

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.907 van 21 oktober 2021
in de zaak A. 228.231/VII-40.555**

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 :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ENECO WIND BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Vanden Berghe en Arne Devriese
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 15
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 mei 2019, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 14 maart 2019 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 13 augustus 2015, houdende het verlenen van een vergunning, voor een termijn verstrijkend op 13 augustus 2035, aan de nv Eneco Wind Belgium voor het exploiteren van een windmolenpark gelegen aan de Geerbosstraat te Melle, gedeeltelijk gegrond worden verklaard en de bestreden vergunning wordt gewijzigd.

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 nv Eneco Wind Belgium heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 augustus 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Benny De Sutter heeft op 22 mei 2021 een verslag opgesteld.

De tussenkomende partij heeft 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 30 september 2021.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gwijde Vermeire, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Bram Van den Berghe, die *loco* advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Arne Devriese, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Benny De Sutter 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. Er wordt vooreerst verwezen naar de uiteenzetting van de feiten in arrest nr. 242.514 van 4 oktober 2018 dat het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 25 februari 2016 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 13 augustus 2015, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de nv Eneco Wind Belgium voor het exploiteren van een windmolenpark, gelegen aan de Geerbosstraat te Melle, gedeeltelijk gegrond worden verklaard en de beroepen beslissing wordt bevestigd mits toevoeging van een bijzondere voorwaarde, heeft vernietigd.

Aan de vernietigde milieuvergunning was de volgende bijzondere voorwaarde toegevoegd:

“[...] De perceelnummers 675 L, 674 A en 672 F moeten worden toegevoegd aan de milieuvergunning. De exploitant start hiervoor een procedure op bij de deputatie. De werken voor de bouw van de windturbines mogen pas starten nadat de perceelnummers werden toegevoegd aan de milieuvergunning”.

3.2. In het kader van de hernomen beroepsprocedure wordt advies verleend door: de dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen (voorwaardelijk gunstig), het Agentschap voor Natuur en Bos (hierna: ANB) (voorwaardelijk gunstig), de afdeling Gebiedsontwikkeling, Omgevingsplanning en -projecten (gunstig), het directoraat-generaal Luchtvaart (voorwaardelijk gunstig), de afdeling Milieuvergunningen (ongunstig) en de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie (ongunstig).

3.3. Bij het thans bestreden besluit van 14 maart 2019 verklaart de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw de beroepen gedeeltelijk gegrond. De toegevoegde bijzondere voorwaarde wordt gewijzigd als volgt:

“[...] De perceelnummers 675 L, 674 A en 672 F moeten worden toegevoegd aan de milieuvergunning. De werken mogen pas worden

aangevat nadat de perceelnummers werden toegevoegd aan de milieuvergunning”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. De tussenkomenende partij betwist het belang van de verzoekende partijen. Ze haalt uitspraken aan van eerste verzoeker in de media, daterend van oktober 2019, waaruit diens bedoeling blijkt om “het kasteel opnieuw te koop [te] zetten” en waaruit blijkt dat de tweede verzoekende partij verhuist naar Chimay, in Henegouwen, waar hij “een prachtig achttiende-eeuws gebouw gekocht” heeft. De verzoekende partijen hebben derhalve niet langer de intentie om in het kasteel ‘De Bueren’ te verblijven of er werkzaamheden te verrichten. Zij kunnen geen last ondervinden van de aangevoerde hinder, volgend uit de exploitatie van de windturbines, vermits zij de gemeente Melle reeds zullen hebben verlaten op het ogenblik waarop de turbines in gebruik worden genomen.

5. In het verzoekschrift wijzen de verzoekende partijen erop dat hun belang werd aanvaard in de vorige procedure voor de Raad van State. Zij verwijzen concreet naar geluidshinder en trillingshinder, visuele hinder, vrees voor schade aan de waterhuishouding, hinder door slagschaduw, luchtvervuiling, derving van natuurwaarde en natuurbeleving, alsook naar een waardevermindering van hun domein.

In de memorie van wederantwoord voegen ze daar onder meer nog aan toe dat, in het licht van het Verdrag van Aarhus, een veeleer milde houding moet worden aangenomen bij de beoordeling van het belang in milieuaangelegenheden. Tevens wijzen ze nog op de omstandigheid dat eerste verzoeker gedelegeerd bestuurder is van de tweede verzoekende partij, alsook dat hij nog steeds regelmatig en ettelijke maanden per jaar aanwezig is in het domein De Bueren.

6. In de laatste memorie wijst de tussenkomende partij erop dat in geval van twijfel over het actueel belang van de verzoeker, de bewijslast inzake de ontvankelijkheid van het annulatieberoep steeds op de verzoeker rust. De verzoekende partijen hebben geen enkel bijkomend overtuigend argument aangehaald in hun memorie van wederantwoord dat aantoonde dat zij wel degelijk over het vereiste belang beschikken. De door hen bijgebrachte stukken van augustus tot september 2019 zijn niet langer actueel en tonen overigens hun belang niet aan. Eerste verzoeker heeft begin 2021 opnieuw in de media zijn intentie meegedeeld om het kasteel De Bueren te verkopen. Bovendien hebben de verzoekende partijen de hinder niet geconcretiseerd en aannemelijk gemaakt maar hebben zij zich beperkt tot een algemene bespreking van potentiële milieueffecten. Een substantieel deel van het domein De Bueren is overgedragen naar de Stichting Wim Delvoye die geen annulatieberoep heeft ingesteld hetgeen een belangrijke financiële impact heeft op de tweede verzoekende partij. De tussenkomende partij vermoedt zeer sterk dat het annulatieberoep puur om principiële redenen werd ingesteld zonder dat de uitkomst ervan enige reële weerslag zal hebben voor de verzoekende partijen. De schade aan de natuurwaarden werd in de vergunningsprocedure uitvoerig onderzocht en er is geen sprake van enige nadelige invloed. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de twee bijkomende windturbines een verhoogd veiligheidsrisico zouden vormen. De beweerde hinder uit luchtverontreiniging is niet ernstig. De hinder uit slagschaduw en geluid wordt niet geconcretiseerd of aannemelijk gemaakt gelet op de afstand van “maar liefst 800 meter”.

