclusies van het planMER wordt m.b.t. het aspect Fauna en Flora voor de Windakker Melle het volgende gesteld:

'Alle windturbines liggen buiten habitatrictlijngebieden, vogelrichtlijngebieden, VEN-gebieden, weidevogelgebieden, akkervogelgebieden en de Vlaamse natuurreservaten.

De cluster wordt daarom neutraal beoordeeld ten aanzien van de effecten op de beschermingszones voor natuur.

Omwille van het effect op biologisch waardevolle tot zeer waardevolle gebieden wordt de cluster Windakker Melle negatief beoordeeld.

Omwille van de grote effecten op vogelsoorten die gebruik maken van de seizoentrekroute, de effecten op foeragerende, broedende en pleisterende vogelsoorten en op de verblijfplaatsen en trekroutes van vleermuizen wordt de cluster Windakker Melle significant negatief beoordeeld'.

Het aanvraagdossier bevat in bijlage een bijkomende natuurtoets waarin het effect op avifauna en vleermuizen bepaald wordt.

Hieruit blijkt dat o.m. dat het gebied rond WT03, nauwelijks onderzocht is op mogelijke aanwezigheid van vleermuizen".

Onder de rubriek "Bespreking beroepschrift" bevat de bestreden beslissing volgende relevante antwoorden op de grieven in het beroepschrift van de verzoekende partijen:

"- [...]

- De beschikbare gegevens uit het dossier laten niet toe om onweerlegbaar te stellen dat er geen effecten zullen zijn op de vleermuizenpopulatie.

[...]

- Uit het planMER bleek inderdaad dat de impact op fauna significant negatief was en dat verder onderzoek noodzakelijk was. De projectontwikkelaar heeft dit onderzoek gebundeld in een natuurtoets aangevuld met een onderzoek naar de vliegroutes avifauna en een vleermuizenonderzoek.

[...]

Besluit: de aangehaalde argumenten zijn deels gegrond".

32. De conclusie uit wat voorafgaat is dat de verwerende partij de argumentatie en bedenkingen van de verzoekende partijen omtrent de (significant)

negatieve invloed op de avifauna en vleermuizen veeleer bevestigt en dat uit de motieven van de bestreden beslissing niet kan worden afgeleid dat er zich geen significante effecten kunnen voordoen op het milieu. De impact van het project op de avifauna en de vleermuizen komt er wel in aan bod maar er kan niet uit worden begrepen waarom een MER-screening - wat betekent dat de overheid van oordeel is dat er zich geen aanzienlijke effecten kunnen voordoen - wordt geacht te volstaan. Daarnaast geeft de bestreden beslissing geen antwoord op de andere argumenten die de verzoekende partijen hebben aangevoerd in hun beroepschrift in verband met de MER-plicht, in het bijzonder waarom het project volgens hen niet louter screeningsplichtig maar wel MER-plichtig was, en wat betreft de criteria van het DABM die in die toetsing moesten worden gehanteerd.

Het middel is gegrond.

#### *B. Vierde middel*

##### *Standpunt van de partijen*

33. De verzoekende partijen voeren aan:

“Schending van art. 30 bis Vlarem-I en van art. 1.2.1 par. 2 van het DABM 05 04 1995 en van het redelijkheidsbeginsel, het voorzorgsbeginsel en ‘beginsel van preventief handelen’ als beginselen van behoorlijk bestuur en van een behoorlijk en duurzaam milieubeleid.

Schending van art. 16 Decreet Natuurbehoud van 21 10 1997. Schending van art. 11 van het milieuvergunningsdecreet en van art. 17 van het vlarem I.

Schending van de formele motiveringsplicht vervat in art. 2 en 3 van de Motiveringswet, art. 50, 3° van het Vlarem-I en van de materiële motiveringsplicht.

[...]”.

