

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 261.811 van 19 december 2024

in de zaak A. 236.034/VII-41.357

In zake : de VZW VOGELBESCHERMING VLAANDEREN
 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 LUMINUS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Tom Malfait en Vanessa McClelland
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kasteellaan 141
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 april 2022, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme van 1 februari 2022 dat de beroepen tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Limburg van 1 juni 2017, tot het verlenen van de milieuvergunning voor een termijn van 20 jaar aan de nv EDF Luminus voor het exploiteren van een nieuw windturbinepark, gelegen aan de Maatheide te Lommel, deels gegrond verklaart, de beroepen beslissing opheft, en de gevraagde vergunning deels verleent en deels weigert.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Luminus heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 7 juni 2022. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Benny De Sutter heeft op 10 november 2022 een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 november 2024.

Staatsraad Francis Van Nuffel heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gwijde Vermeire, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Caroline Cleynen, die *loco* advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Tom Malfait, 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 (hierna: RvS-wet).

III. Feiten

3.1. De tussenkomende partij neemt zich voor een windturbinepark te realiseren op de Maatheide te Lommel, en laat voor dit project een milieueffectenrapport (hierna: MER) opmaken. In dat MER wordt uitgegaan van een project met 16 windturbines, doch na de interdisciplinaire afweging van de milieueffecten wordt het project herleid naar acht windturbines.

3.2. Nu de windturbines een aanzienlijke invloed kunnen hebben op “bijzonder beschermd gebied” bevat het MER een “passende beoordeling” (t.a.v. “vogelrichtlijn- en habitatrichtlijngebied”) en een “verscherpte natuurtoets” (t.a.v. “VEN-gebied”). Volgens de conclusies hiervan zijn significante negatieve effecten te verwachten ten gevolge van de barrièrewerking op de seizoensroute van trekvogels, de aanvaringsrisico’s van meeuwen die tijdens de winterperiode ter plaatse hun slaapplek hebben, en de aanvaringsrisico’s van vleermuizen die ter plaatse een jachtgebied hebben. Het MER stelt om die redenen enkele milderende maatregelen voor op het vlak van de inplanting van de windturbines en de tijdelijke stillegging ervan tijdens bepaalde periodes, waardoor deze effecten niet langer betekenisvol zijn. De dienst MER van de verwerende partij keurt het MER goed op 7 april 2016.

3.3. Op 12 december 2016 dient de tussenkomende partij een aanvraag in voor een milieuvergunning met betrekking tot de exploitatie van een windturbinepark met zeven windturbines aan de Maatheide te Lommel. Het goedgekeurde MER wordt bij deze aanvraag gevoegd.

3.4. Volgens het gewestplan Neerpelt-Bree, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 22 maart 1978 en gewijzigd bij besluit van de Vlaamse regering van 28 juli 1995, worden vijf van deze windturbines (WT1, WT4, WT5, W6 en WT7) ingeplant in een industriegebied, en twee windturbines (WT2 en WT3) in een ontginningsgebied met overdruk renovatiegebied en met nabestemming natuurgebied.

3.5. De deputatie van de provincieraad van Limburg verleent op 1 juni 2017 de gevraagde milieuvergunning voor een termijn van 20 jaar. Onder meer de verzoekende partij stelt tegen deze beslissing bestuurlijk beroep in bij de bevoegde minister. Bij besluit van 8 december 2017 verklaart de bevoegde minister de administratieve beroepen ontvankelijk en deels gegrond. Zij voegt aan de vergunningsbeslissing van de deputatie een bijkomende bijzondere voorwaarde toe.

3.6. De verzoekende partij dient op 12 februari 2018 bij de Raad van State een verzoekschrift in tot nietigverklaring van het ministerieel besluit van 8 december 2017.

3.7. In de loop van 2020 gaat de tussenkomen partij over tot de oprichting en ingebruikname van vijf van de zeven vergunde windturbines. Zij ziet af van de oprichting van de windturbines WT6 en WT7.

3.8. Bij arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 vernietigt de Raad van State voormeld ministerieel besluit van 8 december 2017.

Het eerste aangevoerde middel wordt gegrond bevonden op grond van de volgende beoordeling:

“De in een ontginningsgebied toegelaten activiteiten moeten in principe gericht zijn op ontginning. Het begrip ontginning wordt in artikel 2, 5°, van het [decreet van 4 april 2003 ‘betreffende de oppervlakedelfstoffen’] omschreven als de ‘activiteit waarbij oppervlakedelfstoffen worden onttrokken aan de bodem door middel van een bovengrondse exploitatie’. Daarnaast zijn in een ontginningsgebied ook activiteiten of handelingen toegelaten die in functie staan van de realisatie van de oorspronkelijke of toekomstige bestemming van het plan.

In de bestreden beslissing wordt overwogen dat ‘het windturbineproject rechtstreeks groene energie levert voor het ontginningsproces van Sibelco in Lommel’.

In het MER wordt gesteld:

‘De geplande turbines zullen rechtstreeks groene energie leveren voor het productieproces van Sibelco in Lommel.

Bedrijven in de omgeving zullen eveneens groene energie kunnen afnemen, waardoor het maatschappelijk draagvlak van het project substantieel wordt vergroot.

[...]

De stad Lommel engageert zich mee in het SLIM project, opgezet door EDF. De stad wenst in deze context windturbines in te planten op de gronden die zij in eigendom heeft en heeft de uitdrukkelijke wens om de ganse zone Maatheide optimaal in te plannen met windturbines met het oog op een maximale productie aan windenergie.’

Noch de verwerende partij, noch de tussenkomenende partij antwoorden specifiek op het argument van de verzoekende partij dat de aansluiting op het openbare elektriciteitsnet ‘geen bewijs van bedrijfsgebonden [lokale] energievoorziening’ betreft en dat de windturbines zes en zeven, die in het ontginningsgebied gelegen zijn, derhalve ‘geheel onafhankelijk [staan] van de eigen [elektriciteitswinning] van de exploitant’.

Uit het door de verzoekende partij aangehaalde advies van [het Agentschap voor Natuur en Bos] blijkt nochtans dat de windturbines zes en zeven ‘via een nieuwe cabine [worden] verbonden met het openbare elektriciteitsnet’. Het staat dus niet ontegensprekelijk vast dat de installatie enig uitstaans heeft met het onttrekken van een oppervlaktedelfstof aan de bodem en dus in functie staat van de realisatie van de oorspronkelijke of toekomstige bestemming van het plan. Het gegeven dat het projectgebied in een industriële omgeving ligt en zolang de ontginning niet voldoende ver gevorderd is, tevens kan gebruikt worden voor een bijkomende nuttige aanwending zonder dat deze conflicteert met de hoofdactiviteit ontginning, doet er geen afbreuk aan dat niet blijkt dat deze windturbines in functie staan van ontginningsactiviteiten en dus strijden met het bestemmingsvoorschrift voor ontginningsgebied. Het gegeven dat de aanleg van de windturbines de realisatie van de nabestemming niet verhindert, doet evenmin afbreuk aan die vaststelling.”

Het vierde onderdeel van het aangevoerde tweede middel wordt eveneens gegrond bevonden:

“Volgens artikel 26*bis*, § 1, eerste lid, van [het decreet van 21 oktober 1997 ‘betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu’] mag ‘de overheid [...] geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken’.

Het is niet aan de verzoekende partij om aan te tonen dat er onvermijdbare en onherstelbare schade zou zijn. Uit de decretale tekst blijkt dat alleen reeds de kans op onvermijdbare en onherstelbare schade voldoende is om een vergunning te weigeren. Er mag dienaangaande dan ook geen onzekerheid bestaan. Het komt de vergunningverlenende overheid bijgevolg toe dit uitdrukkelijk in haar beslissing te motiveren, temeer wanneer - zoals te dezen het geval is - in het beroepschrift expliciet wordt gewezen op de aanwezigheid van VEN-gebied in de onmiddellijke omgeving en wordt geargumenteed dat onmogelijk kan worden beoordeeld welke vleermuizen in het projectgebied zelf voorkomen omdat er praktisch geen tellingen zijn verricht op de locaties waar de windturbines zijn gepland en er meer gericht onderzoek nodig is.

Uit de passende beoordeling / verscherpte natuurtoets blijkt dat ‘mogelijks effecten [kunnen] ontstaan zoals toename barrièrewerking, aanvaringsrisico’s, lawaaihinder, rustverstoring, wijziging van de hydrologie (tijdelijk) en onrechtstreeks verontreiniging die de natuurwaarden van deze VEN-gebieden kunnen beïnvloeden’.

Verder wordt nog gesteld:

‘3.3.4 Effectbeoordeling ten aanzien van door de Habitat- en Vogelrichtlijn beschermde habitats en soorten

Bij toepassing van de hiervoor aangehaalde milderende maatregelen worden bij de uitwerking van het project, slechts verwaarloosbare tot matig negatieve effecten verwacht ten aanzien van de door de Habitat- en Vogelrichtlijn beschermde soorten.

3.3.5 Effectbeoordeling ten aanzien van VEN, RAMSAR en natuureservaat
De VEN-gebieden en natuureservaten zijn grotendeels gelegen ter hoogte van de SBZ. Hierdoor zijn de bovenvermelde bemerkingen en effectbeoordelingen eveneens van toepassing op deze gebieden.’

In het bestreden besluit wordt overwogen:

‘[...] dat in het project-MER en de passende beoordeling de potentiële impact op de lokale fauna en flora wordt beschreven; dat uit het project-MER blijkt dat de windturbines steeds de potentie hebben om verstoring van de aanwezige fauna te veroorzaken; dat vogels en vleermuizen in aanvaring kunnen komen met de windturbines; dat de impact op de aanwezige vogelsoorten kan optreden tijdens de aanlegfase en de exploitatiefase; dat de hinder tijdens de aanlegfase beperkt is en in die mate gepland kan worden; dat er geen milderende maatregelen nodig zijn volgens het aanvraagdossier; dat de hinder tijdens de exploitatiefase steeds zal optreden in de zone rondom de windturbines en een gevolg is van de barrièrewerking tijdens de seizoenstrekroute, de potentiële aanvaringsslachtoffers onder de vleermuizen ter hoogte van het kanaal en de aanvaringsslachtoffers tijdens de winter van de pleisterende meeuwen.’

Wat betreft de barrièrewerking blijkt uit de overwegingen van het bestreden besluit dat het significant effect kan gemilderd worden door het aantal lijnopstellingen te beperken en tussen de lijnen een voldoende grote afstand te voorzien. Omtrent het aanvaringseffect van het voorliggend windturbineproject wordt in de bestreden beslissing besloten dat het zeer significant negatief effect middels de milderende maatregelen kan worden beperkt tot ‘niet betekenisvol’. Verder blijkt uit de bestreden beslissing dat er geen significante effecten optreden inzake water. Voor de overige milieuaspecten, die niet worden aangehaald in de beroepschriften, wordt ten slotte ‘de argumentatie van het bestreden besluit’ gevolgd. De uitdrukkelijk erkende negatieve impact op de natuurwaarden in het VEN wordt echter niet betrokken op het hoger vermelde en decisieve criterium van onvermijdbare en onherstelbare schade. Dat die negatieve impact als niet significant of niet betekenisvol wordt ingeschat doet daarbij niet ter zake, nu een dergelijke drempel niet in het decreet werd ingeschreven. Om die reden is ook de overweging dat de effecten op de vleermuizen ‘eerder beperkt’ zijn in dit verband niet pertinent. De verwerende partij kan, wat betreft de verscherpte natuurtoets in de zin van artikel 26*bis* van het natuurbehouddecreet, dan ook niet nuttig verwijzen naar de effectbeoordeling waarin wordt onderzocht of er al dan niet sprake is van significante effecten. Op die manier miskent zij

immers het onderscheid in focus en finaliteit tussen de bescherming van, enerzijds, het VEN dat een algehele doelstelling van natuurbehoud beoogt, en, anderzijds, de speciale beschermingszone waar bijzondere instandhoudingsdoelstellingen gelden voor habitats en soorten. Het gegeven dat het VEN en de speciale beschermingszone grotendeels overlappen doet daaraan geen afbreuk.

Er ligt bijgevolg geen specifieke motivering voor in de zin van artikel 26*bis* van het natuurbehouddecreet.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat voor WT2 en WT3 geen gericht onderzoek is gevoerd en er daarom een onzekerheid bestaat wat betreft de effecten op vleermuizen. Het gegeven dat zij ‘zoveel mogelijk opgevangen’ wordt met een landschapsstudie en aannames, is niet van aard die onzekerheid volledig weg te nemen. Wat de overige windturbines betreft, blijkt dat er wetenschappelijke leemtes bestaan in de kennis over risico’s voor vleermuizen, en dat er maar een ‘relatief beperkt aantal metingen’ zijn uitgevoerd. Het argument in de laatste memorie van de tussenkomenende partij dat uit de adviezen van het ANB en INBO voldoende duidelijk blijkt dat de project-MER en de overige studies afdoende informatie bevatten om een oordeel te vormen over de impact van het project op natuurwaarden, overtuigt niet.”

3.9. Met een schrijven van 13 november 2021 bezorgt de verzoekende partij aan de verwerende partij een nota met haar argumentatie waarom de aanvraag, na het arrest van de Raad van State, dient geweigerd te worden.

3.10. Op 14 december 2021 verleent het Agentschap voor Natuur en Bos (hierna: ANB) een nieuw advies over de aanvraag. ANB onderschrijft hierin de conclusie die is uiteengezet in een toelichtende nota die de tussenkomenende partij hem bezorgde op 2 november 2021: “het uitvoeren van het project zal geen onvermijdbare en onherstelbare schade veroorzaken aan het leefgebied van vleermuizen en vogels in het VEN”. Omdat er toch enige onzekerheid bestaat omtrent het al dan niet voorkomen van vleermuizen ter hoogte van WT2 en WT3, adviseert ANB voor deze windturbines te voorzien in bijkomende stilstandmodi.

3.11. De Gewestelijke Milieuvergunningscommissie verleent op 21 december 2021 een voorwaardelijk gunstig advies.

3.12. Met een besluit van 1 februari 2022 verklaart de bevoegde Vlaamse minister de bestuurlijke beroepen deels gegrond en verleent zij een

milieuvergunning onder voorwaarden aan de tussenkomende partij voor de exploitatie van een nieuw windturbinepark bestaande uit vijf windturbines, voor een termijn verstrijkend op 1 juni 2037.

Dit is het thans bestreden besluit.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Met een brief van 5 november 2024 bezorgt de verzoekende partij aan de Raad van State bijkomende stukken, waarvan zij de relevantie in de brief toelicht. Ook op de zitting van 7 november 2024 legt de verzoekende partij nog een bijkomend stuk neer. De verwerende partij en de tussenkomende partij vragen dat deze stukken worden geweerd uit het debat.

5. Na de laatste memorie kunnen de partijen in beginsel geen procedurestukken of stavingsstukken meer indienen. De brief van 5 november 2024, de erbij gevoegde stukken, en het op 7 november 2024 neergelegde stuk, worden uit het debat geweerd.

V. Onderzoek van de middelen tot nietigverklaring

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel wordt genomen uit de schending van het gewestplan Neerpelt-Bree, vastgesteld bij koninklijk besluit van 22 maart 1978, de artikelen 7, 8, 13 en 17 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 ‘betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen’ (hierna: inrichtingsbesluit), artikel 2 van het decreet van 4 april 2003 ‘betreffende de oppervlaktedelfstoffen’ (hierna: oppervlaktedelfstoffendecreet), artikel 5.6.7 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna: VCRO), het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, de wet van 12 augustus 1911 ‘tot het behoud

van de schoonheid der landschappen' (hierna: de wet van 12 augustus 1911), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' (hierna: motiveringswet) en de materiële motiveringsplicht, het arrest van de Raad van State nr. 251.680 van 30 september 2021, de geluidsnormen in bijlage 2.2.1 en 4.5.4 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 'houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne' (hierna: Vlarem II) ten aanzien van natuurgebieden, en artikel 52, 3°, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 'houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning' (hierna: Vlarem I).

Het eerste middel bevat wijdlopijge kritiek op het bestreden besluit die hierna door de Raad van State voor een goed begrip wordt samengevat in acht onderdelen.

7. In een eerste onderdeel komt de verzoekende partij op tegen de beoordeling dat de windturbines verenigbaar zijn met het bestemmingsvoorschrift van het ontginningsgebied.

De motivering van het bestreden besluit is volgens de verzoekende partij tegenstrijdig waar, enerzijds, wordt overwogen dat WT2 en WT3 gelegen zijn in ontginningsgebied en zullen worden "aangesloten op de bestaande elektriciteitscabine van Sibelco die de opgewekte energie zal gebruiken voor de productieprocessen" en dus "duidelijk een relatie hebben met het onttrekken van de delfstoffen aan de bodem", terwijl, anderzijds, wordt overwogen dat de windturbines die ingeplant zijn "in het ontginningsgebied, rechtstreeks in functie staan van het industriegebied via het leveren van groene elektriciteit voor de productieprocessen". Overigens blijkt uit geen enkel stuk van de aanvraag, noch uit het MER op welke wijze de elektriciteitsproductie door windenergie gekoppeld wordt aan de zandontginning. Dat WT2 en WT3 zullen worden "aangesloten op de bestaande elektriciteitscabine van Sibelco en zo verder voor de 'productieprocessen' en hiermee met het onttrekken van de delfstoffen 'en met functies die hiermee in relatie staan'", betreft een onbewezen stellingname en motivering. In de aanvraag wordt vermeld dat er aansluiting zal gebeuren op het

openbaar elektriciteitsnet. Niets bewijst overigens dat de tussenkomende partij de opgewekte energie enkel in dienst stelt van de ontginningsactiviteiten.