7. De verzoekende partijen wijzen er in hun laatste memorie op dat zij nog steeds eigenaar zijn van een belangrijk deel van het domein De Bueren, waaronder het kasteel met omliggende vijver. Eerste verzoeker is naakte eigenaar en de tweede verzoekende partij vruchtgebruiker. Zij wijzen op de visuele waarneembaarheid van de draaiende wieken van de windmolens, de aanzienlijke risico's voor de lokale populaties en migrerende soorten van vleermuizen, het feit dat eerste verzoeker meer in Melle heeft verbleven, de kwaliteit van het domein voor de tweede verzoekende partij en haar medewerkers, het feit dat het kasteel momenteel niet te koop is, de windmolens in alle redelijkheid voldoende dicht worden gepland “om van een mogelijke nadelige impact op de eigenaars en

bewoners van dit dorpsgezicht [...] te kunnen spreken”, de inbreng van een aantal percelen in de Stichting belet niet dat “er nog meer dan voldoende belang [is] voor verzoekers als eigenaars” van het kasteel zelf en de vijver errond, het feit dat eerste verzoeker als bestuurder van de Stichting verantwoording aan deze laatste moet afleggen voor het zo gaaf mogelijk behouden van de contextwaarde van het onroerend vermogen, en de verwijzing naar de lokalisatienota in verband met de geluidshinder-contouren niet relevant en twijfelachtig is.

Beoordeling

8. 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 en dat er een verband bestaat tussen het vruchtgebruik en het maatschappelijk doel van de tweede verzoekende partij.

9. 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.

10. Blijkens de bestreden beslissing bedraagt de maximale tiphoogte van de vergunde windturbines 186 meter en is de afstand tot het beschermd dorpsgezicht Kasteel de Bueren of het kasteel van Kwatrecht circa 550 meter van het windturbinepark en kan “de impact ten aanzien van het landschap als beperkt [...] worden ingeschat”. Het is in de voormelde concrete omstandigheden die bepaald worden door de hoogte van en de afstand tot de windturbines met impact op het landschap en het overwegend open karakter van het landschap tussen het kasteel en de windturbines, aannemelijk dat de verzoekende partijen hinder kunnen ondervinden van de exploitatie ervan.

11. De tussenkomen partij, die het belang van de verzoekende partijen betwist, toont niet aan dat de verzoekende partijen geen of hoogstens slechts een verwaarloosbare hinder kunnen ondervinden door de vergunde exploitatie.

12. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Standpunt van de partijen

13. De verzoekende partijen voeren de schending aan van het gewestplan ‘Gentse en Kanaalzone’ en het besluit van de Vlaamse regering van 28 oktober 1998 tot herziening van dit gewestplan, artikel 11 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 ‘betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen’, het recht op inspraak in milieuaangelegenheden “vastgelegd in onder meer het Verdrag van Aarhus [...] in bijzonder artikel 7 en gelet op het participatiebeginsel inzake ruimtelijke ordening”, de artikelen 4.3.1, § 2, 4.4.9, 5.6.7, § 1 en 7.4.13 van de Vlaamse Codex

Ruimtelijke Ordening (hierna VCRO), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), het rechtszekerheids- en redelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij vragen tevens de toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

De verzoekende partijen voeren in een eerste onderdeel aan dat de windturbines strijden met het bestemmingsvoorschrift agrarisch gebied. Het gebied is niet geordend door een ruimtelijk uitvoeringsplan, zodat geen toepassing kan worden gemaakt van de typevoorschriften in het besluit van de Vlaamse regering van 11 april 2008 ‘tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen’ (hierna: typevoorschriftenbesluit). Dit besluit heeft bovendien niet het voorwerp uitgemaakt van een openbaar onderzoek. Nochtans zijn de typevoorschriften te beschouwen als een plan of programma met betrekking tot het milieu. Ook al was het niet de bedoeling om aan deze voorschriften een normatief karakter toe te kennen, dit neemt niet weg dat deze bepalingen wel worden gehanteerd in het kader van de vergunningverlening. Overeenkomstig de plan-MER-richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moesten de typevoorschriften bovendien aan een plan-MER worden onderworpen. Nu dit niet is gebeurd, dienen zij met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te worden gelaten.

In een tweede middelonderdeel betogen de verzoekende partijen dat in de bestreden beslissing niet specifiek en concreet wordt gemotiveerd dat de voorwaarden van artikel 5.6.7 VCRO zijn vervuld. De minister heeft nergens gesteld dat de inrichting stedenbouwkundig vergunbaar is, maar heeft enkel gesteld dat de stedenbouwkundige vergunning werd verleend terwijl de stedenbouwkundige vergunning van 6 oktober 2017 werd vernietigd. Daarnaast bevat de bestreden beslissing geen motivering over de voorziene verweving van functies en de aanwezigheid of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving. Nochtans zijn die er wel. De verzoekende partijen wijzen onder meer op de aanwezigheid van het dierenasiel ‘Animal Trust’. Ten overstaan van dit asiel blijkt volgens het advies van de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie een

onaanvaardbaar veiligheidsrisico te bestaan omdat het binnen de effectafstand voor mastbreuk is gelegen. De minister stapt over dit hinderprobleem heen door enkele percelen aan de milieuvergunning toe te voegen, maar daarmee is het veiligheidsprobleem en de verstoring van deze aanwezige functie niet verholpen. Verder wordt niet afdoende rekening gehouden met de onmiddellijke omgeving. Er wordt gekeken naar de bundeling met de E40 en de windmolens, zuidelijk gelegen ten opzichte van het projectgebied, maar er wordt voorbijgegaan aan het landschappelijk waardevol agrarisch gebied, het bosgebied 'Geerbos' en het natuurgebied die ten noorden en/of westen van het projectgebied zijn gelegen. Voorts is geen rekening gehouden met het cultuurhistorisch aspect, buiten dit van het domein 'De Bueren', met de schaal en de functionele inpasbaarheid van de inrichting, met de gezondheid van de omwonenden of met het gebruiksgenot van de omgeving.