De verzoekende partijen wijzen op de voorspelbare negatieve effecten op de natuur, in het bijzonder op vogels en vleermuizen. Zij stellen dat de vergunningsvoorwaarde nopens de monitoring geen maatregel is om de natuurschade te vermijden maar om te beperken. De schadevoorkomingsplicht van

artikel 16 van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: natuurbehouddecreet) is de reden waarom ANB geen onvoorwaardelijk gunstig advies heeft verleend. Het monitoringsplan is slechts na het openbaar onderzoek gevoegd en “is sowieso [...] een maatregel NA en tijdens de exploitatie” en dus geen schadevermijdende maatregel. Door de ligging binnen de seizoenstrekroute had de vergunning moeten worden geweigerd. De impact van de lichtbebakening op vogels is niet onderzocht en is een probleem. Zij wijzen ook op de vaagheid en oncontroleerbaarheid van het monitoringsplan. Wat betreft de impact op de vleermuizen verwijzen ze naar de met het voormelde artikel 16 strijdige argumentatie van de vleermuizenwerkgroep van Natuurpunt en naar het advies van de PMVC. Ze wijzen er op dat er geen inventaris of studie is van de vleermuizen ter plaatse.

34. De verwerende partij repliceert dat de verzoekende partijen toegeven dat in opdracht van de exploitant een “zeer degelijke” natuurtoets werd uitgevoerd. Een milieuvergunning mag worden verleend wanneer afdoende maatregelen worden opgelegd om natuurschade zo goed mogelijk te beperken. Wat betreft avifauna werd door de exploitant begroot dat geen significante effecten verwacht worden en dat zulks bevestigd wordt door ANB dat er heeft aan toegevoegd dat monitoring van eventuele slachtoffers van de zes windturbines gedurende de trekperiode aangewezen is. Indien dan een significante impact blijkt, moeten milderende maatregelen worden uitgevoerd. Een bijzondere voorwaarde in die zin werd opgelegd. Ook wat betreft de vleermuizen heeft het genoemde Agentschap gunstig advies verleend mits de voorwaarde dat de turbines worden stilgelegd wanneer drie slachtoffers worden gevonden en tevens blijkt uit het aanvraagdossier dat er rond WT3 geen foerageergebieden zijn vastgesteld. Indien de exploitant ervoor opteert de voorgestelde milderende maatregelen onmiddellijk toe te passen, hoeft zelfs geen monitoring plaats te vinden.

35. De tussenkomende partij verwijst naar de lokalisatienota en naar de natuurtoets waarin wordt besloten tot een te verwaarlozen effect wat betreft de avifauna. Wat betreft de vleermuizen wordt gesteld dat er geen potentieel

aanvaringsrisico bestaat maar “desondanks [...] er toch mogelijk negatief effect aan de vleermuisfauna [kan] optreden” reden waarom “milderende maatregelen [worden] geformuleerd” waardoor “het effect op vleermuizen als verwaarloosbaar [wordt] beschouwd”.

36. De verzoekende partijen dupliceren dat artikel 16 van het natuurbehouddecreet en artikel 30bis van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (hierna: Vlarem I) een ernstige en dus niet lichtzinnige bescherming van natuurwaarden en menselijk leefmilieu vergen. Te dezen brengt dit de weigering mee van de vergunning of minstens een afdoende motivering waarom de schade aan mens en natuur mag worden toegestaan. De cluster Windakker Melle werd in het plan-MER als “significant negatief” beoordeeld. Er werden niet alleen grote aantallen, maar ook zeldzame doortrekkende vogels waargenomen. Er mogen twee vleermuizen sterven vooraleer de exploitant verplicht is een maatregel te nemen. “In zo algemene termen vleermuizenlachtoffers toestaan, is een kennelijke vorm van [vermijdbare] natuurschade”. Sommige vleermuizensoorten vliegen op grotere hoogte tot 100 meter. Langs de spoorweg is een foerageerroute van vleermuizen. Een dode of gewonde vleermuis kan behoren tot een zeer zeldzame soort. De maatregelen om vleermuizenlachtoffers te vermijden zijn tweeledig en niet duidelijk “nl. ‘ofwel niet ofwel sterk verminderd draaien’”. Het onmiddellijk treffen van maatregelen waardoor de monitoring niet meer vereist is, is bovendien een loutere optie waarover de exploitant zelf kan beslissen en is geen voorwaarde van de milieuvergunning. Een monitoring van slachtoffers is een onderzoeksmaatregel post factum. Niet elke natuurschade dient te leiden tot een weigering maar de vraag is wat de zin is van een vergunning als aanzienlijke schade slechts kan worden vermeden door de windturbines stil te leggen. De tussenkomenende partij ziet blijkbaar ook in dat er aanzienlijke schade aan de natuur kan worden toegebracht door onder meer te verwijzen naar 100 tot 250 dode vogels per jaar voor de zes windturbines. Dat 1% sterfte extra bovenop de “natuurlijke sterfte” als

“aanvaardbaar” zou worden beschouwd “is een onbewezen stellingname” minstens geen norm uit het natuurbehouddecreet, DABM of Vlarem I.