In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij hieraan toe dat het opwekken van energie door WT1, WT2 en WT3 en het aansluiten van deze windturbines aan de elektriciteitscabine van Sibelco, op zich geen vorm zijn van het onttrekken van delfstoffen aan de bodem. Het gewestplanvoorschrift voorziet dit evenmin. Het is ook niet aangetoond dat de door de windturbines geproduceerde energie exclusief aan Sibelco geleverd zou worden. Bovendien bestaat er een verschil tussen het ontginningsproces en het productieproces van Sibelco, dat betrekking heeft op de verwerking van de ontgonnen delfstoffen en overigens plaatsvindt in de industriezone. In het aanvraagformulier wordt overigens vermeld dat de stroom grotendeels geleverd wordt aan het openbaar elektriciteitsnet. In het vorige vernietigingsarrest werd vastgesteld dat er geen bewijs was van de bedrijfsgebonden lokale energievoorziening. Minstens in ondergeschikte orde blijkt dus dat het aanleveren van energie aan het elektriciteitsnet, zelfs als het als een nuttige aanwending aanzien kan worden, daarom nog niet aantoonst dat de vergunde windturbines op zich in functie staan van ontginningsactiviteiten en dus strijden met het bestemmingsvoorschrift voor ontginningsgebied.

Zij benadrukt vervolgens dat in een ontginningsgebied enkel de handelingen mogelijk zijn die als ontginningsactiviteit zijn te aanzien, en dus niet de handelingen die louter “in functie staan van” of “een relatie hebben met” die bestemming. De omstandigheid dat de windturbines zouden gebruikt worden voor de “productieprocessen” van Sibelco, betekent verder niet dat zij te zien hebben met “ontginningsactiviteiten” van deze laatste. Het opslaan van ontginningswater afkomstig van een andere groeve, is geen ontginningsactiviteit: water is geen delfstof. Door de inplanting van WT2 en WT3 op de oever van de vijver “Maatheide links” - waar geen zand meer wordt ontgonnen - moet de nabestemming natuurgebied op die plaats worden toegepast.

8. In het tweede onderdeel van het middel komt de verzoekende partij op tegen de beoordeling van het bestreden besluit dat de windturbines die

zich in het ontginningsgebied bevinden, verenigbaar zijn met de nabestemming natuurgebied.

WT2 en WT3 worden voorzien op de oostoever van de vijver “Maatheide links”, die reeds geruime tijd is ontgonnen. Bijgevolg moet volgens de verzoekende partij in dit gebied de nabestemming natuurgebied verwezenlijkt worden. De exploitatie van windturbines kan evenwel niet worden aanzien als een manier om het natuurlijk milieu te herstellen en te beschermen. Het blijkt niet dat in het bestreden besluit met deze nabestemming rekening is gehouden. Evenmin blijkt dat een onderscheid werd gemaakt tussen de vijver “Maatheide links”, die niet meer wordt ontgonnen, en de vijver “Maatheide rechts”, die nog wel wordt ontgonnen. Verder bevat het bestreden besluit ook geen concrete motivering van hoe de nabestemming natuurgebied gerespecteerd wordt door een project dat minstens tot 2037 zal duren.

In dat verband hekelt de verzoekende ook de omstandigheid dat het bestreden besluit het betrokken project niet concreet aftoetst aan het oppervlakedelfstoffendecreet, terwijl er geen zand meer onttrokken wordt aan de bodem en er dus geen sprake meer is van ontginning.

In de memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij nog dat het opslaan van ontginningswater geen ontginning van een delfstof betreft. De vijver wordt thans gebruikt voor het lozen van waswater en water afkomstig van het baggeren. Dit zijn evenwel geen activiteiten die als het onttrekken van delfstoffen kunnen worden aanzien, noch in het kader van het gewestplanvoorschrift, noch in de spraakgebruikelijke betekenis en evenmin in de zin van het oppervlakedelfstoffendecreet. In het project-MER is eveneens enkel sprake van een nog lopende ontginning van de groeve “Maatheide rechts” en niet van een nog lopende ontginning van de groeve “Maatheide links”.

9. Het derde onderdeel van het middel heeft betrekking op WT1 en WT5, die zijn gelegen in industriegebied, maar een wiekoverdraai zouden hebben tot in het ontginningsgebied. Volgens de verzoekende partij motiveert het bestreden besluit niet waarom dit toegelaten is.

10. Het gezag van gewijsde van arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 wordt volgens het vierde onderdeel van het middel geschonden omdat opnieuw een vergunning wordt verleend voor de windturbines in ontginningsgebied, terwijl in dat arrest het middel in verband met de schending van de gewestplanbestemming ontginningsgebied gegrond werd verklaard. Er is dus een probleem met het ontginningsgebied als bestemming, in elk geval wat betreft WT2 en WT3 die volledig in ontginningsgebied gelegen zijn en ook wat betreft WT1 en WT5 omwille van de wiekoverdraai.

11. In het vijfde onderdeel van het middel merkt de verzoekende partij op dat WT1 en WT5 zich in de bufferzone van het industriegebied bevinden. De functie van de bufferzone bestaat erin de industriële activiteiten groen in te bufferen en te omkleden. De windturbines verhinderen dat die functie wordt verwezenlijkt. Hierover ontbreekt ook elke motivering.

12. Het zesde onderdeel van het middel komt op tegen het beroep dat het bestreden besluit voor WT5 heeft gedaan op de afwijkingsmogelijkheid voorzien in artikel 5.6.7 VCRO. Gelet op de wiekoverdraai in een gebied met nabestemming natuurgebied, is immers niet voldaan aan de voorwaarde dat de te realiseren bestemming niet in het gedrang mag worden gebracht. Bovendien is deze afwijkingsbepaling bedoeld voor aanvragen van een omgevingsvergunning terwijl het hier om een milieuvergunning gaat. Daarnaast is er een duidelijk probleem op het vlak van goede ruimtelijke ordening, onder meer het aspect 'hinder', de functionele inpassing, visueel-vormelijk door de visuele impact tot minstens 2 km ver, de negatieve impact op het (natuurlijk) leefmilieu en op het gebruiksgenot wegens de derving van de beleving van landschap en natuur.

Wat het beroep op de afwijkingsmogelijkheid voor WT1 betreft, werpt de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord de vraag op of er geen sprake is van verstoring van de bestemming voor stortgebied met gepollueerde gronden en de daarbij horende functies. De verzoekende partij merkt op dat bv. bij wiekbreuk of andere calamiteiten materialen in het stortgebied getroffen kunnen worden, wat een verstoring van het gebied kan betekenen. Het

kan immers niet de bedoeling zijn dat gepollueerde gronden gaan verschuiven ingevolge een calamiteit. Hierbij valt de ligging van het stortterrein nabij een natuur-waardevolle ontginningsvijver niet te verwaarlozen.

13. Vervolgens roept de verzoekende partij in een zevende onderdeel van het middel de wet van 12 augustus 1911 in omdat deze wet de verplichting inhoudt om bij de ontginning van groeven en graverijen in de mate van het mogelijke de grond zijn uiterlijk terug te geven door de uithollingen, weggravingen of aanaardingens die moeten blijven, te bebossen of van gewassen te voorzien. De inplanting van windturbines kan in alle redelijkheid niet als de aanplanting van een bos of gewas worden aanzien.

In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de tussenkomenende partij geen ontginning is, zodat de wet van 12 augustus 1911 op haar niet van toepassing is, maar dat de verwerende partij, als vergunningverlenende overheid, die wetgeving wel degelijk diende toe te passen op grond van het wettigheidsbeginsel.

In de laatste memorie voegt de verzoekende partij hieraan toe dat de ontginning van “Maatheide links” is voltooid, zodat er volgens de wet van 12 augustus 1911 een beplanting dient te gebeuren en windturbines evident geen beplanting zijn. Deze wet heeft het in elk geval ook niet over activiteiten die “in functie staan” van de bestemming van de groeve.

14. Tot slot bekritiseert de verzoekende partij in een achtste en laatste onderdeel van het middel het feit dat noch in de bestreden beslissing, noch in de voorgaanden werd onderzocht of de geluidshinder door de windturbines de wettelijke geluidsniveaus voor natuurgebied kan respecteren.

In de memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij omtrent de geluidsnormen dat, behoudens vergissing, een geluidsstudie geen deel uitmaakte van de milieuvergunningaanvraag. De natuurwaarden zijn voorts nog verschillend van de natuurgebieden. Natuurwaarden zijn niet aan een bestemming verbonden.

In de laatste memorie volhardt de verzoekende partij dat onvoldoende concreet werd geverifieerd dat aan de normen kan worden voldaan omdat niet blijkt dat de in het project-MER vermelde beoordelingspunten gelegen zijn in het natuurgebied. Er wordt niet aangetoond dat de geluidsnormen voor natuurgebied worden gehaald, en de concrete motivering hiervoor valt in het bestreden besluit niet te lezen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

15. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat de aanvraag tot milieuvergunning initieel betrekking had op zeven windturbines. De tussenkomende partij heeft afstand gedaan van de aanvraag voor de windturbines WT6 en WT7, en met het bestreden besluit worden de vijf windturbines vergund waarvan de planologische situatie de volgende is volgens het gewestplan Neerpelt-Bree:

- WT1: industriegebied, met wiekoverdraai in stortgebied voor gepollueerde gronden;
- WT2: ontginningsgebied met overdruk renovatiegebied en nabestemming natuurgebied;
- WT3: ontginningsgebied met overdruk renovatiegebied en nabestemming natuurgebied;
- WT4: industriegebied;
- WT5: industriegebied met wiekoverdraai in ontginningsgebied met overdruk renovatiegebied en nabestemming natuurgebied.

16. De planologische verenigbaarheid van deze vijf windturbines wordt in het bestreden besluit als volgt beoordeeld:

“Overwegende dat de aanvraag, wat de implanting van WT1, WT4 en WT5 betreft, principieel in overeenstemming is met de geldende gewestplanvoorschriften inzake industriegebied; dat de productie van windenergie een productieactiviteit betreft; dat dit uitdrukkelijk wordt

onderschreven in het arrest van de Raad van State nr. 251.680 van 30 september 2021 met betrekking tot huidige aanvraag;

Overwegende dat WT2 en WT3 gelegen zijn in ontginningsgebied met nabestemming natuurgebied; dat activiteiten in een ontginningsgebied in principe moeten gericht zijn op ontginning; dat naast ontginning ook nog activiteiten of handelingen zijn toegestaan in functie van de realisatie van de oorspronkelijke of toekomstige bestemming van het plan; dat WT1, WT2 en WT3 zullen worden aangesloten op de bestaande elektriciteitscabine van Sibelco die de opgewekte energie zal gebruiken voor de productieprocessen, zoals aangegeven in het project-MER; dat WT2 en WT3 die dus in het ontginningsgebied zijn gelegen dus duidelijk een relatie hebben met het onttrekken van de delfstoffen aan de bodem en met functies die hiermee in relatie staan en dus in overeenstemming zijn met de gewestplanbestemming; Overwegende dat de nabestemming ‘natuurgebied’ van toepassing is na het stopzetten van de ontginningsactiviteiten; dat gelet op de randvoorwaarden en het huidige ontginningstempo de ontginning (inclusief fabrieksactiviteit) nog minstens 20 jaar zal worden verdergezet; dat de inplanting van WT2 en WT3 niet in strijd is met de ontginningsfunctie; dat de windturbines een tijdelijk karakter hebben; dat de levensduur van de windturbines korter is dan de termijn die nog voor ontginning nodig is; dat bijgevolg de windturbines de realisatie van de nabestemming op termijn niet in het gedrang brengen; dat het in die zin aangewezen is om op te leggen dat na het stopzetten van de productie van energie alle constructies moeten verwijderd worden;

Overwegende dat dus ook wat WT2 en WT3 betreft, er duidelijk geen strijdigheid betreft met de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan, in deze ontginningsgebied met nabestemming natuurgebied; dat de overeenstemming van WT2 en WT3 met deze gewestplanbestemming uitdrukkelijk door de Raad van State in het arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 niet wordt betwist in tegenstelling tot de overeenstemming van het gewestplan van WT6 en WT7 die niet langer aangevraagd worden door de aanvrager;

Overwegende dat de WT2 en WT3 evenmin strijdig zijn met de bestemming renovatiegebieden (overdruk); dat de windturbines de nabestemming (lees omschakeling), om de reeds gestelde redenen, niet in het gedrang brengen;

Overwegende dat vastgesteld wordt dat de wiek van WT5 kan draaien over de gewestplanbestemming ontginningsgebied met nabestemming natuurgebied en renovatiegebied (overdruk); de windturbine staat namelijk circa 40 m van deze bestemming waardoor er circa 16 m van de wiek bij bepaalde windrichtingen over deze zone komt; dat de elektriciteit van WT5 via een aparte cabine op het elektriciteitsnet zal worden geplaatst zodat niet kan gesteld worden dat WT5 100% in functie staat van het ter plaatse ontginnende bedrijf Sibelco; dat bijgevolg voor dit deel een strijdigheid met het bestemmingsvoorschrift voor de ontginningsgebieden bestaat; dat dienaangaande verwezen wordt naar de afwijkmogelijkheid gegeven door de VCRO, meer bepaald in artikel 5.6.7; dat dit artikel het volgende stelt:

[...]

Overwegende dat met betrekking tot de wiekoverdraai over het gebied met de overdruk renovatiegebied kan verwezen naar bovenstaande motivatie waarin de verenigbaarheid van windturbines met deze wordt besproken; dat

moet opgemerkt worden dat het hier louter wiekoverdraai betreft boven dit deel van het renovatiegebied; dat bijgevolg de sanering of omschakeling van het gebied niet in het gedrang wordt gebracht;

Overwegende dat de wiek van WT1 eveneens kan draaien over de gewestplanbestemming stortgebied voor gepollueerde gronden; dat ook hier de windturbine op circa 40 m van deze bestemming staat; dat er alleen wiekoverdraai mogelijk is over het uiterste noordoostelijke hoekje van deze zone; dat ook de exploitatie van deze windturbine niet in overeenstemming is met de daarvoor geldende bestemmingsvoorschriften; dat hiervoor ook kan verwezen worden naar het voornoemde afwijkingsvoorschrift;

Overwegende dat met betrekking tot de wiekoverdraai van WT1 en WT5 over respectievelijk een stortgebied voor gepollueerde gronden en ontginningsgebied met nabestemming natuurgebied en renovatiegebied (overdruk), zoals verder blijkt, de ruimtelijke draagkracht van het gebied niet wordt overschreden en de verweving van functies de aanwezige bestemming niet in het gedrang brengt of verstoort; dat de windturbines gelegen zijn in een industriële zone met ontginning; dat het gebied waar de vijf windturbines ingeplant staan als een industrieel landschap met ontginning en industriële verwerking van de ontgonnen delfstoffen fungeert; dat voor beide windturbines er slechts een zeer beperkte overdraai is met deze bestemmingen, zijnde maximaal circa 16 m van de rotor en dit alleen bij bepaalde windrichtingen; dat bijgevolg voldaan wordt aan artikel 5.6.7, §1, 1° VCRO;

Overwegende dat voor deze beide windturbines een rechtsgeldige stedenbouwkundige vergunning werd verleend op 25 juli 2017; dat er geen procedures meer hangende zijn tegen deze bouwvergunning zodat deze niet ter discussie staat; dat bijgevolg de windturbines als hoofdzakelijk vergund moet[en] beschouwd worden; dat bijgevolg voldaan wordt aan artikel 5.6.7, §1, 2° VCRO.”

17. Artikel 17 van het inrichtingsbesluit bepaalt:

“6. De gebieden bestemd voor ander grondgebruik:
[...]

6.3. De ontginningsgebieden.

In deze gebieden dient rondom een afzonderingsgordel te worden aangelegd, waarvan de breedte vastgesteld wordt door de bijzondere voorschriften.

Na de stopzetting van de ontginningen dient de oorspronkelijke of toekomstige bestemming, die door de grondkleur op het plan is aangegeven, te worden geëerbiedigd. Voorwaarden voor de sanering van de plaats moeten worden opgelegd opdat de aangegeven bestemming kan worden gerealiseerd.”

De in een ontginningsgebied toegelaten activiteiten moeten in principe gericht zijn op ontginning. Het begrip ontginning wordt in artikel 2, 5°, van het oppervlakedelfstoffendecreet omschreven als de “activiteit waarbij

oppervlakedelfstoffen worden onttrokken aan de bodem door middel van een bovengrondse exploitatie”. Daarnaast zijn in een ontginningsgebied ook activiteiten of handelingen toegelaten die in functie staan van de realisatie van de oorspronkelijke of toekomstige bestemming van het plan.