De verzoekende partijen betwisten vervolgens de vaststelling dat er slechts een beperkte impact zou uitgaan van de windturbines. Sommige uitgangspunten en bevindingen in de bestreden beslissing in dit verband zijn kennelijk onjuist. Ze wijzen er onder meer op dat er ook een zicht op de windturbines is vanaf de zuidrand van het domein 'De Bueren' en dat de bestaande groenelementen dat zicht niet verhinderen. Ook vanop de publiek toegankelijke wegen is het zicht vrij open. Verder kan men de mast moeilijk 'naaldvormig' noemen en het al dan niet traag draaien van de wieken maakt niet dat de impact van de windturbines beperkt is. Ook de vergelijking met de spoorweg en de E40 gaat niet op, vermits dit horizontale infrastructuur betreft. Er is evenmin rekening gehouden met ander bouwkundig erfgoed in de omgeving. Gelet op de oppervlakte landbouwgrond die zal worden ingenomen, is de impact evenmin beperkt ten aanzien van de algemene (landbouw)bestemming van het gebied. De motieven omtrent de clustering en de lijnopstelling zeggen evenmin iets over de al dan niet beperkte impact van de windturbines. De verwijzing naar de E40 en de windturbines in het zuiden is hoe dan ook niet relevant voor de beoordeling van de betrokken percelen. Met divers bouwkundig en landschappelijk erfgoed werd geen rekening gehouden.

14. De verwerende partij antwoordt dat de argumentatie van de verzoekende partijen met betrekking tot het openbaar onderzoek en het Verdrag van Aarhus volledig naast de kwestie is, aangezien zij verkeerdelijk uitgaan van een wijziging van de bestemmingsvoorschriften. Bovendien wordt in de bestreden beslissing aangegeven dat de realisatie van de algemene bestemming niet in het gedrang wordt gebracht. Hiervoor wordt verwezen naar de lokalisatienota waarin de mogelijke effecten van de inplanting ten aanzien van efficiënt bodemgebruik, eventuele verstoring van de uitbatingsmogelijkheden en landschappelijke kwaliteiten worden beschreven en geëvalueerd. Evenmin diende voor het typevoorschriftenbesluit een plan-MER te worden opgemaakt.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel haalt de verwerende partij de overwegingen uit het bestreden besluit aan waarin zij de verenigbaarheid van de aanvraag met de goede ruimtelijke ordening heeft beoordeeld en waarin zij tot de vaststelling komt dat er geen sprake is van een wijds, onaangetast landelijk gebied en rekening houdt met de aankoppeling met de bestaande lijninfrastructuur en de bestaande cluster van windturbines, de ligging ten aanzien van de andere bestemmingsgebieden en de verhouding ten aanzien van de aanwezige functies. Het bestemmingsvoorschrift ‘agrarisch gebied’ correspondeert met de standaardtypebepaling voor ‘landbouw’. De verzoekende partijen zijn niet redelijk waar zij menen dat in de bestreden beslissing niet uitdrukkelijk is gemotiveerd omtrent de impact van de windturbines. Immers wordt uitdrukkelijk vermeld dat die impact veeleer als beperkt kan worden ingeschat. Tevens wordt gemotiveerd dat de tiphoogte van de windturbines beperkt moet worden tot 186 meter vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening. Met hun argumentatie beogen de verzoekende partijen verder een inhoudelijke, discretionaire beoordeling van het criterium ‘beperkte impact’, wat de toetsingsbevoegdheid van de Raad van State te buiten gaat.

15. Met betrekking tot het eerste middelonderdeel haalt de tussenkomende partij de motieven uit het bestreden besluit aan waarin tot de vaststelling werd gekomen dat de goede ruimtelijke ordening niet wordt geschaad. Wat betreft de beweerde onverenigbaarheid met de planologische bestemming, gaan de verzoekende partijen ten onrechte uit van een bestemmingswijziging.

Artikel 4.4.9 VCRO wijzigt immers niets aan de bestemming, maar voorziet in een afwijking erop. Het typevoorschriftenbesluit is in elk geval niet te beschouwen als een plan of programma in de zin van het Verdrag van Aarhus. De verwijzing naar het arrest d'Oultremont van het Hof van Justitie van de Europese Unie is niet dienend om meerdere redenen. Met name kan dit arrest niet naar analogie worden toegepast op het typevoorschriftenbesluit, heeft de plan-MER-richtlijn geen rechtstreekse werking, is het typevoorschriftenbesluit inmiddels definitief en betreft het geen plan of programma in de zin van de plan-MER-richtlijn. Bovendien roept het typevoorschriftenbesluit geen normatief kader in het leven. De vergunningverlenende overheid beschikt nog steeds over een discretionaire bevoegdheid en is er niet toe verplicht af te wijken van de stedenbouwkundige voorschriften.

Aangaande het tweede middelonderdeel verwijst de tussenkomende partij opnieuw naar de overwegingen in het bestreden besluit. De motivering is grondig, zodat er geen twijfel kan bestaan over de redenen die de verwerende partij tot haar conclusie hebben gebracht. Volledigheidshalve wijst ze erop dat voor zover de verzoekende partijen het niet eens zijn met de conclusies van de verwerende partij inzake de planologische en ruimtelijke aanvaardbaarheid van het project, de Raad van State slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt en niet mag overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van de aanvraag.

16. De verzoekende partijen wederantwoorden dat de wettigheidskritiek op het typevoorschriftenbesluit wel relevant is en dat daarbij rekening kan worden gehouden met artikel 7 van het Verdrag van Aarhus en met de plan-MER-richtlijn. Ze argumenteren ook nog dat de typevoorschriften een verordenend karakter hebben. Aangaande artikel 4.4.9 VCRO stellen de verzoekende partijen dat de conclusie als zou er sprake zijn van een 'beperkte impact', waardoor de realisatie van de algemene bestemming niet in het gedrang wordt gebracht, kennelijk onredelijk is. Bovendien strijdt de vaststelling dat de algemene bestemming van het gebied niet in het gedrang wordt gebracht met het zonevreemde karakter van de windturbines. De verzoekende partijen vragen zich bovendien af of artikel 4.4.9 VCRO wel van toepassing is, vermits die bepaling