37. De tussenkomende partij argumenteert in de laatste memorie dat het plan-MER betrekking heeft op een groter aantal (18) windturbines terwijl de aanvragen “betrekking hebben op 3 bijkomende windturbines” waarvoor een positief advies werd verleend door ANB. Zij stelt nog dat de verzoekende partijen geen belang bij het middel hebben omdat zij “toepassing maakt van bijzondere voorwaarde 10, 7<sup>e</sup> streepje” in verband met de onmiddellijke toepassing van de milderende maatregelen voor de vleermuizen in welk geval geen monitoring moet worden uitgevoerd.

38. De verzoekende partijen antwoorden in hun laatste memorie dat WT3 “voldoende dicht bij het Geer[s]bos én de spoorwegtaluds [ligt] om negatieve effecten op de vleermuizen in deze omgeving te kunnen veroorzaken”.

### *Beoordeling*

39. De exceptie van gebrek aan belang bij het middel hangt samen met de beoordeling van de gegrondheid van het middel.

De exceptie wordt verworpen.

40. Artikel 16, § 1, van het natuurbehouddecreet luidt:

“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”.

Uit de parlementaire voorbereiding 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 dan "de schade die men hoe dan ook zal veroorzaken, op welke wijze men de activiteit ook uitvoert" (Parl.St. VI. Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 17).

Uit het bestreden besluit, of minstens uit de stukken van het dossier, moet blijken dat de vergunningverlenende overheid de haar door voormeld artikel opgelegde zorgplicht is nagekomen.

Overeenkomstig de aangehaalde bepaling, dient elke overheid die wordt gevat door een vergunningsaanvraag er zorg voor te dragen dat door het opleggen van voorwaarden of het weigeren van de vergunning er geen vermijdbare schade aan de natuur ontstaat.

41. De bestreden beslissing bevat een motivering inzake de "natuurtoets".

Aangaande avifauna overweegt de bestreden beslissing onder meer dat de projectzone volgens de Vlaamse risico-atlas, gelegen is in een seizoenstrekroute risicoklasse 2 en dat de drie nieuwe windturbines samen met de bestaande een "reëel aanvaringsrisico" vormen. In een afzonderlijke avifaunastudie is getracht om de exacte aanvaringsrisico's op basis van gerichte tellingen en gespecialiseerde rekenmodules in te schatten. Verder haalt de deputatie aan dat de effecten in het plan-MER "Inplanting windturbines in zoekzone E40 van Aalter tot Aalst" als significant negatief werden beoordeeld. Ten slotte haalt zij het advies van ANB van 30 september 2015 aan waarin wordt nagegaan in hoeverre een verwachte sterfte van 100 tot 250 vogels per jaar als procentueel aanvaardbaar kan worden beschouwd in vergelijking met de natuurlijke sterfte, en waarin wordt gesteld dat "geen significante effecten" worden verwacht op avifauna maar wel een monitoring wordt aangeraden "hoeveel vogels alsook welke soort vogels eventueel slachtoffer zijn van de windmolens. Indien blijkt dat de windmolens voor een bepaalde soort een significante impact hebben,

dienen milderende maatregelen uitgevoerd te worden”, zoals bijvoorbeeld het stilleggen van de windturbines tijdens de trek. Deze aanbevelingen worden vertaald in bijzondere voorwaarden conform het monitoringsplan van de exploitant.

42. Het begrip “vermijdbare schade” wordt niet gehanteerd in de bestreden beslissing. De impact op de avifauna onder de vorm van “aanvaringsslachtoffers” moet als vermijdbare schade worden beschouwd in het licht van de natuurtoets bedoeld in artikel 16 van het natuurbehouddecreet.