18. Het bestreden besluit acht de inplanting van windturbines in het ontginningsgebied verenigbaar met het bestemmingsvoorschrift omdat deze windturbines “worden aangesloten op de bestaande elektriciteitscabine van Sibelco die de opgewekte energie zal gebruiken voor de productieprocessen, zoals aangegeven in het project-MER”.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat niet zou worden bewezen dat de windturbines in het ontginningsgebied niet (deels) op het openbaar elektriciteitsnet worden aangesloten, gaat zij in tegen het aanvraagdossier waarin duidelijk wordt vermeld dat WT2 en WT3, net zoals WT1, aangesloten worden op de elektriciteitscabine van Sibelco.

Het wordt niet betwist dat in het ontginningsgebied waar WT2 en WT3 worden voorzien, zand wordt ontgonnen door de firma Sibelco, en dat deze firma op het aanpalend industrieterrein een inrichting uitbaat waar het gewonnen zand wordt verwerkt. De ontginningsactiviteit van Sibelco is als zodanig onlosmakelijk verbonden met het productieproces van deze firma. Met de aansluiting van WT2 en WT3 op de plaatselijke elektriciteitscabine van Sibelco, worden ook de ontginningsactiviteiten van Sibelco voor hun energievoorziening afhankelijk van deze windturbines. Er is immers geen reden om aan te nemen dat energie die nodig is voor de ontginning niet via die elektriciteitscabine zou worden geleverd. Hetzelfde geldt voor de andere activiteiten in het ontginningsgebied die eveneens in functie staan van de ontginning, zoals het transport van het ontgonnen zand van de groeve naar de fabriek, en de opslag van ontginningswater. In de “lokalisatienota” die bij de aanvraag voor de milieuvergunning werd gevoegd, preciseerde de tussenkomende partij in dat verband overigens dat “het windturbineproject rechtstreeks groene energie levert voor het ontginningsproces van Sibelco” (blz. 27 van die nota), en het dossier bevat geen objectieve elementen die dit tegenspreken.

Het bestreden besluit kon dan ook wettig vaststellen dat deze windturbines in functie staan van de ontginning, en als zodanig verenigbaar zijn met het bestemmingsvoorschrift van artikel 17.6.3 van het inrichtingsbesluit.

19. De omstandigheid dat de energie die door WT2 en WT3 wordt opgewekt, niet enkel ten dienste staat van de ontginning maar ook van de overige activiteiten van Sibelco, doet hieraan geen afbreuk. De windturbines worden immers geacht in functie te staan van de ontginning van zodra blijkt dat zij rechtstreeks instaan voor de energievoorziening ervan.

Het bestreden besluit bevat dan ook geen tegenstrijdige motieven waar het enerzijds erop wijst dat de door WT2 en WT3 opgewekte elektriciteit zal dienen “voor de productieprocessen” van Sibelco, en anderzijds overweegt dat deze windturbines “duidelijk een relatie hebben met het onttrekken van de delfstoffen aan de bodem”.

20. Het eerste onderdeel van het middel is ongegrond.

Tweede onderdeel

21. Het bestreden besluit stelt vast dat het betrokken ontginningsgebied twee groeven omvat, “Maatheide links” en “Maatheide rechts”. Hoewel in “Maatheide links” de ontginning op zich reeds werd stopgezet, blijkt dat deze groeve nog dienst doet als “procesvijver”, onder meer om ontginningswater afkomstig van “Maatheide rechts” op te slaan. Als zodanig blijft ook “Maatheide links” actief betrokken in de zandontginning die in het ontginningsgebied plaatsvindt. Hoewel uit deze procesvijver geen zand meer wordt gewonnen, blijkt hij zich nog niet in een passieve, beëindigde toestand te bevinden die toelaat de nabestemming van het gebied te realiseren. “Maatheide links” wordt nog steeds aangewend in het kader van de exploitatie van “Maatheide rechts”, gelegen in hetzelfde ontginningsgebied.

Het wordt niet betwist dat de ontginning van “Maatheide rechts” nog minstens twintig jaar zal duren. Het zal dan ook normaal pas bij de beëindiging van de ontginning van die groeve zijn, dat “Maatheide links” niet langer in functie zal staan van de ontginningsactiviteiten in het gebied. Het is ook pas op dat moment dat de nabestemming van het ontginningsgebied gerealiseerd zal kunnen en moeten worden. Het wordt verder niet betwist dat de levensduur van de windturbines korter is dan de verwachte ontginningsperiode, en het is ook in die zin dat het bestreden besluit als bijzondere voorwaarde oplegt dat de windturbines na stopzetting van de elektriciteitsproductie volledig moeten worden verwijderd.

WT2 en WT3 strijden bijgevolg niet met de bestemmingsvoorschriften voor de nabestemming natuurgebied.

22. Nu er wel degelijk nog zand wordt onttrokken aan de bodem, berust het argument van de verzoekende partij dat het bestreden besluit het project moest aftoetsen aan het oppervlaktedelfstoffendecreet, op een foute feitelijke grondslag.

23. Ook de bewering dat het bestreden besluit geen concrete motivering bevat over hoe de nabestemming natuurgebied gerespecteerd wordt door een project dat tot minstens 2037 zou duren, mist feitelijke grondslag. In het bestreden besluit wordt immers overwogen dat de levensduur van de windturbines korter is dan de termijn die nog voor ontginning nodig is, zodat de windturbines de realisatie van de nabestemming op termijn niet in het gedrang brengen.

24. De kritiek van het tweede onderdeel van het middel wordt verworpen.

Derde onderdeel

25. In zoverre de verzoekende partij in het derde onderdeel van het middel aanvoert dat de wiekoverdraai van WT1 zich situeert in het ontginningsgebied, gaat zij uit van foute feitelijke gegevens. Die wiekoverdraai situeert zich blijkens de gegevens van het dossier in stortgebied voor gepollueerde

gronden.

26. De kritiek dat het bestreden besluit niet zou motiveren waarom WT5 kan vergund worden, hoewel deze windturbine een wiekoverdraai heeft boven ontginningsgebied, mist feitelijke grondslag. In de hoger aangehaalde motieven van het bestreden besluit wordt uitdrukkelijk uiteengezet dat hiervoor beroep wordt gedaan op de afwijkingsmogelijkheid van artikel 5.6.7 VCRO, en dat is voldaan aan de voorwaarden om die afwijking toe te staan.

27. Het derde onderdeel van het middel wordt verworpen.

Vierde onderdeel

28. In zoverre de verzoekende partij in het vierde onderdeel opnieuw ervan uitgaat dat de wiekoverdraai van WT1 zich situeert in ontginningsgebied, gaat zij uit van foutieve gegevens zoals uiteengezet in de beoordeling van het derde onderdeel.

29. In het arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 heeft de Raad van State het eerste middel gegrond bevonden omdat WT6 en WT7 via een nieuwe cabine zouden worden verbonden met het openbaar elektriciteitsnet, zodat het niet ontegensprekelijk vaststond dat deze windturbines enig uitstaans hebben met de ontginning. De Raad heeft zich hierbij niet uitgesproken over de vraag of WT2, WT3 en WT5 verenigbaar zijn met de bestemmingsvoorschriften voor ontginningsgebied.

Met de beoordeling dat WT2 en WT3 verenigbaar zijn met de bestemmingsvoorschriften voor ontginningsgebied, en de beoordeling dat WT5 daarmee niet verenigbaar is, maar kan vergund worden door beroep te doen op de afwijkingsmogelijkheid van artikel 5.6.7, § 1, VCRO, doet het bestreden besluit geen afbreuk aan het gezag van gewijsde van het arrest nr. 251.680 van 30 september 2021.

30. Het vierde onderdeel is ongegrond.

Vijfde onderdeel

31. De aanvraag van de tussenkomen­de partij voor een milieuvergunning werd ingediend vóór de inwerkingtreding van de regeling betreffende de omgevingsvergunning. Voor de oprichting en exploitatie van de windturbines die het voorwerp uitmaken van het bestreden besluit, moet zowel een stedenbouwkundige vergunning als een milieuvergunning worden verkregen.

32. Artikel 7 van het inrichtingsbesluit bepaalt:

“2. De industriegebieden:

2.0. Deze zijn bestemd voor de vestiging van industriële of ambachtelijke bedrijven. Ze omvatten een bufferzone. Voor zover zulks in verband met de veiligheid en de goede werking van het bedrijf noodzakelijk is, kunnen ze mede de huisvesting van het bewakingspersoneel omvatten.

Tevens worden in deze gebieden complementaire dienstverlenende bedrijven ten behoeve van de andere industriële bedrijven toegelaten, namelijk: bankagentschappen, benzinestations, transportbedrijven, collectieve restaurants, opslagplaatsen van goederen bestemd voor nationale of internationale verkoop.”

De bufferzone die bedoeld wordt in deze bepaling, betreft een binnen de grenzen van het industriegebied te situeren strook met een hoofdzakelijk esthetische en stedenbouwkundige functie, waarvan de breedte en ook de aanleg dienen te worden bepaald in de stedenbouwkundige vergunning verleend voor de randpercelen en niet via de milieuvergunning.

De milieuvergunning kan dan ook niet geweigerd worden wegens het ontbreken van een voldoende bufferzone zoals bedoeld in artikel 7.2.0 van het inrichtingsbesluit. De overheid die de aanvraag onderzoekt voor de afgifte van een milieuvergunning voor een inrichting die gelegen is in industriegebied, moet dan ook niet onderzoeken of een voldoende bufferzone wordt voorzien, en de vergunningsbeslissing moet in dat verband evenmin motieven bevatten.

33. Het vijfde onderdeel van het middel kan niet slagen.

Zesde onderdeel

34. Artikel 5.6.7, § 1, eerste lid, VCRO, in de versie die van toepassing is op de vergunningsaanvraag van de tussenkomen partij, bepaalt:

“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.”

35. In het bestreden besluit wordt uiteengezet dat voldaan is aan de deze voorwaarden om vergunning te kunnen verlenen voor WT5 waarvan de wieken draaien over ontginningsgebied, hoewel deze windturbine niet in functie staat van de ontginning. Met betrekking tot de vereiste inzake de ruimtelijke draagkracht en de voorziene verweving van functies overweegt het bestreden besluit in het bijzonder dat de windturbine ingeplant wordt in een gebied dat “als een industrieel landschap met ontginning en industriële verwerking van de ontgonnen delfstoffen fungeert”, en dat “er slechts een zeer beperkte overdraai is met deze bestemming[...], zijnde maximaal circa 16 m van de rotor en dit alleen bij bepaalde windrichtingen”.

De verzoekende partij brengt hiertegen in dat de wiekoverdraai plaatsvindt in een gebied met nabestemming natuurgebied, maar maakt niet duidelijk wat de relevantie hiervan zou zijn in het licht van de hoger gemaakte vaststelling dat die nabestemming maar kan en mag gerealiseerd worden wanneer de windturbine reeds is verwijderd.

Voorts komt de verzoekende partij niet verder dan het tegenspreken van de bevinding dat de goede ruimtelijke ordening niet wordt

geschaad, doch slaagt zij niet erin aannemelijk te maken dat de beoordeling die in het bestreden besluit wordt gemaakt onredelijk zou zijn, onzorgvuldig tot stand zou zijn gekomen of zou steunen op feiten die niet correct werden afgeleid uit de gegevens van het administratief dossier. Een schending van de in het middel aangevoerde beginselen van behoorlijk bestuur wordt niet aangetoond.

36. Het bestreden besluit bevat een materiële misslag doordat het de huidige versie van artikel 5.6.7, § 1, VCRO aanhaalt, die van toepassing is op de aanvragen voor omgevingsvergunningen. Met betrekking tot de toetsing die hier diende te gebeuren, is deze bepaling echter inhoudelijk identiek aan de versie die van toepassing is op de aanvraag voor de milieuvergunning die het voorwerp uitmaakt van het bestreden besluit. Deze materiële vergissing heeft dan ook verder geen invloed op de wettigheid van het besluit.

37. In zoverre de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord ook kritiek uitoefent op de toepassing van artikel 5.6.7, § 1, VCRO om WT1 te kunnen vergunnen, is die kritiek laattijdig en dient de Raad van State haar niet te onderzoeken. Die kritiek kon immers in het verzoekschrift tot nietigverklaring worden aangevoerd.

38. Het zesde onderdeel van het middel wordt verworpen.

Zevende onderdeel

39. Artikel 1 van de wet van 12 augustus 1911 bepaalt dat “[e]lke ontginner van mijnen, graverijen of groeven, elke concessionaris van openbare werken [...], in de mate van het mogelijke, gehouden [is] aan den grond zijn uiterlijk terug te geven door de uithollingen, weggravingen of aanaarding, die moeten blijven, te beboschen of van gewas te voorzien”.

Deze verplichting is aldus gericht tot de ontginner van mijnen, graverijen of groeven en elke concessionaris van openbare werken. Noch de verwerende partij, noch de tussenkomende partij, kan als zodanig worden beschouwd.

Zoals hoger werd vastgesteld, kunnen zowel “Maatheide rechts” als “Maatheide links” in exploitatie blijven voor ontginning of activiteiten die in functie staan van ontginning, voor een periode die langer duurt dan de levensduur van de windturbines die met het bestreden besluit worden vergund. Het valt niet in te zien hoe de vergunning die aan de tussenkommende partij wordt verleend, de uitvoering van de verplichtingen van de wet van 12 juli 1911 door de exploitant van de zandgroeven die zich naast de windturbines bevinden, zou in de weg staan.

De verzoekende partij slaagt er niet in aannemelijk te maken dat de vergunningsaanvraag voor de oprichting van de windturbines diende getoetst te worden aan de wet van 12 juli 1911, laat staan dat die wet de vergunning zou kunnen in de weg staan.

40. Het zevende onderdeel van het middel kan niet slagen.

Achtste onderdeel

41. In het bestreden besluit wordt omtrent het geluid overwogen dat er “rekening houdende met de worst case, er ter hoogte van de in het project-MER geselecteerde relevante beoordelingspunten tijdens de dagperiode geen overschrijdingen van de geldende richtwaarden worden verwacht”, dat “tijdens de avond- en nachtperiode er wel overschrijdingen worden verwacht van de geldende geluidsnormen ter hoogte van 7 van de 14 geselecteerde beoordelingspunten”, maar dat “in het project-MER wordt aangegeven dat, rekening houdende met [de toegepaste] reducties er ter hoogte van alle beoordelingspunten kan worden voldaan aan de geldende geluidsnormen” en dat er “in de aanvraag nog een alternatief bridgeschema zit vervat waaruit ook blijkt dat aan de geldende normen kan worden voldaan mits rekening wordt gehouden met [de aangegeven] maximale bronvermogens tijdens de avond- of nachtperiode”. Er wordt tevens rekening gehouden met de cumulatieve effecten als gevolg van twee bijkomende windturbines in de omgeving die in tussentijd vergund zijn. De verwerende partij besluit dat er “met zekerheid, zonder (bijkomende) reducties, aan de geldende

geluidsnormen kan worden voldaan”.

Het bestreden besluit omvat verder een natuurtoets waarin wordt aangegeven “dat de geluidsimpact op vollost zeker lager dan 43 dB(A) zal liggen ter hoogte van de natuurwaarden; dat in het project-MER wordt aangegeven dat de geluidsverstoring soortafhankelijk is en varieert tussen 42 dB(A) en 60 dB(A); dat gelet op de industriële context van de omgeving er geen verstoring ten gevolge van de geluidsemissie van de aangevraagde windturbines wordt verwacht”.

42. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, werd in het project-MER wel degelijk onderzocht of de windturbines de geluidsnormen kunnen respecteren die gelden in het nabijgelegen natuurgebied. Er werden vier meetpunten geplaatst in natuurgebied en de meetresultaten daarvan werden in rekening gebracht. Met de overweging van het bestreden besluit dat “met zekerheid, zonder (bijkomende) reducties, aan de geldende geluidsnormen kan worden voldaan” heeft het bestreden besluit ook bevestigd dat aan de geluidsnormen in natuurgebied wordt voldaan.

43. Het achtste onderdeel is ongegrond.

Conclusie

44. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

45. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en van de vereiste dat elke bestuurshandeling moet steunen op een wettige rechtsgrond, en beroept zij zich op de onwettigheid van hoofdstuk 5.20.6 van Vlarem II, waarvan zij vraagt dat het met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing wordt verklaard. Zij voert eveneens de schending aan van het arrest van het Hof van

Justitie van de Europese Unie van 25 juni 2020 in de zaak C-24/18 en van het loyauteitsbeginsel en het beginsel van gemeenschapstrouw dat vervat ligt in het “EU-Verdrag”. Ook voert de verzoekende partij de schending aan van het (gezag van gewijsde van het) arrest van de Raad van State nr. 251.680 van 30 september 2021, van artikel 5 van het decreet van 28 juni 1985 ‘betreffende de milieuvergunning’ (hierna: milieuvergunningsdecreet), van “het recht op inspraak”, van het beginsel “*nemo auditur suam turpitudinem allegans*”, van het “belangenafwegingsbeginsel”, van artikel 1.1.4 VCRO, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van de artikelen 4.3.6 en 4.3.7 van het decreet van 5 april 1995 ‘houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ (hierna: DABM), en van de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij verdeelt het middel in drie onderdelen.