betrekking heeft op de stedenbouwkundige vergunning. Hoe dan ook betreft artikel 4.4.9 VCRO een afwijkingsbepaling die restrictief moet worden toegepast. Wat betreft artikel 5.6.7, § 1, VCRO herhalen de verzoekende partijen dat de stedenbouwkundige vergunning werd vernietigd, zodat er geen sprake is van stedenbouwkundige vergunbaarheid. Er wordt in de bestreden beslissing niet ingegaan op de vereiste dat de aanvraag de ruimtelijke draagkracht van het gebied niet mag overschrijden, noch wordt gemotiveerd waarom het project de vastgestelde verweving van functies en de aanwezige of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving niet in het gedrang brengt. Tot slot betogen de verzoekende partijen nog dat de MER-screeningsnota onvolledig is en erin verkeerde cijfers worden gehanteerd en dat de lokalisatienota geen hoofdstuk over de goede ruimtelijke ordening omvat, zodat ook uit het administratief dossier niet blijkt dat aan de voorwaarden van artikel 5.6.7 VCRO is voldaan.

17. De tussenkomende partij herinnert er in de laatste memorie aan dat uit de veiligheidsstudie blijkt dat het windturbineproject geen onaanvaardbare veiligheidsrisico's zal veroorzaken. De eigenaar van de met de bijzondere voorwaarde van het bestreden besluit toegevoegde percelen is betrokken bij het project: hij is eigenaar en opstalgever van de percelen waarop de windturbines zullen worden gebouwd. De bijzondere voorwaarde is een loutere verankering in de milieuvergunning van wat reeds uit de vergunningsaanvraag is gebleken, meer bepaald dat de betrokken percelen deel uitmaken van het project. Er wordt met deze bijzondere voorwaarde tegemoetgekomen aan de bezwaren die in de vergunningsprocedure werden aangevoerd. Uit het eindrapport "studie windturbines en veiligheid" van 2007 van de Vlaamse overheid blijkt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen externe (projectvreemd) en niet-externe activiteiten zodat de kwalificatie van de conciërgewoning op de betrokken percelen als zijnde een projecteigen woning wel relevant is bij de beoordeling van het veiligheidsrisico. Uit datzelfde eindrapport kan worden besloten dat een eigenaar/exploitant wel degelijk contractueel afstand kan doen van zijn recht op veiligheid. Indien deze percelen en conciërgewoning wel als externe activiteiten zouden worden beschouwd, dan zouden de afstandsregels en veiligheidsnormen voor die activiteiten evenmin toepassing vinden gelet op de opstalovereenkomst tussen de tussenkomende partij en de eigenaar van de percelen.

18. De verzoekende partijen vragen in de laatste memorie om een kritische kijk op het aangevoerde normatief of verordenend karakter van het typevoorschriftenbesluit. Zij stellen dat de opstalovereenkomst geen uitzondering vormt op de verplichting om het criterium veiligheid in het kader van de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening zorgvuldig toe te passen. In het bestreden besluit wordt niet verwezen naar het eindrapport dat de tussenkomenende partij eerst in de laatste memorie aanhaalt.

Beoordeling

19. Artikel 5.6.7, § 1, eerste lid, VCRO, zoals van toepassing op het geding, bepaalt:

“§ 1. Een milieuvergunningsaanvraag kan gunstig geadviseerd worden en vergund worden in afwijking op de bepalingen van een stedenbouwkundig voorschrift, voor zover voldaan is aan beide hiernavolgende voorwaarden: 1° de goede ruimtelijke ordening wordt niet geschaad, hetgeen in het bijzonder betekent dat de ruimtelijke draagkracht van het gebied niet wordt overschreden en dat de voorziene verweving van functies de aanwezige of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving niet in het gedrang brengt of verstoort;

2° de inrichting is stedenbouwkundig vergunbaar in afwijking van de bepalingen van een stedenbouwkundig voorschrift of, voor zover het gaat om een bestaande inrichting, is hoofdzakelijk vergund”.

Artikel 4.3.1, § 2, eerste lid, 1°, VCRO, zoals van toepassing op het geding, luidt:

“§ 2. De overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening wordt beoordeeld met inachtneming van volgende beginselen:

1° het aangevraagde wordt, voor zover noodzakelijk of relevant, beoordeeld aan de hand van aandachtspunten en criteria die betrekking hebben op de functionele inpasbaarheid, de mobiliteitsimpact, de schaal, het ruimtegebruik en de bouwdichtheid, visueel-vormelijke elementen, cultuurhistorische aspecten en het bodemreliëf, en op hinderaspecten, gezondheid, gebruiksgenot en veiligheid in het algemeen, in het bijzonder met inachtneming van de doelstellingen van artikel 1.1.4”.

Artikel 4.4.9 VCRO, zoals van toepassing op het geding, bepaalt:

“§ 1. Het vergunningverlenende bestuursorgaan mag bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning voor windturbines en windturbineparken, alsook voor andere installaties voor de productie van energie of energierecuperatie in een gebied dat sorteert onder de voorschriften van een gewestplan, afwijken van de bestemmingsvoorschriften, indien het aangevraagde kan worden vergund op grond van de voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepalingen, vermeld in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 11 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, zoals de tekst ervan is vastgesteld bij het besluit van 11 april 2008.

Het eerste lid laat geen afwijkingen toe op de voorschriften van het gewestplan die betrekking hebben op de inrichting en het beheer van het gebied.

§ 2. Voor de toepassing van § 1, eerste lid, geldt dat een bestemmingsvoorschrift van een gewestplan alleszins vergelijkbaar is met een categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding, indien deze concordantie vermeld wordt in de tabel, opgenomen in artikel 7.4.13, eerste lid, of in de concordantielijst, bepaald krachtens voornoemd artikel 7.4.13, tweede lid.

De Vlaamse Regering kan die concordanties verfijnen en bepalen voor welke bestemmingsvoorschriften van de gewestplannen geen vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bestaat”.

20. Volgens de verzoekende partijen moet het typevoorschriftenbesluit buiten beschouwing worden gelaten met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, omdat het niet is voorafgegaan door een openbaar onderzoek en het ook niet is onderworpen aan een plan-MER.