43. De deputatie is in haar natuurtoets dubbelzinnig: enerzijds noteert zij dat de impact op de avifauna in het plan-MER als significant negatief werd beoordeeld, anderzijds citeert zij het advies van ANB dat geen significante effecten ontwaart, gelet op het percentage te verwachten slachtoffers ten opzichte van de natuurlijke sterfte, en tegelijk een monitoring adviseert voor het geval er toch significante effecten zouden ontstaan met betrekking tot een bepaalde vogelsoort. Uiteindelijk kent de deputatie de bestreden vergunning toe onder bevestiging van bijzondere voorwaarden conform het monitoringsplan van de exploitant.

44. Het criterium “significante impact” noch het opleggen van het monitoringsplan als bijzondere voorwaarde beantwoorden aan de vereisten van artikel 16 van het natuurbehouddecreet dat geen kwalitatieve of kwantitatieve drempel oplegt om “vermijdbare” schade aan de natuur te voorkomen, te beperken of te herstellen. Wanneer de overheid vaststelt dat er door een activiteit vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan, dan dient zij bij het verlenen van de vergunning de gepaste voorzorgsmaatregelen te nemen om die schade te kunnen voorkomen dan wel te beperken of, indien niet mogelijk, te herstellen. Het in het kader van mogelijk significante schade louter opleggen van *post factum* “monitoring” van eventuele aanvaringsslachtoffers en de daarmee verbonden maatregel van het stilleggen van de windturbine(s), beantwoordt niet aan deze plicht die op de overheid rust.

45. Wat betreft de impact op de vleermuizen maakt de deputatie opnieuw melding van het advies van ANB dat een monitoring adviseert van het aantal vleermuizenslachtoffers door middel van tellingen. Vanaf drie slachtoffers per molen adviseert ANB de milderende maatregelen toe te passen, die bestaan uit “het derwijze programmeren van de turbines dat ze ofwel niet ofwel sterk verminderd draaien zodat de aanvaringskans verminderd wordt tot 95 %”. Tevens haalt de deputatie de vleermuizenwerkgroep van Natuurpunt aan die minstens twijfel uit bij de doeltreffendheid van het monitoringsplan en de mitigerende maatregelen. De deputatie legt in de bestreden beslissing uiteindelijk een aantal bijzondere voorwaarden op zoals het volgen van het monitoringsplan van de exploitant, namelijk onder andere het stilleggen van de windmolens vanaf drie vleermuizenslachtoffers, en monitoring tenzij de milderende maatregelen voor vleermuizen onmiddellijk worden uitgevoerd. Opnieuw bouwt de deputatie een drempel in voor de vermijdbare schade door in een bijzondere voorwaarde toe te laten dat de mitigerende maatregelen ter voorkoming/beperking van de schade pas moeten worden genomen vanaf “drie (gevonden) vleermuizenslachtoffers”. Overeenkomstig artikel 16, § 1, van het natuurbehouddecreet dient de bestreden beslissing voorwaarden te bevatten die waarborgen dat de activiteit geen vermijdbare schade kan doen ontstaan. Door mitigerende maatregelen pas te laten nemen of althans de keuze aan de exploitant te laten, wanneer de vermijdbare schade een bepaalde drempel heeft overschreden, schendt de deputatie artikel 16 van het natuurbehouddecreet met het erin vervatte voorzorgsprincipe.

Het middel is gegrond.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State vernietigt het besluit van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 26 november 2015 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren van 8 juni 2015, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de NV EDF Luminus voor het exploiteren van een windturbine, gelegen langsheen de E40 te Wetteren, deels wordt ingewilligd en de beroepen beslissing wordt bevestigd mits toevoeging van een bijzondere voorwaarde.**

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

**3. Het Vlaamse Gewest wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 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.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vier oktober tweeduizend achttien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

|                   |                  |
|-------------------|------------------|
| Eric Brewaeys,    | kamervoorzitter, |
| Pierre Lefranc,   | staatsraad,      |
| Peter Sourbron,   | staatsraad,      |
| bijgestaan door   |                  |
| Elisabeth Impens, | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Elisabeth Impens**

**Eric Brewaeys**