Eerste onderdeel

46. In het eerste onderdeel bekritiseert de verzoekende partij de omstandigheid dat het bestreden besluit verwijst naar de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II. Het Hof van Justitie heeft echter bij arrest van 25 juni 2020 gezegd voor recht dat deze bepalingen onwettig zijn omdat zij niet werden voorafgegaan door een plan-MER. Na dat arrest werd afdeling 5.20.6 geldig verklaard bij decreet van 17 juli 2020 ‘tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines’ (hierna: validatiedecreet). Het bestreden besluit vermeldt echter noch het arrest van het Hof van Justitie, noch het validatiedecreet, en is aldus gebrekkig gemotiveerd.

De verzoekende partij zet vervolgens uiteen dat enkel het Hof van Justitie, om dwingende redenen van rechtszekerheid en bij wijze van uitzondering, een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een regel van het Unierecht heeft op het daarmee strijdige nationale recht. Het Hof van Justitie heeft echter niet beslist dat er bij wijze van uitzondering voor een bepaalde periode, in afwachting van een goedgekeurd plan-MER voor de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines, nog steeds nieuwe milieuvergunningen kunnen worden afgeleverd, gesteund op de onwettig verklaarde afdeling 5.20.6

van Vlarem II. Zolang er geen rechtsgeldig tot stand gekomen en definitief goedgekeurd plan-MER bestaat voor de milieuvoorwaarden met betrekking tot de productie van elektriciteit via windturbines, mag de verzoekende partij zich dus ten aanzien van de bepalingen van afdeling 5.20.6 en van de bijlage 5.20.6.1 van Vlarem II beroepen op artikel 159 van de Grondwet, en blijkt dat het bestreden besluit steunt op een onwettige rechtsgrond.

Voorts blijkt dat ook het project-MER op basis van Vlarem II is opgesteld. De onwettigheidsexceptie werkt daarom ook door naar het project-MER, dat derhalve eveneens is gesteund op een onwettige rechtsgrond. Minstens is niet voldaan aan het zorgvuldigheidsbeginsel wanneer de overheid zich steunt op een project-MER uit 2016, terwijl inmiddels het wetgevend en jurisprudentieel kader aanzienlijk is gewijzigd en men zich in het project-MER steunt op problematische regelgeving.

47. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij hieraan toe dat noch het validatiedecreet, noch het arrest van het Grondwettelijk Hof dat de beroepen tegen het validatiedecreet verwerpt, voor gevolg hebben dat de verwerende partij zonder probleem een milieuvergunning mocht afleveren gesteund op de sectorale milieuvoorwaarden van Vlarem II. Noch het Grondwettelijk Hof, noch de decreetgever hebben zich uitgesproken over vergunningen. Hoe dan ook erkent het validatiedecreet dat afdeling 5.20.6 van Vlarem II een schending inhoudt van de Europese plan-MER-richtlijn. Die schending kan niet worden ongedaan gemaakt via een decreet. De uitzonderingen om de plan-MER-richtlijn al dan niet toe te passen zijn enkel in de richtlijn zelf terug te vinden. Zowel de verwerende partij als de Raad van State moeten rekening houden met de plan-MER-richtlijn, waarvan de omzettingstermijn al is verstreken. Regelgeving zoals afdeling 5.20.6 van Vlarem II mag niet worden vrijgesteld van de plan-MER-plicht. De loyauteitsplicht van overheidsinstanties ten aanzien van het Europees gemeenschapsrecht slaat ook op de arresten van het Hof van Justitie.

48. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het Grondwettelijk Hof zich enkel over het validatiedecreet heeft uitgesproken, maar niet over de rechtsgeldigheid van de bepalingen van Vlarem II, noch over een

milieuvergunningsaanvraag. Afdeling 5.20.6 van Vlarem II is op zich nog steeds onwettig, en artikel 159 van de Grondwet dient toegepast te worden. Een besluit van de uitvoerende macht kan niet geacht worden een handeling te zijn van de wetgevende macht. Ook merkt de verzoekende partij op dat de bijlage 5.20.6.1 van Vlarem II, met betrekking tot de richtwaarden voor windturbinegeluid, door het validatiedecreet niet werd gevalideerd.

Tweede onderdeel

49. In een tweede middelonderdeel werpt de verzoekende partij op dat de tussenkomenende partij, niettegenstaande de vorige vernietigingsprocedure en de opschorting van de bouwvergunning ingevolge de vernietiging van de vorige milieuvergunning, reeds vijf van de zeven windturbines is beginnen bouwen en exploiteren, ruim voor de Raad van State over het beroep tot vernietiging had beslist. In de bestreden beslissing ontbreekt elke motivering over hoe een op zich genomen onwettig bestaande situatie toch op basis van het voorliggende dossier op regelmatige wijze vergund kon worden. Feitelijk is er sprake van een regularisatie, maar uit het wettelijk kader dat de minister in het bestreden besluit vermeldt, kan niet worden afgeleid hoe een regularisatie mogelijk is, zodat er minstens op dit punt een motiveringsgebrek bestaat.

Daarnaast is het aanvraagdossier niet langer actueel, aangezien erin geen melding wordt gemaakt van onder meer de arresten van de Raad van State en het Hof van Justitie, noch van het feit dat men de windturbines hoe dan ook zou exploiteren, zelfs als er een vernietigingsberoep zou worden ingesteld. De in 2022 vergunde situatie steunt dus op een geheel verschillende situatie als vermeld in het aanvraagdossier. De nu verleende vergunning is een oneigenlijke regularisatievergunning, maar er werd geen regularisatiedossier ingediend. Daardoor werd aan derden, waaronder de verzoekende partij, ook een kans op inspraak ontnomen. De overheid mag geen illegaal bestaande situatie vergunnen, zonder dat daartoe een specifieke aanvraag is gedaan en er een rechtsgrond is om te vergunnen wat reeds bestaat. Voorts blijkt dat minstens WT1 meer zuidelijk naar de vijver toe is gebouwd dan op de plannen van het project-MER is vermeld. Ook de windturbines oostelijk in het industriegebied blijken iets meer naar het zuiden

toe te zijn gebouwd. Dit maakt voor onder meer de milieueffecten een andere situatie uit. Hoe dichter bij de waterpartijen geëxploiteerd wordt, hoe nadeliger voor de rust-, foerageer- en broedplaatsen van de vogels in de buurt van deze waterpartijen.

50. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij eraan toe dat het niet correct is om te blijven verwijzen naar de milieuvergunning van 8 december 2017 om de oprichting van de windturbines te rechtvaardigen, omdat deze retroactief werd vernietigd en dus moet geacht worden nooit te hebben bestaan. Er is dus een feitelijk en juridisch onwettige situatie ontstaan. Inzake de toepassing van de koppelingsregeling van artikel 5 van het milieuvergunningsdecreet wijst de verzoekende partij erop dat de vorige, vernietigde milieuvergunning onmogelijk kan worden aanzien als een “definitieve” milieuvergunning. Bovendien blijkt ook uit de stedenbouwkundige vergunning van 7 juli 2017 dat zij werd opgeschort zolang de milieuvergunning niet definitief werd verleend. Wanneer een milieuvergunning aangevochten wordt bij de Raad van State, kan zij ook om die reden niet als een definitieve vergunning worden beschouwd.

Volgens de verzoekende partij moest in het bestreden besluit op zijn minst heel goed worden gemotiveerd hoe een intrinsiek onwettige situatie op het terrein, ontstaan sinds de bestuurlijke beroepen bij de minister werden ingediend, toch nog kan rechtgetrokken worden zonder een nieuwe aanvraag, nieuwe inplantingsplannen, een nieuw openbaar onderzoek, nieuwe adviezen, etc.

Vervolgens stelt de verzoekende partij dat zij inderdaad inspraak heeft gehad, maar dat het bestuurlijk beroepschrift, ingediend tegen de beslissing van de deputatie, betrekking had op een nog niet uitgevoerde beslissing. De nota na het vernietigingsarrest was er geen tijdens een gewoon openbaar onderzoek of binnen een wettelijk voorziene termijn van inspraak. Het ging om een mogelijkheid die graag werd benut, maar kan niet worden gelijkgesteld met een verplicht moment van inspraak. Met de grieven in de nota diende de verwerende partij strikt genomen overigens geen rekening te houden, nu zij enkel gevat was door het beroepschrift.

De verzoekende partij verduidelijkt vervolgens dat er wordt geëxploiteerd op locaties die niet blijken overeen te stemmen met de plannen uit het project-MER en dat aangetoond moet worden, aan de hand van de plannen bij de milieuvergunningsaanvraag, dat de locatie van de vergunde windturbines overeenstemt met de aangevraagde locaties. De speelruimte die door het project-MER wordt geboden, doet niet ter zake. De verwerende partij vergunde geen inplantingslocatie volgens de voorstellen in het project-MER, maar wel volgens de ingediende plannen. Nu blijkt dat de overheid een locatie vergund heeft die niet overeenstemt met de ingediende plannen, heeft zij minstens niet zorgvuldig haar beslissing voorbereid. Minstens blijkt niet of de minister is nagegaan of de reële plaats van de beoogde exploitatie wel overeenstemt met de aangevraagde locatie.

51. In de laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat het vernietigingsarrest van de Raad van State van 30 september 2021 betekent dat de windturbines illegaal werden opgericht en geëxploiteerd, zodat de aanvraag van de tussenkomenende partij betrekking heeft op een regularisatie van een onwettige toestand. Dit blijkt echter niet uit de plannen en de aanvraag van de tussenkomenende partij. Ook het MER gaat uit van een situatie waarin de windturbines nog niet gebouwd werden, en was ten tijde van het bestreden besluit meer dan vijf jaar oud. De vergunningsaanvraag was volgens de verzoekende partij niet meer actueel, en kon bijgevolg niet worden vergund.

Derde onderdeel

52. In het derde onderdeel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 4.3.6 en 4.3.7 DABM, van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, de motiveringswet en de materiële motiveringsplicht.

Volgens de verzoekende partij werd in het project-MER geen zorgvuldig of werkelijk onderzoek uitgevoerd van de redelijke alternatieven. Met relevante gegevens zoals afstand houden ten aanzien van waterpartijen of avifaunistische veiligheidsbuffers wordt geen rekening gehouden. In het

richtinggevend advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek (hierna: INBO) wordt voor de Maatheide aangeraden om voor broedvogels en pleisterende vogels een buffer van 300 tot 500 meter rond de waterplassen in acht te nemen. Geen van de vergunde windturbines voldoet daaraan. Een gemotiveerde afweging om de locatie van de windturbines (of sommige ervan) te wijzigen, rekening houdend met de waterpartijen of de bossen in de omgeving, gebeurt niet. Verder is het nulalternatief gewoonweg niet in aanmerking genomen. De redengeving is “pure opportuniteit en lokaal puur economische en zakelijkheid in eigen belang”. Een intentie om het nulalternatief niet te moeten onderzoeken is weinig ernstig en vindt geen steun in de regelgeving. Ook de criteria voor de uitvoeringsalternatieven zijn puur zakelijk, bijna wiskundig bepaald.

Voorts worden ook bepaalde milieueffecten in het project-MER niet of minstens niet afdoende onderzocht en besproken, en ontbreekt een motivering hierover in het bestreden besluit. In het bijzonder ontbreekt een onderzoek naar de mogelijke effecten op klimatologisch vlak. Nochtans hebben windmolens ingevolge hun windvang invloed op windsterkte, temperatuur, windrichting en - ingevolge de luchtturbulentie en de wijziging van luchtlagen - het weer. Ook de bespreking van licht en lichthinder is achterwege gebleven.

Ten slotte stelt de verzoekende partij vast dat het aspect lucht niet door een erkend MER-deskundige wordt behandeld. Er is geen wettelijke reden waarom het onderzoek van deze discipline niet door een erkend MER-deskundige moest gebeuren. Er kan in alle redelijkheid niet worden beweerd dat dit milieuaspect verwaarloosbaar is.

53. In de laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat het INBO de belangrijkste natuurwetenschappelijke instelling is in het Vlaamse Gewest, zodat haar voorstel om een veiligheidsbuffer rond waterplassen te voorzien, niet zomaar aan de kant kan worden geschoven met het argument dat de exploitant enkel op die plaats wenst te exploiteren.

Zij blijft bij het standpunt dat de aandacht voor het nulalternatief niet enkel een beschrijving van de bestaande referentiesituatie vereist, maar ook

een beschouwing en afweging waarom er al dan niet voor dat alternatief wordt gekozen, in het licht van de verwachte gevolgen ervan.

Volgens de verzoekende partij behoort het niet aan haar om te bewijzen dat de inrichting waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten veroorzaakt met betrekking tot windvang, temperatuur, windrichting of het weer, maar behoort het de aanvrager om deze facetten te onderzoeken om te weten te komen of er waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten zijn.

Beoordeling

Eerste onderdeel

54. Afdeling 5.20.6 van Vlarem II werd ingevoegd bij besluit van de Vlaamse regering van 23 december 2011, en bevat de sectorale normen voor de installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie. De bijlage 5.20.6.1 van Vlarem II maakt deel uit van deze afdeling. Die bijlage bevat immers de richtwaarden waarnaar verwezen wordt in artikel 5.20.6.4.2, en die als zodanig geheel geacht worden deel uit te maken van de sectorale normen die in afdeling 5.20.6 worden vastgesteld.

55. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 25 juni 2020 (C-24/19) blijkt dat afdeling 5.20.6 van Vlarem II een plan of programma vormt waarvoor volgens artikel 3, lid 2, a), van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 'betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's' een milieubeoordeling had moeten worden verricht. Aangezien dat niet is gebeurd, zijn de bepalingen van afdeling 5.20.6 niet verenigbaar met het Unierecht. Het Hof van Justitie aanvaardt wel dat de gevolgen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II tijdelijk kunnen worden gehandhaafd, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Met het validatiedecreet van 17 juli 2020 heeft de decreetgever willen verhelpen aan de rechtsonzekerheid die is ontstaan als gevolg van het arrest van 25 juni 2020. Hij stelde immers vast dat als gevolg van dat arrest de geldigheid

van tal van vergunningen voor bestaande en toekomstige windturbines in het gedrang kwam en daarmee ook de doelstellingen voor hernieuwbare energie en elektriciteitsbevoorrading. (*Parl. St.*, VI.Parl., 2019-2020, nr. 423/1, 2 en 3)

Het decreet bevat twee nauw samenhangende regelingen. Artikel 4 van het decreet draagt de Vlaamse regering op om binnen een termijn van maximaal drie jaar vanaf de inwerkingtreding ervan nieuwe sectorale normen voor installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie vast te stellen. Die normen moeten voorafgaandelijk aan een MER worden onderworpen. Teneinde in afwachting van die nieuwe sectorale normen de bestaande rechtsonzekerheid weg te nemen ten behoeve van geplande en reeds operationele windturbineprojecten, valideert het bestreden artikel 3 van afdeling 5.20.6 van Vlarem II.

Het Grondwettelijk Hof heeft de verschillende beroepen die tegen het validatiedecreet werden gericht, verworpen met een arrest nr. 142/2021 van 14 oktober 2021. In dat arrest zet het Grondwettelijk Hof uiteen:

“De techniek van decretale validatie houdt in dat een uitvoerende norm met terugwerkende kracht naar het wetskrachtig niveau wordt getild. *In casu* worden de Vlaamse sectorale normen voor windturbines evenwel niet integraal gevalideerd, aangezien artikel 3, derde lid, van het bestreden decreet de validatie inhoudelijk afbakt. [...] [A]fdeling 5.20.6 van Vlarem II word[t] slechts gevalideerd in zoverre zij in strijd [is] met « internationale, Europese en nationale bepalingen over de verplichting tot uitvoering van een milieueffectrapportage voor bepaalde plannen en programma's ». Slechts in die mate moeten de Vlaamse sectorale normen voor windturbines met terugwerkende kracht als decretale normen worden beschouwd, terwijl zij voor het overige de kenmerken, de rechtsgevolgen, de werking in de tijd en de hiërarchische rang van [...] een besluit van de Vlaamse Regering blijven behouden.” (overweging B.2.15)

Inmiddels werden de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II vervangen bij besluit van de Vlaamse regering van 7 juli 2023, nadat voorafgaand een plan-MER werd opgemaakt.

56. Het bestreden besluit werd genomen op 1 februari 2022, binnen de termijn van drie jaar die bedoeld wordt in artikel 4 van het validatiedecreet. Ten

tijde van het bestreden besluit dienen de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II dan ook beschouwd te worden als decretale bepalingen (normen van het “wetskrachtig niveau”) in zoverre zij in strijd zijn met de bepalingen over de verplichting tot uitvoering van een milieueffectrapportage. Voor het overige behouden zij de hiërarchische rang van een besluit van de Vlaamse regering.

De verzoekende partij ziet in de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II geen andere “onwettigheid” dan deze die vastgesteld werd door het Hof van Justitie in het arrest van 25 juni 2020, en die precies betrekking hebben op de verplichting tot uitvoering van een milieueffectrapportage. Nu deze bepalingen in zoverre beschouwd moeten worden als decretale bepalingen, beschikt de Raad van State niet over rechtsmacht om ze met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten of vast te stellen dat zij geen wettige grondslag bieden voor het bestreden besluit.

57. Het argument van de verzoekende partij dat enkel het Hof van Justitie een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een regel van het Unierecht heeft op het daarmee strijdige nationale recht, gaat eraan voorbij dat het validatiedecreet precies de bedoeling heeft dergelijke tijdelijke opschorting in te stellen.

Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest nr. 142/2021 van 14 oktober 2021 op basis van een grondige analyse geoordeeld dat het validatiedecreet niet strijdig is met de voorwaarden die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn ontwikkeld om het verzuim van een voorafgaande milieueffectrapportage te regulariseren (overwegingen B.19.4 tot B.22 van het arrest). De Raad van State sluit zich hierbij aan.

58. De bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II worden correct aangehaald in het bestreden besluit. De motiveringsplicht vereist niet dat de verwerende partij daarbij zou vermelden dat het gaat om bepalingen die het voorwerp hebben uitgemaakt van een beoordeling door het Hof van Justitie en van een validatiedecreet.

59. Het eerste onderdeel van het middel is ongegrond.

Tweede onderdeel

60. De verwerende partij is erin geslaagd het tweede middelonderdeel te begrijpen en te beantwoorden. Die vaststelling volstaat om de exceptie van niet-ontvankelijkheid, waarin zij aanvoert dat de uiteenzetting van het tweede onderdeel onduidelijk is, te verwerpen.

61. Een “regularisatievergunning” is een vergunning die aangevraagd wordt voor vergunningsplichtige projecten die op het ogenblik van de aanvraag reeds werden gerealiseerd of waarvan de uitvoering op dat ogenblik minstens is gestart.

62. Met het arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 heeft de Raad van State het besluit van 8 december 2017 vernietigd waarmee de Vlaamse minister uitspraak deed over het bestuurlijk beroep dat werd ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Limburg van 1 juni 2017 tot het verlenen van een milieuvergunning aan de tussenkomende partij. Na dat vernietigingsarrest behoorde het de bevoegde minister om zich opnieuw uit te spreken over dat bestuurlijk beroep, wat met het bestreden besluit is gebeurd. De devolutieve werking van het bestuurlijk beroep brengt met zich dat de beroepsinstantie de aanvraag volledig onderzoekt, en haar beoordeelt zowel ten aanzien van de rechtmatigheid als op het vlak van de opportuniteit. De beroepsinstantie dient zich daarbij te gedragen naar de juridische en feitelijke stand van zaken zoals die zich op het moment van de nieuwe beslissing voordoet.

Het voorwerp van het bestreden besluit is dan ook de aanvraag tot het verkrijgen van een milieuvergunning, die oorspronkelijk werd ingediend door de tussenkomende partij op 12 december 2016.

Het wordt niet betwist dat de tussenkomende partij in de loop van 2020 is overgegaan tot oprichting en ingebruikname van vijf van de windturbines die het voorwerp uitmaken van de vergunningsaanvraag van 12

december 2016. Deze oprichting en ingebruikname situeert zich dan ook nà de vergunningsaanvraag. Deze vaststelling volstaat opdat het bestreden besluit niet kan gekwalificeerd worden als de afgifte van een “regularisatievergunning”.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte de aanvraag niet heeft behandeld en beoordeeld als een aanvraag tot het verkrijgen van een “regularisatievergunning”, is haar kritiek dan ook ongegrond.

63. De eventuele omstandigheid dat de oprichting en ingebruikname van de windturbines wederrechtelijk is gebeurd, of zou afwijken van de plannen van de aanvraag, is niet relevant voor de beoordeling van die aanvraag, en kan als zodanig de wettigheid van het bestreden besluit niet in het gedrang brengen.

De verwerende partij diende dan ook in het kader van de beoordeling van de aanvraag geen onderzoek te doen naar de vraag of de windturbines wederrechtelijk waren opgericht en/of afwijken van de plannen van de aanvraag.

64. Wel veronderstelt de verplichting om zich te richten naar de feitelijke stand van zaken zoals die zich op het moment van de nieuwe beslissing voordoet, dat de verwerende partij het feit van de oprichting en ingebruikname van de windturbines niet kan negeren en hiermee rekening moet houden wanneer die omstandigheid een invloed kan hebben op de beoordeling van de aanvraag.

Uit volgende overwegingen van het bestreden besluit blijkt dat rekening werd gehouden met deze gewijzigde feitelijke omstandigheid:

“Huidige situatie - aanvraag

Overwegende dat de voorgestelde windturbines een maximaal vermogen hebben van 3,5 MW, een rotordiameter van maximaal 114 m, een masthoogte van maximaal 98 m en een maximale tiphoogte van 155 m; dat het bronvermogen maximaal 108 dB(A) bedraagt;

Overwegende dat er een woongebied is gelegen op ongeveer 520 m van WT7; dat er een woongebied met landelijk karakter is gelegen op ongeveer 524 m van WT7; dat de meest nabijgelegen woning een conciërgewoning is die op ongeveer 67 m is gelegen van WT1; dat de meest nabijgelegen

vreemde woning is gelegen op 295 m ten oosten van WT7; dat er op ongeveer 390 m ten zuidoosten van WT6 eveneens een woning is gelegen; dat de overige woningen op meer dan 500 m zijn gelegen;

Overwegende dat de exploitant reeds is overgegaan tot de bouw van vijf van de zeven windturbines, terwijl de procedure bij de Raad van State nog lopende was; dat tegen de verleende stedenbouwkundige vergunning geen procedure bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen is opgestart; dat twee windturbines in ontginningsgebied (WT6 en WT7) niet zijn gebouwd gelet op de mogelijke ontginning van deze zone op middellange termijn; dat tijdens de procedure bij de Raad van State de aanvrager uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van de vergunning voor de exploitatie van WT6 en WT7; dat ook afstand is gedaan van de bouwvergunning voor deze beide windturbines; dat hiervan akte is genomen door de gewestelijk omgevingsambtenaar op 9 augustus 2021; dat het afstand doen van de vergunning voor deze twee windturbines tijdens deze herstelprocedure is herhaald door de exploitant; dat voor de duidelijkheid de vergunning voor WT6 en WT7 moet worden geweigerd;

Overwegende dat de gebouwde windturbines de volgende dimensies en vermogen hebben:

- Vermogen: 3,45 MW;
- Tiphoogte: 150 m;
- Rotordiameter: 112 m;
- Masthoogte 94 m;
- Geluidsvermogen: 105,4 dB(A);

dat het gebouwde type zeer dicht aansluit bij het aangevraagde type; dat de studies in de aanvraag en het project-MER bijgevolg een zeer goed beeld geven van de verwachte impact van het aangevraagde project;

Overwegende dat in onderstaande overwegingen de effecten van de vijf resterende windturbines zal worden besproken;

Overwegende dat in tussentijd (in de loop van de procedure bij de Raad van State) op 8 maart 2018 een omgevingsvergunning werd verleend aan Electrabel voor de bouw en exploitatie van één windturbine met een tiphoogte van 155 m, een rotordiameter van 117 m en een bronvermogen van 107 dB(A) op circa 470 m ten oosten van het project (OMV_2017001115); dat de positie van deze windturbine zeer sterk overeenkomt met de abstracte inplantingslocatie M2 uit het origineel scenario uit het project-MER van de aanvrager zodat kan gesteld worden dat de impact van deze windturbine ook mee in het project-MER is onderzocht;

Overwegende dat ook op 7 april 2020 een omgevingsvergunning werd verleend aan Limburg Win(d)t voor de bouw en exploitatie van één windturbine met een tiphoogte van 200 m, een rotordiameter van 110 m en een bronvermogen van 106,1 dB(A) op circa 370 m ten noordoosten van het project (OMV_2019057554); dat ook de inplantingslocatie van de windturbine van Limburg Win(d)t is onderzocht in het project-MER van de aanvrager in die zin dat deze windturbine gelegen is binnen een straal van 200 m rond de abstracte inplantingslocatie M1 waarvan de impact onderzocht is.”

De verzoekende partij betreft deze overwegingen niet in haar

argumentatie, en slaagt er niet in te overtuigen dat de verwerende partij onvoldoende rekening heeft gehouden met de gewijzigde feitelijke gegevens bij de beoordeling van de aanvraag.

65. Waar de verzoekende partij in de laatste memorie nog aanvoert dat het project-MER zijn actualiteit was verloren ten tijde van het bestreden besluit, gaat het om een nieuw argument dat zij reeds in het verzoekschrift kon aanvoeren, en dat door de Raad van State niet dient te worden onderzocht.

66. Het tweede onderdeel wordt verworpen.

Derde onderdeel

67. Artikel 4.3.7 DABM schrijft voor dat een project-MER onder meer moet bevatten:

“een beschrijving van de redelijke alternatieven die de initiatiefnemer heeft onderzocht en die relevant zijn voor het project, en de specifieke kenmerken ervan, met opgave van de belangrijkste motieven voor de gekozen optie, in het licht van de milieueffecten van het project.”

Het project-MER van de tussenkommende partij bevat het volgende alternatievenonderzoek:

“4.1 Nulalternatief

Het nulalternatief - dit wil zeggen het behouden van de huidige toestand - is hier geen wenselijk alternatief, gezien dit voorbij gaat aan de intentie van EDF en Sibelco om samen met partners een windturbinepark te realiseren ter hoogte van de Maatheide. Het nulalternatief wordt dan ook niet weerhouden als volwaardig alternatief. Het nulalternatief wordt echter wel voldoende in beeld gebracht door de beschrijving van de referentiesituatie, zijnde de huidige situatie en het geïntegreerd ontwikkelingsscenario (dit is de toekomstige situatie die tot stand zal komen los van de realisatie van het voorliggende project [...]), De effecten van het project worden ten opzichte van deze referentiesituatie afgewogen.

4.2 Doelstellingsalternatieven

Het project maakt gebruik van de wind, een onuitputtelijke energiebron. Mogelijke doelstellingsalternatieven maken gebruik van andere energiebronnen (water, zon,...) klassieke of hernieuwbare. Het afwegen van dergelijke doelstellingsalternatieven overstijgt echter de reikwijdte van dit MER en is eerder een zaak van het politiek/maatschappelijk debat. In het

MER worden dan ook geen doelstellingsalternatieven besproken.

4.3 Locatiealternatieven

Het voorliggend project beschouwt enkel de mogelijkheid om windturbines te realiseren ter hoogte van Maatheide te Lommel. Andere locaties worden door de initiatiefnemers van het voorliggend project dan ook niet in beschouwing genomen in het voorliggende MER.

4.4 Uitvoeringsalternatieven

4.4.1 Opstelling

De voorliggende opstelling van de windturbines is het resultaat van een combinatie van de diverse intenties inzake de realisatie van windturbines in Maatheide te Lommel. Hierbij wordt er een opstelling aan de hand van een rasterstructuur gehanteerd waarbij er voor de layout van dit raster de aanwezige belangrijke lijninfrastructuren in omgeving worden gevolgd. Enerzijds lopen de lijnen van dit raster evenwijdig met het Kanaal Bocholt-Herentals. Anderzijds lopen ze parallel met de industriezone Maatheide en de aanwezige gemeenteweg. De voorliggende projectbeschrijving houdt bovendien rekening met de speelruimte die er is voor de inplantingsplaats van elk van de beschouwde windturbines (zie projectbeschrijving). Hierdoor zijn er geen bijkomende alternatieven qua opstelling te beschouwen.”

68. Uit artikel 4.3.7 DABM kan niet worden afgeleid dat steeds een omstandig onderzoek moet worden gewijd aan de alternatieven. Een onderzoek naar alternatieven moet slechts plaatsvinden in zoverre die alternatieven er ook daadwerkelijk zijn. Het komt toe aan de verzoekende partij, die opwerpt dat het alternatievenonderzoek in het project-MER niet of minstens niet zorgvuldig is gevoerd, om aannemelijk te maken dat de beslissing om een welbepaald alternatief niet in aanmerking te nemen, kennelijk onredelijk is. Het volstaat daarbij niet om louter enkele alternatieven op te noemen. Het zal daarentegen moeten gaan om realistisch onderbouwde alternatieven.

Met betrekking tot de locatiealternatieven is het niet kennelijk onredelijk om in een project-MER slechts één locatie te beschouwen wanneer de initiatiefnemer hoe dan ook enkel op die locatie wenst te exploiteren. Zulks geldt des te meer in de mate dat de voorgenomen exploitatie aan een specifieke locatie gekoppeld wordt omdat zij in functie staat van een welbepaald bedrijf of bepaalde activiteiten op de locatie, zoals hier het geval is voor drie van de vijf windturbines. Wat de niet-naleving van de door het INBO vooropgestelde veiligheidsbuffer van 300 tot 500 meter rondom waterplassen en de situering van windturbines nabij bossen betreft, heeft de kritiek van de verzoekende partij veeleer betrekking op de

concrete opstelling en dus op de uitvoeringsalternatieven. De verzoekende partij laat echter na een concreet alternatief te onderbouwen voor een inplanting op dezelfde locatie die wel de afstanden zou respecteren die zij aanvaardbaar zou achten.

Wat betreft het nulalternatief gaat de verzoekende partij voorbij aan de overweging dat dit alternatief “voldoende in beeld gebracht [wordt] door de beschrijving van de referentiesituatie, zijnde de huidige situatie en het geïntegreerd ontwikkelingsscenario” en dat de “effecten van het project [...] ten opzichte van deze referentiesituatie afgewogen” worden. Zij wordt derhalve niet bijgevalen waar zij opmerkt dat “het nulalternatief gewoon niet in aanmerking gekomen is”. Het nulalternatief dient overigens enkel te worden besproken in de mate dat dit relevant is. In het project-MER wordt aangegeven dat het nulalternatief niet wenselijk is. De verzoekende partij toont niet de onjuistheid of kennelijke onredelijkheid van deze motieven aan.

De bedenking dat ook “de criteria voor de uitvoeringsalternatieven [...] puur zakelijk, bijna wiskundig bepaald” zijn en er “geen ernstig onderzoek naar de mogelijke alternatieven” is geweest, toont evenmin de kennelijke onredelijkheid aan van de overwegingen in het project-MER op dat punt.

69. Artikel 4.3.7 DABM schrijft voor dat het project-MER ook moet voorzien in een beschrijving van de “waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten” van het voorgenomen project.

Volgens de verzoekende partij kunnen de windturbines milieueffecten veroorzaken op het vlak van het klimaat (windsterkte, temperatuur, windrichting en het weer), en op het vlak van licht en lichthinder, maar laat het project-MER na deze effecten na te gaan.

Het komt toe aan de partij die aanvoert dat een project-MER ten onrechte nalaat bepaalde milieueffecten te bespreken om aan te tonen dat het gaat om effecten die “waarschijnlijk aanzienlijk” kunnen zijn, en als zodanig

redelijkerwijs in het project-MER moeten beschreven worden.

De verzoekende partij beperkt zich tot enkele algemene beschouwingen over de mogelijke invloed van windturbines op verschillende aspecten van het klimaat (windsterkte, temperatuur, windrichting en het weer) doch maakt hiermee niet aannemelijk dat een project tot oprichting van vijf windturbines op aanzienlijke wijze zou kunnen bijdragen tot klimaatverstoring. Hetzelfde geldt voor de opgeworpen leemte in verband met licht en lichthinder. De verzoekende partij maakt met haar loutere opmerkingen hierover niet aannemelijk dat het zou kunnen gaan om een milieueffect dat waarschijnlijk aanzienlijk kan zijn.

70. Artikel 4.3.6, § 1, tweede lid, DABM bepaalt dat de initiatiefnemer voor het project-MER een beroep doet op een team van erkende MER-deskundigen onder leiding van een erkende MER-coördinator.

In het project-MER wordt uiteengezet:

“Voor de aspecten lucht, licht en volksgezondheid worden [...] geen afzonderlijke MER-deskundigen aangesteld. Deze aspecten worden door de MER-coördinator verzorgd.”

Met betrekking tot de discipline lucht wordt verder aangegeven dat de exploitatie van windturbines “een indirect positief effect op de luchtkwaliteit” heeft, zodat deze discipline “omwille van vooral tijdelijke effecten of beperkte te verwachten effecten niet door een erkend MER-deskundige behandeld” wordt. Uit het project-MER moet aldus worden afgeleid dat de initiatiefnemer van oordeel was dat het voorgenomen project geen “waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten” zal veroorzaken op het vlak van de discipline lucht en dat die discipline niet relevant was voor haar voorgenomen project. Met de loutere bewering dat de discipline lucht een milieu-aspect is dat niet verwaarloosbaar is, toont de verzoekende partij niet de onredelijkheid aan van deze beoordeling.

Nu de milieueffecten van het project op de lucht niet worden beschouwd als effecten die waarschijnlijk aanzienlijk zijn, moesten die effecten

niet beschreven worden door een erkend MER-deskundige in de discipline lucht.