De typebepalingen in het typevoorschriftenbesluit hebben, luidens artikel 3 van dat besluit, evenwel geen normatief karakter. Dat is overigens ook de reden waarom de afdeling wetgeving van de Raad van State zich toentertijd onthouden heeft om er advies over te verlenen (RvS, afd. Wetg., advies 43.952/1 van 7 februari 2008). De typebepalingen hebben integendeel een vrijblijvend karakter en kunnen door de plannende overheden als leidraad worden gebruikt bij de redactie van een ruimtelijk uitvoeringsplan. Pas wanneer de typebepalingen, al dan niet aangepast aan de maatschappelijke vereisten van het betrokken gebied, zijn verwerkt in een ruimtelijk uitvoeringsplan, is er sprake van

bestemmingsvoorschriften en van een plan of programma in de zin van het Verdrag van Aarhus of van de plan-MER-richtlijn. De verzoekende partijen gaan in het middelonderdeel uit van de verkeerde premisse dat het typevoorschriftenbesluit “bestemmingsvoorschriften” bevat en een “herindeling van bestemmingsgebieden” of een “wijziging van bestemmingsvoorschrift” in zich houdt. Er is geen aanleiding om het typevoorschriftenbesluit met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten.

21. In de bestreden beslissing wordt gewezen op de ligging van de windturbines in agrarisch gebied volgens het gewestplan en vervolgens op artikel 5.6.7, § 1, eerste lid, VCRO, dat bepaalt dat een milieuvergunning kan worden verleend in afwijking op de bepalingen van een stedenbouwkundig voorschrift onder de dubbele voorwaarde dat de goede ruimtelijke ordening niet wordt geschaad en de inrichting stedenbouwkundig vergunbaar is in afwijking van de bepalingen van een stedenbouwkundig voorschrift. Wat dit laatste aspect betreft, zijn de aangevraagde windturbines volgens de bestreden beslissing vergunbaar, door toepassing te maken van de afwijkingsmogelijkheid voorzien in artikel 4.4.9 VCRO. De Raad van State neemt aan dat in beginsel, met toepassing van artikel 4.4.9 VCRO, windturbines kunnen worden vergund in agrarisch gebied. De voorliggende aanvraag voldoet bijgevolg aan de voorwaarde dat zij stedenbouwkundig vergunbaar is in afwijking van de toepasselijke stedenbouwkundige voorschriften. Het voorhanden zijn van een stedenbouwkundige vergunning op het ogenblik dat de milieuvergunning wordt verleend, is niet vereist, zodat dit argument een overtollig motief betreft.

22. Benevens de voorwaarde van de stedenbouwkundige vergunbaarheid, mag, om toepassing te kunnen maken van de afwijkingsmogelijkheid in artikel 5.6.7, § 1, eerste lid, VCRO, het aangevraagde de goede ruimtelijke ordening niet schaden. Uit artikel 4.3.1, § 2, VCRO volgt dat het aangevraagde, voor zover noodzakelijk of relevant, beoordeeld wordt aan de hand van aandachtspunten en criteria die betrekking hebben op, onder meer, de “veiligheid in het algemeen”.

23. De verzoekende partijen wijzen op het advies van de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie waarin onder meer wordt overwogen:

“Overwegende dat binnen een contour van de maximale tiphoogte er 1 woning gelegen is nabij WT01, namelijk op circa 125 m van de as van de windturbine; dat er voor gebieden met woonfunctie (10^{-6} contour) een afstand van 236 m moet gerespecteerd worden; dat aan deze eis wordt voldaan, maar dat er 1 woning is gelegen binnen deze contour, meer bepaald op 125 m van WT01; dat deze woning binnen de effectafstand voor mastbreuk ligt, zijnde 206,5 m of 186 m zoals opgelegd in het bestreden besluit aangezien de tiphoogte beperkt wordt tot 186 m; dat geoordeeld wordt dat het veiligheidsrisico voor deze vreemde woning onaanvaardbaar is; [...] dat deze woning in de milieuvergunningsaanvraag als ‘projecteigen’ woning wordt beschouwd aangezien de eigenaars en bewoners ook eigenaar zijn van het perceel waarop de windturbines worden voorzien; dat met dergelijke overeenkomsten geen rekening kan gehouden worden bij de beoordeling van hinder ter hoogte van woningen; dat de percelen waarop deze woning staat, niet zijn opgenomen in de aanvraag; dat de milieuvergunning bijgevolg niet verleend kan worden voor WT01”.

In het bestreden besluit wordt tegen dit advies ingegaan:

“Overwegende dat binnen een contour van de maximale tiphoogte er één woning gelegen is nabij WT01, namelijk op circa 125 m van de as van de windturbine; dat er voor gebieden met woonfunctie (10^{-6} contour) een afstand van 236 m moet gerespecteerd worden; dat deze woning binnen de effectafstand voor mastbreuk ligt, zijnde 206,5 m of 186 m zoals opgelegd in het bestreden besluit, aangezien de tiphoogte beperkt wordt tot 186 m; dat deze woning als een ‘projecteigen’ woning wordt beschouwd, aangezien de eigenaars en bewoners ook eigenaar zijn van het perceel waarop de windturbines worden voorzien; dat de bewoners of eigenaars van de woning rechtstreeks betrokken zijn bij het project en hierin participeren; dat immers opstalrecht verleend werd op die percelen voor het bouwen van die turbine; dat de woning bijgevolg niet kan worden beschouwd als een vreemde woning, maar wel als projecteigen woning”.

Artikel 2 van de thans bestreden beslissing luidt:

“Art. 2. Het bestreden besluit wordt gewijzigd als volgt:
In artikel 3, §3, van het bestreden besluit wordt de volgende bijzondere voorwaarde toegevoegd:
‘8. De perceelnummers 675 L, 674 A en 672 F moeten worden toegevoegd aan de milieuvergunning. De werken mogen pas worden aangevat nadat de perceelnummers werden toegevoegd aan de milieuvergunning’”.

24. Volgens de verzoekende partijen stapt de verwerende partij aldus over een belangrijk hinderprobleem heen. De toevoeging van perceel 675 L, waarop het gebouw van het dierenasiel is gevestigd, aan de milieuvergunning en het verbod om de werken aan te vatten vooraleer dit perceel aan de vergunning is toegevoegd, zoals opgelegd door het bestreden besluit, verhelpen volgens hen niet aan het vastgestelde veiligheidsprobleem en de verstoring van deze nabijgelegen functie.

25. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een afdoende wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

De materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Die motieven moeten steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. Zij moeten kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn. Zij moeten de beslissing dus rechtens kunnen dragen en verantwoorden. Bij het onderzoek van de vraag naar de materiële motivering van de bestreden beslissing moet de Raad van State derhalve onderzoeken of de concrete gegevens van het dossier de vermelde motieven op een deugdelijke wijze onderbouwen.

De motivering van de bestreden beslissing moet des te zorgvuldiger zijn wanneer erin wordt afgeweken van een voorafgaand advies.

26. Terecht wijzen de verzoekende partijen erop dat het toevoegen van onder meer perceel nummer 675 L niet verhelpt aan het door de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie vastgestelde veiligheidsprobleem. De motivering in

de bestreden beslissing in dit verband overtuigt allerminst. Vooreerst komt het toevoegen van een perceel dat geen enkele functie heeft voor de exploitatie van de vergunning voor als een kunstgreep om van de ‘vreemde’ woning een ‘projecteigen’ woning te maken. Bovendien bestaat er hoe dan ook geen juridische grond die toelaat om, ter beoordeling van het veiligheidsrisico van de windturbines, een woning ‘vreemd’ aan de inrichting te onderscheiden van een ‘projecteigen’ woning. Een dergelijk onderscheid wordt enkel gemaakt in artikel 5.20.6.4.2 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (Vlarem II), dat evenwel enkel betrekking heeft op de geluidsnormen voor windturbines en niet op het veiligheidsrisico ervan. De weerlegging in de bestreden beslissing van het ongunstige advies van de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie, op het vlak van het veiligheidsrisico, op grond van de overweging dat de woning “niet kan worden beschouwd als een vreemde woning, maar wel als projecteigen woning”, is bijgevolg niet draagkrachtig. Het blijkt bovendien ook niet waarom -en het kan ook geenszins worden aangenomen dat- er enkel een veiligheidsrisico voor de bewoners of eigenaars van de betrokken woning zou bestaan wanneer zij vreemd zijn of blijven aan het betrokken windturbineproject, maar datzelfde risico zou wegvallen van zodra die bewoners of eigenaars “rechtstreeks betrokken zijn bij het project en hierin participeren”. Van een zorgvuldig handelend bestuur kan overigens niet worden aanvaard dat het ermee zou instemmen dat een eigenaar, als onderdeel van een opstalovereenkomst, afstand zou kunnen doen van zijn recht op veiligheid.

27. Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond.

B. Derde middel

Standpunt van de partijen

28. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 8, 16 en 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: natuurbehouddecreet) en de “bijlagen ivm specifiek beschermde diersoorten”, van de artikelen 30bis (in

hoofdorde) en 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), artikel 1.2.1, §§ 2 en 3, van het decreet van 5 april 1995 ‘betreffende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ (hierna: DABM), artikel 10 van, en de bijlagen bij, het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 ‘met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer’ (hierna: Soortenbesluit), artikel 4 van, en bijlage I bij, richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 ‘inzake het behoud van de vogelstand’ (hierna: Vogelrichtlijn), artikel 11 van het decreet van 28 juni 1985 ‘betreffende de milieuvergunning’, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het redelijkheids-, zorgvuldigheids- en voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen.

Wat betreft de in hoofdorde aangevoerde schending van artikel 30*bis* van Vlarem I, vragen de verzoekende partijen in ondergeschikte orde de toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van artikel 783 van het besluit van de Vlaamse regering van 27 november 2015 ter uitvoering van het Omgevingsvergunningsdecreet, waarbij Vlarem I werd opgeheven.

De verzoekende partijen voeren onder meer aan dat twee belangrijke stukken, het monitoringsplan en de geluidssimulatie, pas aan het dossier werden toegevoegd na het openbaar onderzoek. Daarnaast bevat de bestreden beslissing geen bijzondere voorwaarden om het menselijk en/of natuurlijk leefmilieu te beschermen, onder andere wat betreft de impact op het vogel- en vleermuizenbestand. Ze wijzen op de aanwezigheid van verscheidene vogelsoorten die voorkomen op de lijst gevoegd als bijlage I bij de Vogelrichtlijn, zoals de goudplevier, de grote zilverreiger, de wespendif en de slechtvalk. Het advies van ANB bevat evenmin voorwaarden ten gunste van de vogelpopulaties. De motivering in de bestreden beslissing is op enkele punten na gelijkaardig aan de motivering in de beslissing die de Raad van State in zijn arrest nr. 242.514 van 4 oktober 2018 heeft vernietigd. De minister kon niet op goede gronden beslissen dat de hinder tot een “aanvaardbaar” niveau wordt beperkt. Artikel 30*bis* van Vlarem I vereist immers een “hoog” beschermingsniveau. De verzoekende partijen wijzen er nog op dat de projectzone is aangeduid als een risicogebied klasse 2. Het is

kennelijk onverantwoord windturbines te vergunnen in een seizoenstrekroute voor vogels (20.000 trekvogels waaronder zeldzame vogelsoorten). Er werd ook geen rekening gehouden met de nadelige impact op stand- en broedvogels. Ook de impact op de vleermuizenpopulatie als gevolg van barotrauma's en de impact op hun leefkwaliteit en de geschiktheid van hun biotoop als gevolg van geluid, trillingen en slagschaduw afkomstig van de windturbines, werden niet onderzocht. Monitoring betreft een na- en geen voorzorg en komt neer op het tellen van dode en gewonde dieren. De vergunning brengt ook schade toe aan flora en fauna van biologisch waardevol gebied, zonder dat in een compensatie daarvoor is voorzien.