71. Het derde onderdeel van het middel kan niet slagen.

Conclusie

72. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de verzoekende partij

73. De verzoekende partij voert de schending aan van:

- de bijzondere natuurbeschermingsplicht tegenover VEN-gebieden op grond van de artikelen 17 en 26bis van het decreet van 21 oktober 1997 ‘betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu’ (hierna: natuurdecreet), en het *standstill*-beginsel vervat in artikel 8 van het natuurdecreet;
- het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003 ‘houdende definitieve vaststelling van het afbakeningsplan voor de Ronde Put - Goorken, De Maat - Den Diel - Buitengoor, de Vloeiweiden Lommel, Lommelse Heidegebieden en Sahara, het Hageven, de Prinsenloop-De Holen en ‘t Plat’;
- het recht op inspraak;
- het voorzorgsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel;
- het Verdrag inzake de bescherming van trekkende wilde diersoorten, opgemaakt te Bonn op 23 juni 1979 (hierna: verdrag van Bonn), in het bijzonder de visarend vermeld in de bijlage II van dit verdrag;
- de artikelen 4 en 13 van richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 ‘inzake het behoud van de vogelstand’ (hierna: vogelrichtlijn), het besluit van de Vlaamse executieve van 17 oktober 1988 ‘tot aanwijzing van speciale beschermingszones in de zin van artikel 4 van de Richtlijn 79/409/E.E.G. van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand’, en

artikel 36ter van het natuurdecreet;

- het besluit van de Vlaamse regering van 23 april 2014 ‘tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone ‘BE2100026 Valleigebied van de Kleine Nete met brongebieden, moerassen en heiden’ en definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones ‘BE2100424 De Zegge’ en ‘BE2101639 De Ronde Put’ van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten’;
- de formele- en materiële motiveringsplicht.

74. De verzoekende partij zet uiteen dat artikel 26bis van het natuurdecreet bepaalt dat de overheid geen vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken. Dit betekent dat niet alleen activiteiten binnen het VEN-gebied in aanmerking moeten genomen worden, maar alle activiteiten die in een VEN-gebied onvermijdbare en onherstelbare schade kunnen veroorzaken. Concreet gaat het hier onder meer om het GEN ‘De Maat - Den Diel - Buitengoor’ op circa 1,9 km ten westen van het projectgebied, ‘De Molse Nete’ op 5,4 km ten zuidwesten, om de Vallei van de Grote Nete bovenstrooms op een 8-tal kilometer, en vooral om ‘de Lommelse Heidegebieden en Sahara’ op amper 560 meter, en om een VEN-gebied aan de overzijde van het Kempisch Kanaal.

De Raad van State heeft in zijn arrest nr. 251.680 van 30 september 2021 geoordeeld dat het aan de verwerende partij en de tussenkomende partij toekomt om te bewijzen dat de exploitatie van de windmolens niet nadelig kan zijn voor het VEN-gebied.

Er bestaat volgens de verzoekende partij minstens een redelijke vrees voor schade aan de natuur van de omliggende VEN-gebieden. Zij verwijst daarvoor naar stukken die zij bij het verzoekschrift voegt, en besluit dat de “overheid dus zeer gefundeerd en na de nodige concrete studie van de bestaande situatie in het VEN gebied en de effecten van het project, niet lichtzinnig tot de conclusie mag komen dat het VEN gevrijwaard blijft van natuurschade”.

Volgens de verzoekende partij brengt de exploitatie van het windturbinepark onherstelbare en onvermijdbare natuurschade teweeg tot aan het einde van de vergunningstermijn. Het gaat daarbij om onder meer verstoring van de habitats van roofvogels en zangvogels die in de omliggende VEN-gebieden voorkomen en die voor hun overleving en kroost afhankelijk zijn van jachtgebieden en rust, ook buiten de strikte afbakening van het VEN-gebied. De verzoekende partij wijst ook op het belang van de samenhang van de onderscheiden VEN-gebieden, die ernstig wordt verstoord doordat de windturbines komen te liggen tussen een mozaïek van VEN-gebieden.

De motivering in het advies van ANB en in het bestreden besluit omtrent de impact op het VEN-gebied, faalt volgens de verzoekende partij om meerdere redenen:

- er is geen advies ingewonnen van het INBO;
- de nota van de tussenkommende partij maakte geen deel uit van het openbaar onderzoek, zodat het recht op inspraak is geschonden; er is bovendien een leemte in verband met onderzoek naar vleermuizen, die niet is weggewerkt door de recente memo van de tussenkommende partij;
- de motivering is feitelijk onjuist: er is een VEN-gebied gelegen aan de overzijde van het Kempisch Kanaal op iets meer dan 200 meter van WT4, en dus beduidend dichterbij dan 560 meter, de afstand waarop het meest nabijge VEN-gebied volgens het bestreden besluit is gelegen;
- noch uit het project-MER, noch uit het bestreden besluit blijkt wat de specifieke natuur is van dit VEN-gebied en in welke mate er rekening wordt gehouden met de mogelijke nadelen en schade ten opzichte van dit gebied en ten opzichte van de te vrijwaren samenhang tussen dit VEN-gebied en de andere VEN-gebieden in de omgeving van de projectsite;
- de verwerende partij heeft een onjuist wettelijk criterium toegepast waar zij het heeft over “geen vermijdbare” schade in plaats van “onvermijdbare” schade;
- er is geen natuurwetenschappelijk onderbouwde zekerheid dat aan de VEN-gebieden geen schade kan worden toegebracht; ANB bevestigt de

- onzekerheid, maar neemt genoeg met enkele stilstandmodi als bijzondere voorwaarden;
- het bestreden besluit steunt op het project-MER dat vrij oppervlakkig is wat betreft de studie van de natuurwaarden van en de effecten op de VEN-gebieden; de beoordeling in het project-MER komt erop neer dat wat geldt voor de speciale beschermingszones ook geldt voor de VEN-gebieden, terwijl dit niet hetzelfde is; voor speciale beschermingszones zijn vooral vegetaties en enkele doelsoorten belangrijk, terwijl voor het VEN de gehele natuur van tel is;
 - er is geen concreet onderzoek gevoerd naar de impact van het project op de samenhang tussen de verschillende VEN-gebieden; concreet gaat dit over onder meer de interactie die bestaat tussen de leefgebieden van watervogels die doorgaans een ruim jacht- en leefgebied hebben en zich gemakkelijk over kilometers afstanden verplaatsen zoals tussen de reeks waterpartijen in deze streek;
 - er is geen enkele maatregel voor de natuur van het VEN die 's nachts gebruik maakt van het projectgebied; het gaat hierbij niet enkel over trekvogels, maar ook om typische, 's nachts jagende soorten zoals de nachtzwaluw en de slechtvalk; ook zijn er vleermuizen die langer jagen bij donker dan enkel in de periodes voor zonsopgang en na zonsondergang;
 - voor de ruige dwergvleermuis is de stilstandregeling niet doeltreffend, omdat deze soort ook nog na 15 oktober doortrekt.

Voorts blijkt uit de concrete gegevens van het dossier dat de visarend in het projectgebied voorkomt. De komst van de windturbines zal ervoor zorgen dat de visarenden niet meer gaan jagen in het gebied. Als ze de windturbines toch niet mijden, lopen ze het risico in de turbulentie ervan terecht te komen. Deze soort is specifiek beschermd volgens bijlage I bij de vogelrichtlijn, alsook volgens het verdrag van Bonn. In de bestreden beslissing ontbreekt elke aandacht voor deze bedreigde en zeldzame roofvogel.

Wat betreft de inbreuk op de vogelrichtlijn geldt nog dezelfde vaststelling voor de bruine kiekendief. Het vergunde project maakt een groot jachtgebied veel minder geschikt. Minstens is dit niet onderzocht. Volgens de

verzoekende partij “is de bescherming van deze soort [bijgevolg] niet gewaarborgd cfr. art. 4 en 13 van de Vogelrichtlijn, art. 8 en 16 van het Natuurdecreet. Er is overigens geen enkele [...] maatregel voorzien in de vergunning voor eender welke bijlage I vogelrichtlijnsoort. Hooguit zullen een aantal soorten die ook bij schemering fourageren, profiteren van de stilstandregelingen voor meeuwen en voor vleermuizen”.

75. In de memorie van wederantwoord zet de verzoekende partij verder uiteen dat artikel 36^{ter} van het natuurdecreet niet dezelfde ruime strekking heeft als de artikelen 4.4. en 13 van de vogelrichtlijn, zodat de omzetting van de vogelrichtlijn in het interne recht niet correct is verlopen.

Het verdrag van Bonn werd goedgekeurd bij wet van 27 april 1990 zodat dit verdrag deel uitmaakt van het interne recht. Het heeft rechtstreekse werking en de verwerende partij moest dan ook bijzondere aandacht hebben voor de visarend.

Artikel 8 van het natuurdecreet kan toegepast worden. Ook een vergunning weigeren of bepaalde voorwaarden opleggen, kan namelijk worden aanzien als een maatregel ter aanvulling van de bestaande regelgeving. Er is niet gezegd dat de maatregel zelf ook regelgeving moet zijn; deze kan ook concreter zijn en op projectniveau genomen worden. Minstens, in ondergeschikte orde, is er sprake van een kennelijke achteruitgang van de natuurwaarden in de VEN-gebieden, doordat de windturbines liggen tussen meerdere gebieden in en daardoor een verstorende en gevaarlijke hindernis vormen voor de fauna. Heel wat dieren bewegen zich ook buiten de VEN-gebieden. Doordat het projectgebied in belangrijke mate tussen VEN-gebieden ligt, is het risico en de kans dat dieren die migreren tussen die gebieden gewond of gedood of anderszins verstoord worden door de windturbines zeer reëel en aannemelijk. De beoordeling van de impact op het VEN in het bestreden besluit handelt enkel over een mogelijks theoretische verstoring van steltlopers en over vleermuizen. Het betreft dus slechts een fragmentaire benadering van de natuur. Verder is het kennelijk niet aannemelijk dat de stilstandregeling schade aan de VEN-gebieden voorkomt. Die regeling beoogt namelijk vooral de bescherming van een meeuwenlaapplaats tijdens de

winterperiode, terwijl de natuur van de VEN-gebieden veel meer is dan enkel de meeuwen en die natuur ook buiten de winterperiode beschermd moet worden. Er is geen enkele specifieke maatregel voorzien voor andere natuurelementen dan meeuwen en vleermuizen.

In het bestreden besluit erkent de verwerende partij dat er een risico op aanvaring van vleermuizen bestaat. Wanneer vleermuizen in botsing komen met een windturbine, overleven zij dit bijna nooit. Een dode vleermuis vormt onherstelbare natuurschade. Vleermuizen kunnen ook overlijden ingevolge barotrauma. Ook zo gezien veroorzaken de windturbines onherstelbare schade. Dat vleermuizen een hoog risico lopen om slachtoffer te worden, blijkt ook uit studies en adviezen van het INBO. Verder is er niets of niemand die de wieken stillegt wanneer vogels of vleermuizen naderen. Bovendien vormen ook niet-draaiende wieken en de mast een risico, dat nog wordt vergroot door de lichtbebakening die vogels aantrekt, die overigens ook gevoelig zijn voor visueel-landschappelijke wijzigingen in hun leefgebied. Ook verstoring van de habitat betreft een vorm van onvermijdbare en onherstelbare schade, want eens verstoord, kan men de opgelopen verstoring niet meer ongedaan maken. Tot slot is ook de monitoring geen maatregel die de aantasting van de natuurlijke kenmerken vermindert. In de bijzondere voorwaarden is overigens geen link voorzien tussen de monitoring en daaropvolgende maatregelen.

Het argument dat ANB een deskundig orgaan is, moet genuanceerd worden. Het is immers voldoende bekend dat dit agentschap onderbemand is. Het advies steunt ook niet op eigen bevindingen, maar vooral op bevindingen in het project-MER en op een memo van de tussenkomende partij. Het blijkt niet dat er een zorgvuldig onderzoek naar de concrete impact op de VEN-gebieden en de verstoring van de samenhang ertussen werd gevoerd. Hoe dan ook ligt de verantwoordelijkheid bij de verwerende partij. Wanneer ANB tekortschiet in haar adviestaak, vormt dit dus geen excuus om ook in de beslissing tekort te schieten.

Verder is het “strikt naar regelgeving toe” juist dat geen advies aan het INBO gevraagd moest worden, maar in het middel gaat het over het advies

van het INBO specifiek naar het VEN toe. Vermits het project-MER aan het VEN geen eigen grondige en concrete studie heeft besteed, kan ook het beweerde overleg met het INBO op dit punt geen meerwaarde zijn. Uit de inventaris van het administratief dossier blijkt bovendien niet dat die overlegmomenten hebben plaatsgevonden.

De ligging ten opzichte van het meest nabije VEN-gebied “kan inderdaad een misrekening zijn qua afstand”, maar naar ecologische maatstaven blijft dit wel voldoende dicht. Wat betreft de onderlinge samenhang tussen de gebieden van de open ruimte, volstaat het niet dat er enkele windturbines wellicht ook om die reden zijn geweigerd. Het is voor de verzoekende partij een raadsel waarom 500 meter op zich een voldoende afstand zou vormen. In de richtlijnen bij de milieueffectrapportage is sprake van een invloedssfeer van 1000 meter voor verstoring en zelfs van 5000 meter voor barrièrewerking. Deze afstand houdt bovendien geen rekening met de verstoring in de samenhang tussen de VEN-gebieden.

Wat betreft de overlapping tussen de speciale beschermingszones en de gebieden van het VEN, merkt de verzoekende partij op dat er “voldoende meer dan onbenullige verschillen in oppervlakte/afbakening” zijn. Bovendien moet de natuur in het VEN veel ruimer worden bekeken dan in de speciale beschermingszones.

Zelfs als in het project-MER melding zou zijn gemaakt van de visarend en de bruine kiekendief, is de bescherming van deze soorten nog geen feit.

76. In de laatste memorie beklemt de verzoekende partij dat het niet aan haar toekomt om aan te tonen dat de vogelrichtlijn niet correct en volledig werd omgezet, maar aan de verwerende partij om aan te tonen dat dit wel is gebeurd.

Ook benadrukt zij dat het aan de verwerende partij toekomt om het gebrek aan onvermijdbare en onherstelbare schade aan te tonen, wat niet of onvoldoende is gebeurd.

Door slechts aandacht te hebben voor twee VEN-gebieden in de omgeving, wordt de impact op de natuur in de VEN-gebieden in alle redelijkheid veel te beperkt onderzocht. Het is immers precies de samenhang tussen de VEN-gebieden die wordt verstoord.

Door voor de passende beoordeling van de natuurwaarden van het VEN te verwijzen naar de passende beoordeling inzake de speciale beschermingszones, waar deze gebieden elkaar niet geheel overlappen, wordt aanvaard dat een deel van het VEN-gebied niet diende te worden onderzocht, wat indruist tegen de verplichting om de natuurwaarden van elk stuk VEN-gebied zorgvuldig in acht te nemen.

De passende beoordeling van het MER kan ook niet meteen gelden als verscherpte natuurtoets.

Specifiek met betrekking tot de vleermuizen merkt de verzoekende partij nog op dat het aan de verwerende partij is om te bewijzen dat de afstand van 200 meter voldoende is. Volgens de verzoekende partij is dit zeker niet juist omdat vleermuizen tot kilometers ver naar hun jachtgebieden vliegen. De tussenliggende industriële infrastructuur verhindert deze dieren niet om deze afstanden te overbruggen.

Beoordeling

77. Om op ontvankelijke wijze rechtstreeks de schending te kunnen inroepen van de bepalingen van een richtlijn die reeds in de interne rechtsorde is omgezet, moet de verzoekende partij aanvoeren dat de betrokken bepalingen niet, niet volledig, niet tijdig of niet correct zijn omgezet. De verzoekende partij laat na dit in het verzoekschrift te doen. Aan dit euvel kan in de latere memories niet meer worden verholpen.

De verzoekende partij voert op het einde van haar uiteenzetting van het middel wel aan dat “de bescherming van [de bruine kiekendief] niet [is] gewaarborgd cfr. art. 4 en 13 van de Vogelrichtlijn, art. 8 en 16 van het

Natuurdecreet”, en dat er “overigens geen enkele maatregel [is] voorzien in de vergunning voor eender welke bijlage I vogelrichtlijnsoort”, doch hiermee maakt zij niet duidelijk hoe artikel 16 van het natuurdecreet geschonden zou zijn, laat staan dat zij hiermee zou hebben aangevoerd dat die bepaling de vogelrichtlijn onvoldoende zou hebben omgezet.

78. Artikel 8 van het natuurdecreet luidt:

“De Vlaamse regering neemt alle nodige maatregelen ter aanvulling van de bestaande regelgeving om over het gehele grondgebied van het Vlaamse Gewest de milieukwaliteit te vrijwaren die vereist is voor het behoud van de natuur en om het standstill-beginsel toe te passen zowel wat betreft de kwaliteit als de kwantiteit van de natuur. Dit standstill-beginsel is ook van toepassing na het verstrijken van de termijn van elk beheerplan wanneer de realisatie van de beheerdoelstellingen en -maatregelen van een natuurbeheerplan als vermeld in artikel 16octies of de uitvoering van de beheerplannen in het kader van of in uitvoering van dit decreet of het Bosdecreet van 13 juni 1990, leidt tot een hogere natuurkwaliteit.”

Uit de redactie deze bepaling moet worden afgeleid dat zij doelstellingen ten aanzien van de Vlaamse overheid oplegt in het kader van haar regelgevende bevoegdheid en dat die bepaling niet dienstig kan worden ingeroepen ten aanzien van een individuele milieuvergunning, ook al wordt zij verleend door een lid van de Vlaamse regering.

79. De verzoekende partij kan zich slechts beroepen op een schending van een bepaling van een internationaal verdrag wanneer die bepaling rechtstreekse werking heeft binnen de Belgische rechtsorde.

Een regel van internationaal recht bezit directe werking indien hij, zonder enige substantiële interne uitvoeringsmaatregel, kan toegepast worden in de rechtsorde waar deze regel van kracht is. Een regel van internationaal recht bezit daarentegen geen directe werking, wanneer hij aan de Staat de verplichting oplegt te handelen, of niet te handelen, volgens de principes die vervat zijn in de regel. Deze verdragsbepalingen bezitten geen normerend karakter ten overstaan van individuen, scheppen geen subjectieve rechten in hunnen hoofde, maar leggen alleen verplichtingen op aan de verdragsluitende partijen.

De verzoekende partij beroept zich op een schending van het verdrag van Bonn omdat in bijlage II bij dat verdrag de visarend is opgenomen als trekkende soort waarvan de mate en aard van de bescherming niet gunstig is. Artikel IV van het verdrag van Bonn bepaalt evenwel dat voor de in bijlage II vermelde soorten, in verband met het behoud en beheer ervan, internationale overeenkomsten moeten worden gesloten. Aan de vermelding van de visarend in bijlage II bij het verdrag van Bonn kan bijgevolg geen rechtstreekse werking worden toegeschreven, zodat de verzoekende partij niet op ontvankelijke wijze de schending van dit verdrag kan aanvoeren.

80. Ook maakt de verzoekende partij niet duidelijk hoe het in het middel aangehaalde voorzorgsbeginsel zou worden geschonden.

81. Uit het voorgaande volgt dat het middel niet ontvankelijk is in zoverre de schending wordt aangevoerd van bepalingen van de vogelrichtlijn, van de artikelen 8 en 16 van het natuurdecreet, van bepalingen van het verdrag van Bonn, en van het voorzorgsbeginsel.

82. Blijkens artikel 17, § 1, van het natuurdecreet is het Vlaams Ecologisch Netwerk (hierna: VEN) een samenhangend en georganiseerd geheel van gebieden van de open ruimte waarin een specifiek beleid inzake het natuurbehoud, gebaseerd op de kenmerken en elementen van het natuurlijk milieu, de onderlinge samenhang tussen de gebieden van de open ruimte en de aanwezige en potentiële natuurwaarden wordt gevoerd. De Vlaamse regering heeft grote eenheden natuur (GEN) afgebakend als onderdelen van het VEN. Die GEN worden in het dossier ook “VEN-gebieden” genoemd.

Artikel 26*bis*, § 1, eerste lid, van het natuurdecreet verbiedt de overheid om toestemming of vergunning te verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

Dit verbod geldt aldus voor de activiteiten die voldoen aan de cumulatieve voorwaarde dat schade kan worden veroorzaakt die zowel

onvermijdbaar als onherstelbaar is. Uit de parlementaire voorbereiding (*Parl.St.* VI. Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 17 en 20) blijkt dat het begrip “onvermijdbare schade” betrekking heeft op “de schade die men hoe dan ook zal veroorzaken, op welke wijze men de activiteit ook uitvoert”. “Onherstelbare schade” is de schade die op de plaats van beschadiging niet meer (zonder buitensporige kosten) kan worden hersteld met een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat zoals deze die er voor de beschadiging was.

Alleen reeds de kans op onvermijdbare en onherstelbare schade is voldoende om een vergunning te weigeren. Er mag dienaangaande dan ook geen onzekerheid bestaan.

Overeenkomstig het tweede lid van dezelfde bepaling moet de kennisgever in principe aantonen dat de activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken, en dient, wanneer de kennisgever dit heeft nagelaten, de betrokken overheid zelf te onderzoeken of de activiteit al dan niet onvermijdbare en onherstelbare schade kan veroorzaken. Het is dus niet aan de verzoekende partij om aan te tonen dat de aangevraagde activiteit tot onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan leiden.

83. Naast de GEN heeft de Vlaamse regering op grond van artikel 36*bis* van het natuurdecreet ook speciale beschermingszones (hierna: SBZ) afgebakend in toepassing van de vogelrichtlijn en richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 ‘inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna’ (Habitatrichtlijn).

Artikel 36*ter*, § 3, van het natuurdecreet bepaalt dat een vergunningsplichtige activiteit die een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ kan veroorzaken, dient onderworpen te worden aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de SBZ. Volgens artikel 36*ter*, § 4, van het natuurdecreet mag de overheid die over een vergunningsaanvraag beslist, de vergunning slechts toestaan indien de uitvoering van de activiteit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van

de betrokken SBZ kan veroorzaken.

In het project-MER dat bij de vergunningsaanvraag van de tussenkomende partij werd gevoegd, werd een passende beoordeling opgenomen in de zin van artikel 36ter, § 3, van het natuurdecreet.

84. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

Het redelijkheidsbeginsel wordt geschonden wanneer het bestuur de grenzen van de redelijkheid overschrijdt. Dit is het geval wanneer de relevante feiten in een kennelijke wanverhouding staan tot de genomen beslissing.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat de bestreden beslissing wordt gedragen door rechtens aanvaardbare motieven die kunnen blijken, hetzij uit de beslissing zelf, hetzij uit de stukken van het dossier. Dit betekent onder meer dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. Bovendien moet de overheid de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing komen. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen.

Het valt de Raad van State als rechter van de wettigheid niet toe om het feitenonderzoek over te doen of om zich, wat de appreciatie van de zaak betreft, in de plaats te stellen van het bestuur. Het behoort daarbij wel tot de bevoegdheid van de Raad van State desgevraagd na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan indien ze worden betwist en na te gaan of de overheid naar recht en redelijkheid tot haar voorstelling van de feiten is gekomen, meer bepaald met inachtneming van de algemene beginselen van de bewijsvoering. Om de onwettigheid van de motieven van de beslissing van het bestuur aan te tonen, kan

de verzoekende partij evenwel niet volstaan met het louter ontkennen of in vraag stellen van de feitelijke elementen waarop de beoordeling door het bestuur berust. Immers is het zaak van de verzoekende partij om aanwijzingen te verschaffen die het vermoeden wettigen of aantonen dat de door het bestuur in aanmerking genomen gegevens niet juist zijn.

85. Met betrekking tot de vraag of de aanvraag van de tussenkomende partij onvermijdbare en onherstelbare schade kan veroorzaken aan de natuur in het VEN, bevat het bestreden besluit de volgende motieven:

“Impact op VEN

Overwegende dat conform artikel 26bis, §1, eerste lid, van het natuurbehoudsdecreet, de overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken;

Overwegende dat in het project-MER een passende beoordeling/verscherpte natuurtoets is opgenomen; dat daarin een beschrijving is opgenomen van de verschillende VEN-gebieden in de buurt en de natuurwaarden; dat de VEN-gebieden grotendeels overlappen met de SBZ-gebieden;

Overwegende dat het project gelegen is op minimaal 560 m van het dichtste VEN-gebied; dat tussen het project en het VEN-gebied er een industrieterrein is gelegen; dat de windturbines niet worden voorzien in het VEN-gebied zodat er geen inname is van VEN-gebied; dat uit bovenstaande blijkt dat er geen risico is op verstoring, noch op natuurwaarden in het VEN-gebied in het algemeen, noch op avifauna; dat er op basis van de gehanteerde verstoringsafstanden in de worst case een mogelijke theoretische verstoring zou kunnen optreden van steltlopers ter hoogte van het VEN-gebied; dat de bosrand van het VEN-gebied geen geschikt biotoop is voor steltlopers; dat de barrière-effecten en de aanvaringsrisico's door het nemen van milderende maatregelen, het voornamelijk beperken van de omvang van het project en de stilstandregelingen, verwaarloosbaar zijn; dat uit bovenstaande blijkt dat de impact op vleermuizen zich hoofdzakelijk voordoet op minder dan 200 m van aandachtsgebieden voor vleermuizen; dat de bosrand van het VEN-gebied aangeduid is als dergelijk aandachtsgebied; dat de aangevraagde windturbines daar ruim van af gelegen zijn; dat er tussen die bosrand en de aangevraagde windturbines tussenliggende industriële infrastructuur gelegen is; dat bijgevolg het risico op aanvaring van vleermuizen met de windturbines als beperkt tot verwaarloosbaar moet worden ingeschat; dat om alle aanvaringsrisico's uit te sluiten er een stilstandregeling wordt voorzien op alle windturbines;

Overwegende dat in de verscherpte natuurtoets ook de cumulatieve impact met andere windturbineprojecten is onderzocht; dat dit niet leidt tot onaanvaardbare impact;

Overwegende dat gelet op bovenstaande kan gesteld worden dat door het gereduceerd scenario van 8 windturbines, waarvan er oorspronkelijk maar 7 en nu nog maar 5 worden aangevraagd, de vermijdbare schade wordt

vermeden ten aanzien van het VEN-gebied; dat rekening houdende met het gereduceerd project én met de opgelegde milderende maatregelen, er dus kan gesteld worden dat er geen vermijdbare of onherstelbare schade optreedt ten aanzien van het VEN-gebied veroorzaakt door dit project.”

De laatste zin van deze motieven bevat kennelijk een materiële misslag met het gebruik van het woord “vermijdbare” in plaats van “onvermijdbare”. De kritiek dat de minister het decretale begrip “onvermijdbare” zou hebben vervangen door “geen vermijdbare” mist feitelijke grondslag.

86. Volgens de verzoekende partij veroorzaken de vergunde windturbines onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN. Zij houdt voor dat het “onder meer” gaat om de verstoring van de habitats van de diersoorten die in de omliggende VEN-gebieden voorkomen en die voor hun kroost afhankelijk zijn van jachtgebieden en rust ook buiten de strikte afbakening van het VEN. Bij wijze van voorbeeld somt zij enkele soorten roofvogels, watervogels en zangvogels op.

Bij gebreke aan enige vermelding in het verzoekschrift van een andere eventuele verstoring van de natuur van het VEN door de windturbines, faalt de kritiek van de verzoekende partij die het bestreden besluit verwijt geen ander onderzoek te hebben gedaan naar de natuurwaarden van de omliggende VEN-gebieden dan het onderzoek naar de invloed op de fauna die daar hun broed- of foerageerplaatsen hebben. Zij laat immers na de nodige aanwijzingen te verschaffen dat andere natuurwaarden van de omliggende VEN-gebieden kunnen verstoord worden.

87. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat het feitelijk onjuist is dat de omliggende SBZ “grotendeels overlappen” met de omliggende VEN-gebieden. Rekening houdend met deze feitelijke omstandigheid, is het niet onredelijk of onzorgvuldig om voor de beoordeling of onvermijdbare en onherstelbare schade wordt toegebracht aan de fauna die zich in het VEN-gebied bevindt, te verwijzen naar de gegevens die blijken uit de passende beoordeling die werd opgemaakt om na te gaan of het project leidt tot een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken SBZ. De verwijzing naar die

gegevens zal echter maar wettig zijn op voorwaarde dat, en in zoverre dat, eruit kan worden afgeleid dat er geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan het VEN wordt veroorzaakt door het aangevraagde project.

88. Het bestreden besluit beperkt zich overigens niet tot een verwijzing naar de gegevens uit het MER, maar onderwerpt die gegevens aan de verscherpte natuurtoets die door artikel 26*bis* van het natuurdecreet wordt voorgeschreven. Daarbij gaat het bestreden besluit voort op de nieuwe beoordeling die door ANB werd gemaakt van de aanvraag, na het vernietigingsarrest van de Raad van State waarin gewezen werd op de verplichting om een specifieke motivering te voorzien in de zin van artikel 26*bis* van het natuurdecreet.

In die nieuwe beoordeling sluit ANB zich aan bij een memo die werd gevoegd bij een toelichtende nota die de tussenkomende partij hem had bezorgd en waarin werd besloten dat het project geen onvermijdbare en onherstelbare schade kan veroorzaken aan het leefgebied van vleermuizen en vogels in het VEN.

Geen enkele bepaling verbiedt de tussenkomende partij om aan de verwerende partij een toelichtende nota te bezorgen waarin zij aanvullende feitelijke gegevens verschaft en de redenen uiteenzet waarom de aanvraag, na vernietiging van een eerdere vergunningsbeslissing, volgens haar alsnog kan worden vergund. Dergelijke nota moet niet aan tegenspraak van de beroepsindieners worden onderworpen. Evenmin moest een nieuw openbaar onderzoek georganiseerd worden nu het voorwerp van de aanvraag hierdoor niet werd gewijzigd.

Uit de enkele omstandigheid dat ANB, en vervolgens ook het bestreden besluit, zich aansluit bij de analyse die gemaakt wordt in een nota die door de tussenkomende partij werd voorgelegd, volgt niet de onwettigheid van het bestreden besluit.

89. In de verscherpte natuurtoets die door het bestreden besluit - voortgaande op het advies van ANB - wordt gemaakt, wordt specifiek ingegaan

op de bezorgdheden die uit het MER konden worden afgeleid aangaande de barrièrewerking en het aanvaringsrisico, en wordt op grond van feitelijke gegevens besloten dat deze effecten “verwaarloosbaar” zijn mits de milderende maatregelen in acht worden genomen. Rekening houdend met de omstandigheid dat met het bestreden besluit nog slechts vijf windturbines worden vergund van het oorspronkelijk in het MER reeds herleide aantal van acht windturbines, en met het feit dat het bestreden besluit de door ANB voorgestelde stilstandmodi als voorwaarde oplegt, verantwoordt de verwerende partij op afdoende wijze dat de vergunde activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade veroorzaakt.

De verzoekende partij overtuigt niet dat de feitelijke gegevens waarop deze conclusie wordt gebaseerd onjuist zijn of op onzorgvuldige wijze zouden zijn vastgesteld. Evenmin maakt zij met haar betoog aannemelijk dat de conclusie van de verscherpte natuurtoets onredelijk is. De verzoekende partij is het kennelijk oneens met deze conclusie maar komt niet verder dan het telkens tegenspreken of in vraag stellen van de uitgangspunten van de verwerende partij, zonder op een voldoende concrete wijze de aanwijzingen te verschaffen die tot het besluit zouden kunnen leiden dat de conclusie van de verscherpte natuurtoets onzorgvuldig of onredelijk is.

Meer in het bijzonder gaat de verzoekende partij er al te gemakkelijk aan voorbij dat de milderende maatregelen - en in het bijzonder de -in vergelijking tot de vernietigde vergunning - meer uitgebreide stilstandregeling - er precies op gericht is alle twijfels weg te nemen aangaande het aanvaringsrisico van de vleermuizen, zijnde het enige negatieve effect waarover nog wetenschappelijke twijfel bestond ten tijde van de bestreden beslissing.

Ook gaat de verzoekende partij niet in op de zeer uitgebreide studie van de milieueffecten in de discipline fauna en flora, die in het MER werd doorgevoerd (blz. 100 - 146) en waarop de conclusie wordt gesteund dat er slechts op het vlak van voormelde barrièrewerking en aanvaringsrisico's negatieve effecten kunnen worden verwacht.

Het is verder niet onredelijk om aan te nemen dat er geen onvermijdbare en onherstelbare schade wordt veroorzaakt aan de natuur in het VEN wanneer de enige negatieve effecten die kunnen worden ontwaard slechts “verwaarloosbaar” zijn.

Waar de verzoekende partij in het verzoekschrift opwerpt dat het meest nabije VEN-gebied op “iets meer dan 200 meter” is gelegen en niet op 560 meter, zoals aangegeven in het bestreden besluit, erkent zij in de memorie van wederantwoord dat er “inderdaad een misrekening [kan] zijn qua afstand”. Op dit punt overtuigt zij bijgevolg evenmin van de onjuistheid van de motivering in het bestreden besluit of van een verkeerde feitenvinding door de verwerende partij.

90. De verzoekende partij duidt verder geen bepaling aan op grond waarvan de verwerende partij het advies van het INBO had moeten inwinnen. Zij kan ook niet op goede gronden beweren dat er geen enkele “natuurwetenschappelijk onderbouwde” zekerheid bestaat over de vrijwaring van de omliggende VEN-gebieden. Uit de gegevens van het dossier blijkt immers dat ANB zich over het dossier heeft uitgesproken, alsook dat het INBO betrokken was bij de totstandkoming van het project, onder meer bij de besprekingen van het project-MER. Het komt niet aan de Raad van State toe de deskundigheid van deze organen in twijfel te trekken en hun bevindingen te heronderzoeken. De bewering van de verzoekende partij dat ANB onderbemand zou zijn, toont niet de onjuistheid of onredelijkheid aan van de bevindingen in het advies van dit agentschap en doet geen afbreuk aan de deskundigheid die aan dit orgaan mag worden toegeschreven, wat betreft de beoordeling van de impact van het aangevraagde project op de VEN-gebieden en de samenhang tussen de VEN-gebieden.

91. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden besluit de conclusie van de verscherpte natuurtoets bedoeld in artikel 26*bis* van het natuurdecreet op afdoende wijze heeft verantwoord. De aangevoerde schending van deze bepaling, alsook van de artikelen 17 en 36*ter* van het natuurdecreet, van de besluiten van de Vlaamse regering tot vaststelling van de in de omgeving gelegen GEN en SBZ, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van de formele- en

materiële motiveringsplicht, is ongegrond.