29. De verwerende partij repliceert dat de twee toegevoegde documenten het openbaar onderzoek niet schenden omdat zij de aanvraag niet substantieel wijzigen, dat de verzoekende partijen zich niet gegrond kunnen steunen op een beweerde schending van het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, dat de verzoekende partijen zich ten onrechte beroepen op artikel 30bis, § 2, 7°, van Vlarem I en dat in elk geval de hinder tot een aanvaardbaar niveau wordt beperkt en dat de verzoekende partijen geen onaanvaardbare hinder aantonen. Wat betreft de natuurtoets stelt de verwerende partij dat zij is tegemoet gekomen aan de opmerkingen in arrest nr. 242.514 van de Raad van State. De ogenblikken waarop de windturbines ten gunste van de vleermuizen dienen stilgezet te worden, zijn aangepast en strenger geworden. Ze verwijst naar het advies van ANB van 21 november 2018 waarin dit agentschap een nieuwe beoordeling heeft gemaakt van de te verwachten hinder voor vogels en vleermuizen, naar de niet significante versmalling van de migratiecorridor, naar het feit dat rekening werd gehouden met de vogelsoorten en de aanwezige amfibieën, en naar de studie van Grontmij waarvan de bevindingen werden verwerkt in de bestreden beslissing. Wat betreft de bovenloop van de Vuntebeek verwijst zij naar de watertoets en stelt zij dat de verzoekende partijen niet aantonen dat vermijdbare schade zou ontstaan. Wat betreft de aanwezigheid van vleermuizen tonen de verzoekende partijen niet aan dat de beoordeling foutief zou zijn, foutieve gevolgtrekkingen zouden zijn getrokken uit de gegevens of dat kennelijk onredelijk zou zijn geoordeeld. In de bestreden beslissing wordt expliciet aangeduid welke maatregelen kunnen worden genomen om vermijdbare schade te voorkomen. De opportuniteit van de bestreden beslissing komt noch de

verzoekende partijen noch de Raad van State toe. Artikel 16 van het natuurbehouddecreet vereist niet dat de opgesomde maatregelen uit de bestreden beslissing in het kader van de natuurtoets dienen te worden opgelegd als bijzondere voorwaarden. Het is niet kennelijk onredelijk om te oordelen dat er, gelet op de grote afstand van de windturbines tot het habitatrichtlijngebied, geen impact op de natuur verwacht kan worden. Hoe dan ook duiden de verzoekende partijen geen rechtsgrond aan voor een compensatieplicht ten aanzien van biologisch waardevol gebied. De schending van het Soortenbesluit wordt onvoldoende uitgewerkt. Het voorzorgsbeginsel kan niet worden ingeroepen om verdere studies inzake laagfrequente en infrasone geluiden te eisen en voor het discriminerend aspect wordt geen rechtsgrond aangegeven. Bovendien rijst de vraag naar het belang van de verzoekende partijen. Zij steunen zich op een theoretische uiteenzetting van allerlei hinderaspecten, maar passen deze niet concreet toe. Uit de lokalisatienota en bijkomende studies blijkt dat er ter hoogte van het kasteel 'de Bueren' geen hinder wordt verwacht door geluid, slagschaduw of mastschaduw. Ook de beweerde schade aan de waterhuishouding betreft een loutere bewering die niet concreet aannemelijk wordt gemaakt.

30. De tussenkomen partij stelt dat uit de overwegingen van de bestreden beslissing blijkt dat de vergunningverlenende overheid in haar nieuwe beslissing rekening heeft gehouden met het standpunt van de Raad van State en dit heeft betrokken in haar motivering. De opgelegde voorwaarden zijn op gemotiveerde wijze verstrengd. Het voorzorgsbeginsel is niet geschonden omdat er geen risico bestaat op ernstige en onherstelbare schade. Het "hoog beschermingsniveau van mens en milieu" in artikel 30*bis*, § 2, 7°, van Vlarem I slaat op de milieuvergunningvoorwaarden en niet op de motivering van de "aanvaardbaarheid van de hinder". In verband met artikel 16 van het natuurbehouddecreet verwijst zij naar rechtspraak van de Raad van State. Het behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de vergunningverlenende overheid om te bepalen of en welke maatregelen in het kader van artikel 16 van het natuurbehouddecreet moeten worden genomen ter voorkoming of herstel van schade. Voor het overige sluit zij zich aan bij de weerlegging van het middel door de verwerende partij.

31. De verzoekende partijen dupliceren onder meer dat de toegevoegde documenten vrij substantieel van aard zijn, zodat zij volharden in hun standpunt. De beginselen in artikel 1.2.1, § 2, DABM zijn bij de milieuvergunningverlening dienstig en bindend. In de bestreden beslissing wordt uitdrukkelijk erkend dat er een impact is op de vogels, dat er een seizoenstrekroute aanwezig is, dat de meeste passages op of net onder de rotorhoogte gebeuren, maar dat de verwachte impact aanvaardbaar is, in vergelijking met de natuurlijke sterfte. Noch artikel 8, noch artikel 16 van het natuurbehouddecreet laat evenwel een kwantitatieve drempel toe. De afstand tot het bosgebied en de natuurgebieden worden thans weliswaar vermeld, maar daaruit blijkt geen inhoudelijke beoordeling van de mogelijke nadelige impact op de natuurwaarden in deze gebieden. Voorts blijven zij -in ondergeschikte orde- bij hun standpunt dat de voorgestelde maatregelen met betrekking tot de vleermuizen kaduuk zijn, aangezien ze niet als dwingende maatregelen bij de beslissing zijn gevoegd. Het argument met betrekking tot het biologisch waardevol permanent grasland wordt niet weerlegd. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft intussen, met betrekking tot de stedenbouwkundige vergunning, nochtans geoordeeld dat uit het dossier niet blijkt of een afdoende natuurtoets werd doorgevoerd voor wat betreft de inname van grasland. De milderende maatregelen betreffende de vleermuizen zijn ook nu niet als dwingende voorwaarde opgelegd.

32. De tussenkomende partij stelt in de laatste memorie dat de natuurtoets geen bijzondere motiveringsplicht oplegt. In de bestreden beslissing worden bijkomende verstrengde maatregelen opgenomen met betrekking tot de stillegging van de windturbines, na gunstig advies van ANB. Zij stelt dat de integrale milieuvergunning een dwingend karakter heeft.

33. De verzoekende partijen wijzen er in de laatste memorie op dat de in het advies van ANB voorgestelde maatregelen niet eens formeel worden opgelegd in het bestreden besluit en dat in de motieven van het bestreden besluit de sensor in de gondel slechts een mogelijkheid is.

Beoordeling

34. De verzoekende partijen beschikken in de door hen omschreven concrete omstandigheden over het rechtens vereiste belang bij dit middel. Er anders over oordelen zou bovendien erop neerkomen dat enkel natuurbeschermende (rechts)personen in een ontvankelijk annulatieberoep de schending van de natuurtoets door de vergunningverlenende overheid zouden kunnen opwerpen terwijl nochtans eenieder het grondrecht heeft op de bescherming van een gezond leefmilieu die onder meer wordt geboden door de natuurtoets in artikel 16 van het natuurbehouddecreet.

35. 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.

36. De bestreden beslissing bevat een motivering inzake de “natuurtoets”.

De bestreden beslissing overweegt onder meer dat de projectzone gesitueerd is in risicoklasse 2 door de ligging in een seizoenstrekroute en binnen de 5 km bufferzone rond het pleistergebied “Zeeschelde Dendermonde-Gent” op circa 1,2 km van de projectzone, waardoor de windturbines een (maximale) barrièrewerking zullen hebben. Eveneens dat een impact kan worden verwacht op de vleermuizen die in de omgeving foerageren omdat “de kans op aanvaring reëel” is.

De bestreden beslissing overweegt dat de bijkomende sterfte van vogels ten gevolge van het windturbinepark ten opzichte van de natuurlijke sterfte van 0,5% tot 1% matig negatief is en beschouwt bijgevolg “de verwachte impact van het windpark op vogels als aanvaardbaar”.

De bestreden beslissing overweegt dat ANB aanneemt dat er geen significante effecten worden verwacht op de avifauna maar dat door de ligging van de windturbines in de seizoenstrekroute het aangewezen is dat het aantal eventuele aanvaringsslachtoffers wordt gemonitord, dat met betrekking tot de impact op de vleermuizen het programmeren van de windturbines noodzakelijk is om ze op de aangegeven tijdstippen en bij het cumulatief voorkomen van de opgegeven meteocondities stil te zetten en dat een sensor in de gondel kan worden geïnstalleerd om de vliegbewegingen van vleermuizen rond de rotorbladen te detecteren om de windturbine stil te leggen “op de momenten dat er effectief vleermuizen rond de windturbine worden vastgesteld”, opdat “de impact op de vleermuispopulatie wordt vermeden en tot een aanvaardbaar niveau wordt beperkt”.

37. Er wordt met de verzoekende partijen vastgesteld dat de motivering in het thans bestreden besluit met betrekking tot de natuurtoets inhoudelijk niet wezenlijk verschilt van de motivering van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 25 februari 2016, dat door de Raad van State werd vernietigd bij arrest nr. 242.514 van 4 oktober 2018. Het enige wezenlijke verschil tussen beide besluiten is gelegen in een aanpassing van de tijdstippen waarop (en de meteocondities waarbij) de windturbines moeten

worden stilgelegd. Die vaststelling leidt noodzakelijkerwijze tot de conclusie dat het thans bestreden besluit niet tegemoet komt aan de overwegingen in het arrest nr. 242.514 van de Raad van State van 4 oktober 2018.

Net als in voornoemd arrest moet met name erop worden gewezen dat, door in de bestreden beslissing na te gaan of de sterfte van vogels en vleermuizen al dan niet significant is en bijgevolg al dan niet aanvaardbaar is, aan de “vermijdbare” schade een kwalitatief of kwantitatief criterium wordt verbonden waardoor aan de voorzorgsplicht in artikel 16 van het natuurbehouddecreet verzaakt wordt. Wanneer de overheid nochtans vaststelt dat er door een activiteit (exploitatie) vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan, dan dient zij daaraan, bij vergunningverlening, de voorzorgsmaatregelen vast te knopen onder de vorm van voorwaarden die deze schade kunnen voorkomen, dan wel beperken of, indien dit niet mogelijk is, herstellen. Uit de bestreden beslissing blijkt geen onderzoek naar dergelijke maatregelen. Het “monitoren” van eventuele aanvaringsslachtoffers omwille van de ligging in een seizoenstrekroute kan dan wel relevantie hebben voor de natuurzorgplicht van vergunninghouders in het kader van artikel 14 van het natuurbehouddecreet, maar doet niet af aan de vaststelling dat de bestreden beslissing artikel 16, § 1, van het natuurbehouddecreet schendt. De maatregelen in de bestreden beslissing met betrekking tot de impact op de aanwezige vleermuizensoorten, worden bovendien niet dwingend in de vergunning opgelegd waardoor niet gewaarborgd wordt dat de exploitatie kan plaatsvinden zonder vermijdbare schade.

38. Het derde middel is gegrond.

VI. Kosten

39. De kosten dienen ten laste van de verwerende partij te worden gelegd.

Deze kosten omvatten het rolrecht van 200 euro per verzoekende partij en een bijdrage van 20 euro per verzoekende partij, zoals bepaald bij artikel

66, 6°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Bij arrest nr. 22/2020 van 13 februari 2020 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel in het kader van het beroep tot vernietiging van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand’ en van de wet van 26 april 2017 ‘houdende de regeling van de oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand voor wat de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft’, de woorden “per verzoekende partij” vernietigd in artikel 4, § 4, eerste en derde lid, van de wet van 19 maart 2017, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 26 april 2017.

Bijgevolg is er, op grond van de *erga omnes* en retroactieve werking van het voormelde arrest, aanleiding om de terugbetaling te bevelen van de onterecht betaalde bijdrage.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 14 maart 2019 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 13 augustus 2015, houdende het verlenen van een vergunning, voor een termijn verstrijkend op 13 augustus 2035, aan de nv Eneco Wind Belgium voor het exploiteren van een windmolenpark gelegen aan de Geerbosstraat te Melle, gedeeltelijk gegrond worden verklaard en de bestreden vergunning wordt gewijzigd.

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 400 euro, een bijdrage van

20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

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

4. De onterecht betaalde bijdrage ten bedrage van 20 euro dient te worden terugbetaald aan de verzoekende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van eenentwintig oktober tweeduizend eenentwintig, 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