92. Het derde middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Standpunt van de verzoekende partij

93. De verzoekende partij voert de schending aan van:

- het *standstill*-beginsel inzake het kwantitatief en kwalitatief natuurbehoud, vervat in artikel 8 van het natuurdecreet;
- de natuurzorgplicht vervat in artikel 16 van het natuurdecreet, en de artikelen 10 en 14 van het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 ‘met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer’ (hierna: Soortenbesluit);
- de bijlagen II, III en IV van het natuurdecreet;
- artikel 30bis van Vlarem I, en de artikelen 1.2.1, § 2 en § 3, DABM;
- artikelen 4.4 en 13 van de vogelrichtlijn;
- de formele- en materiële motiveringsplicht;
- het rechtszekerheidsbeginsel;
- artikel 52, 3°, van Vlarem I;
- het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

94. De verzoekende partij zet uiteen dat het *standstill*-beginsel geschonden wordt door de quasi permanente bron van verstoring van natuurwaarden door minstens vijf grootschalige windturbines, en dit tot 2037, in een gebied dat voorheen zo goed als gevrijwaard was van windturbines.

De natuurwaarden zijn zeer aanzienlijk en feitelijk aanwezig. De verzoekende partij verwijst onder meer naar gegevens van de trekpost “Kristallijn” te Lommel en naar door haarzelf bijgebrachte informatie in het bezwaarschrift en het beroepschrift. Er komen soorten voor die op de rode lijst staan en er is een slaapplek voor 25.000 meeuwen. De landstrook tussen de twee vijvers, waar

WT2 en WT3 zich bevinden, fungeert als een smalle attractieve corridor tijdens de trek, de waterpartijen trekken ook tal van andere diersoorten aan, het zanderige gebied trekt vogels van duinachtige, schrale gebieden aan en bovendien zijn de windturbines omgeven door verschillende bijzondere gebieden, waaronder VEN-gebieden, habitatrichtlijngebieden, een vogelrichtlijngebied, een weidevogelgebied, twee kanalen, tal van bossen en heideachtige gebieden.

Door dit project te vergunnen, ligt tegelijk ook een schending van de door het natuurdecreet voorgeschreven natuurschadeverplichting voor, die in eerste instantie gericht is op het voorkomen van vermijdbare schade. Deze beginselen gelden voor alle diersoorten, niet enkel de soorten die zijn vermeld in de bijlagen II tot IV van het natuurdecreet. Het redelijkheidsbeginsel laat minstens een marginale toetsing toe. In het bestreden besluit is een natuurtoets opgenomen, waarbij milderende maatregelen worden voorgesteld om betekenisvolle effecten te voorkomen. De natuurschadeverplichting heeft evenwel betrekking op elk effect op de natuur, en niet enkel op de betekenisvolle effecten. Er zijn nog heel wat opmerkelijke hiaten in de bestreden beslissing naar de schadeverplichting toe. Zo is er bijvoorbeeld geen maatregel in verband met de lichtbeheersing en is er niets voorzien voor de trekvogels die in belangrijke mate ook 's nachts actief zijn, noch voor de broedvogels binnen het ontginningsgebied in het bijzonder. Gedurende de vergunningsperiode zijn er voorspelbaar duizenden bijkomend dode en gewonde vogels en vleermuizen te verwachten. Daarbij komt ook nog de verstoring en versnippering van voorheen geschikte habitat voor broedvogels, pleisterende vogels, slaapplekken, etc.

Met betrekking tot de meeuwen is er met de stilstandregeling zeker een mindere kans op aanvaring, maar de slachting onder deze vogels zal onvermijdelijk blijven. Bovendien geldt de stilstandregeling enkel in de periode van 15 november tot 14 maart, terwijl er ook later nog belangrijke aantallen meeuwen voorkomen. Het hoofddeel ervan vliegt op rotorhoogte en ze arriveren in groepen van enkele tientallen tot honderden exemplaren tegelijk, waarbij de locaties van de windturbines meerdere keren gepasseerd worden terwijl het zicht beperkt is. Een groot verschil met veel andere slaapplekken is dat een groot deel van de meeuwen zich vooraf verzamelt op andere locaties, wat leidt tot grote,

compacte groepen, vaak extra late aankomsten en een zeer gehaast en doelgericht gedrag. Het betreft voor de Maatheide specifieke elementen die tot veel extra slachtoffers kunnen leiden en waarmee in het project-MER geen rekening is gehouden. De stilstandregeling geldt niet 's nachts en het bestreden besluit voorziet ook geen maatregel ter voorkoming van vermijdbare schade tijdens de voorjaars- en najaarstrek.

Het gebied is ook reeds het broedgebied geweest van zeer zeldzame soorten als de oehoe en geldt tevens als belangrijkste gebied voor doortrekkers als de duinpieper. In de bossen rondom komen ook zeldzame soorten zoals de nachtzwaluw voor. Voor deze vogel en andere soorten die in de omgeving 's nachts op jacht gaan is in geen enkele maatregel voorzien. Verder dient ook vermeld dat de site deel uitmaakt van het jachtgebied voor meerdere soorten vleermuizen. De ligging in een seizoenstrekroute klasse 3 vormt op zich ook reeds een voldoende bewijs van de inbreuk op artikel 8 van het natuurdecreet, artikel 1.2.1 DABM en artikel 30bis van Vlare I.

De verzoekende partij wijst op de aanwezigheid van bijzondere fauna en flora en betoogt dat de betrokken site in feite als een natuurkerngebied geldt, gelet op de bijzondere gebieden die de site omgeven. Door de windturbines te vergunnen, verstoort de vergunningverlenende overheid de samenhang tussen deze gebieden.

Ook voert de verzoekende partij een motiveringsgebrek aan, omdat in het bestreden besluit geen motivering terug te vinden valt die getuigt van een toetsing aan de bepalingen in verband met het *standstill*-beginsel. De verzoekende partij herhaalt in dit verband dat er geen enkele maatregel is voorzien om de talrijke nacht- en dagtrekkende vogels te beschermen. Niettegenstaande de vermindering tot vijf windturbines en de tijdelijke stilstandregeling, zal er nog steeds manifest een achteruitgang zijn van de lokale natuurwaarden, zodat het *standstill*-beginsel kennelijk geschonden wordt. De enkele maatregel naar meeuwen toe is niet voldoende om van een voldoende vervulling van de natuurzorgplicht te kunnen spreken.

De exploitatie van de windturbines in het leef- en rustgebied van tal van beschermde diersoorten vormt tevens een inbreuk op de artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit. Er ontbreekt een specifieke toelating om af te wijken op de beschermingsplicht die voortvloeit uit deze bepalingen. In het bestreden besluit wordt weliswaar overwogen dat een schending van artikel 10 van het Soortenbesluit wordt vermeden door de toepassing van milderende maatregelen waardoor in zeer hoge mate verhinderd wordt dat beschermde soorten omkomen, maar volgens de verzoekende partij steunen de opgelegde maatregelen niet op een zorgvuldig en concreet onderzoek van de lokaal voorkomende fauna, en zal het bestreden besluit hoe dan ook over de jaren heen een triestige schaduwzijde kennen onder tal van dieren die strikt beschermd worden door het Soortenbesluit.

Het voorzorgsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel worden ook geschonden doordat geen advies aan het INBO werd gevraagd en er geen gericht vleermuizenonderzoek is gevoerd. Een ‘digitaal’ onderzoek, louter op basis van waarneming, voldoet niet aan het voorzorgsbeginsel.

De artikelen 4.4 en 13 van de vogelrichtlijn zijn om alle voorgaande redenen eveneens geschonden.

Tot slot gaat de verzoekende partij nog nader in op de kwestie van de vleermuizen. Uit het project-MER blijkt dat er een hoog risico bestaat voor minstens de rosse vleermuis en de gewone dwergvleermuis. De verzoekende partij hekelt een gebrek aan adequaat onderzoek omtrent de vleermuizen: er is geen onderzoek gevoerd op de landstrook tussen de twee vijvers, noch “parallel oostelijk t.o.v. het natuurgebied en VEN-gebied”. Na het vernietigingsarrest van de Raad van State werd geen aanvullend onderzoek gevoerd. Bovendien moet het onderzoek gebeuren in een situatie zonder windturbines, dan wel wanneer de windturbines buiten werking zijn gesteld. Voorts is er ook geen onderzoek gevoerd in het najaar, wanneer de ruige dwergvleermuis migreert. Er is wel een stilstandregeling, maar uit welk wetenschappelijk onderzoek of advies blijkt dat de voorgestelde periodes van stilstand voldoende zijn? Sommige soorten gaan bv. reeds op jacht voor de zon ondergaat. Er kan geen exploitatie plaatsvinden zolang

niet natuurwetenschappelijk is aangetoond dat in dit projectgebied de voorgestelde stilstandregeling volstaat om geen slachtoffers te maken.

Dan is er nog niet specifiek ingegaan op andere mogelijke natuurschade en natuurkansen, zoals aan de habitats van reptielen, amfibieën, andere zoogdieren en insecten, waarvan de populaties geen voordeel hebben met windturbines die hoe dan ook verstorend werken op de kwaliteit van het leefgebied. Hetzelfde geldt voor de natuur in de omliggende natuurgebieden, onder meer wat betreft de slagschaduw, de visueel dominerende impact van de wieken en de geluidshinder. Een en ander is zelfs niet onderzocht in het project-MER.

95. In de memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat zij met het inroepen van de vogelrichtlijn minstens impliciet aanvoert dat er geen correcte omzetting is gebeurd. Het is aan de verwerende partij om aan te tonen dat dit wel het geval zou zijn. Indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat de bewijslast bij de verzoekende partij zou liggen, dan valt er rekening te houden met de artikelen 36*bis* en 36*ter* van het natuurdecreet. Die bepalingen hebben evenwel niet dezelfde ruime strekking als artikel 13 van de vogelrichtlijn. Ook het Soortenbesluit biedt geen gelijkwaardige bescherming als bedoeld in de vogelrichtlijn.

Wat betreft artikel 1.2.1 DABM herhaalt de verzoekende partij dat de schending van die bepaling kan worden ingeroepen wanneer de aanvraag kennelijk indruist tegen de algemene beleidsdoelstellingen, en wel op een wijze die een meer dan tijdelijke of plaatselijke impact heeft. De milderende maatregelen zorgen niet voor een *status quo* in vergelijking met de voorheen bestaande toestand, zonder windturbines.

In zoverre artikel 16, § 1, van het natuurdecreet geen formele motivering zou vereisen, dan moet de wel aangevoerde motivering steek houden. Dat is hier niet het geval, want er worden allerlei drempels of relativeringen van de natuurtoets ingevoerd om het project te vergunnen. De bewering dat de formele motiveringsplicht niet zou spelen, betekent nog niet dat men mag motiveren op een wijze die inhoudelijk niet strookt met artikel 16 van het natuurdecreet. Bovendien

is er een volgorde in acht te nemen, waarbij het voorkomen van natuurschade de eerste bekommernis moet zijn.

Verder is het niet omdat met kennis van zaken wordt beslist, dat de vergunningverlenende overheid ook concrete maatregelen heeft getroffen om de natuurverstoring naar de bijzondere natuurgebieden toe effectief te voorkomen. Door de feitelijke gegevens aan te leveren met betrekking tot de omliggende VEN-gebieden en speciale beschermingszones, heeft de verzoekende partij aangetoond dat het project midden tussen deze gebieden ligt, waardoor het bestreden besluit in alle redelijkheid onmogelijk een natuurvriendelijke beslissing genoemd kan worden.

Voorts is de verzoekende partij het ermee eens dat niet elke of zeer minimale schade moet vermeden worden. Evenwel is er strikt gezien geen drempel voorzien in artikel 16 van het natuurdecreet. De natuurzorgplicht bestrijkt dus een ruim veld van natuurwaarden die in aanmerking genomen moeten worden. De verzoekende partij heeft een aantal representatieve natuurwaarden opgenomen in het verzoekschrift, onder meer wat betreft de impact op trekvogels. De verwerende partij kan niet aantonen hoe de vergunningsvoorwaarden concreet iets betekenen voor de talrijke verscheidenheid aan soorten die door het gebied trekken.

96. In de laatste memorie laat de verzoekende partij ten aanzien van de aangevoerde schending van artikel 1.2.1 DABM nog gelden dat het hier niet gaat om een “tijdelijk” project, nu de windturbines worden vergund voor een periode van 15 jaar, wat niet kan worden beschouwd als een korte tijd. Er is bovendien een Europese richtlijn in de maak de zogenaamde “REPower EU”-richtlijn, waardoor windturbines gemakkelijker zullen kunnen worden hervergund. Evenmin hebben de windturbines slechts een “plaatselijk” effect, nu de milieueffecten ervan zich op grote afstand zullen voordoen: ze zijn van kilometers ver zichtbaar, en hebben impact op de trek van vogels die van heinde en verre komen.

toegepast in duidelijke gevallen waar een vergunningsbeslissing achteruitgang voor de natuurwaarden teweegbrengt. De bepaling is overigens gericht tot de Vlaamse regering, tot wie de vergunningverlenende overheid behoort, en het is die Vlaamse regering die ertoe wordt gehouden het *standstill*-beginsel toe te passen. Minstens beschikt de Raad van State over een marginale toetsingsbevoegdheid in dit verband. Indien het toch zo zou zijn dat vergunningsbeslissingen niet kunnen getoetst worden aan artikel 8 van het natuurdecreet, ontwaart de verzoekende partij hierin een beperking van haar mogelijkheden om haar milieudoelstellingen te verwezenlijken en blijkt het grondwettelijk verankerd *standstill*-beginsel moeilijk concrete vorm te krijgen op het terrein. De verzoekende partij vraagt de Raad van State om in dat verband aan het Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen te richten betreffende de grondwettigheid van artikel 8 van het natuurdecreet.

Verder vraagt de verzoekende partij om geen rekening te houden met het “monitoringsrapport” dat zij niet heeft aangetroffen in de stukken van het dossier. Het is overigens niet geloofwaardig dat er niet één aanvaringsslachtoffer zou zijn gevonden.

Beoordeling

97. Met betrekking tot de aangevoerde schending van bepalingen van de vogelrichtlijn en van artikel 8 van het natuurdecreet, wordt verwezen naar hetgeen hiervoor werd uiteengezet bij de beoordeling van het derde middel.

De in de laatste memorie opgeworpen prejudiciële vragen konden door de verzoekende partij reeds in eerdere procedurestukken worden opgeworpen, en komen dan ook neer op een niet-ontvankelijke uitbreiding van het middel waarop de Raad van State niet dient in te gaan.

98. Artikel 1.2.1, § 2 en §3, DABM luiden:

“§ 2. Op basis van een afweging van de verschillende maatschappelijke activiteiten streeft het milieubeleid naar een hoog beschermingsniveau. Het berust onder meer op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron

dienen te worden bestreden, het standstill-beginsel en het beginsel dat de vervuiler betaalt.

§ 3. De in § 1 en § 2 bepaalde doelstellingen en beginselen moeten in het bepalen en uitvoeren van het beleid van het Vlaamse Gewest op andere gebieden worden geïntegreerd. Bij de uitvoering van het beleid wordt rekening gehouden met de sociaal-economische aspecten, de internationale dimensie en de beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens.”

Deze bepaling bevat geen concrete en op elke individuele en lokale vergunningsaanvraag toepasselijke verplichtingen of verbodsbepalingen. Opdat een schending van deze bepaling kan worden aangenomen door een beslissing over een milieuvergunningsaanvraag, moet blijken dat de beslissing kennelijk indruist tegen de in § 2 vermelde algemene beleidsdoelstellingen, en wel op een wijze die een meer dan tijdelijke of plaatselijke impact heeft.

Een milieuvergunning voor de uitbating van vijf windturbines gedurende een periode van vijftien jaar, met verplichting de windturbines te verwijderen na beëindiging van de exploitatie, heeft slechts een tijdelijke impact. Dergelijke vergunning geldt immers niet onbeperkt in de tijd. Een verlenging van de periode is slechts mogelijk op grond van een nieuwe vergunningsaanvraag die beoordeeld dient te worden aan de hand van de regels die dan zullen gelden, en er kan nu onmogelijk van worden uitgegaan dat toekomstige regels die hervergunning mogelijk zullen maken.

De verzoekende partij kan derhalve niet op ontvankelijke wijze de schending aanvoeren van het *standstill*-beginsel dat vervat is in artikel 8 van het natuurdecreet, noch van de beginselen vermeld in artikel 1.2.1 DABM. Bijgevolg kan ook haar argument dat in de bestreden beslissing geen motivering kan worden gevonden die getuigt van een toetsing aan de bepalingen inzake het *standstill*-beginsel geen aanleiding geven tot de nietigverklaring van het bestreden besluit.

99. In het middel wordt niet voldoende duidelijk uiteengezet hoe de artikelen 30*bis* en 52, 3°, van Vlarem I, en het rechtszekerheidsbeginsel, worden geschonden. Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

100. Artikel 16, § 1, van het natuurdecreet bepaalt:

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

Deze bepaling kent aan de overheid een discretionaire bevoegdheid toe bij de keuze op welke wijze er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan, of hoe dergelijke schade desgevallend kan worden beperkt, dan wel hersteld.

Wanneer de overheid vaststelt dat er vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan door een activiteit, dan moet zij bij het verlenen van de vergunning de redelijk gepaste voorzorgsmaatregelen nemen om die schade te voorkomen, dan wel te beperken of, indien niet mogelijk, te herstellen. Of de vergunningverlenende overheid de opgelegde zorgplicht is nagekomen moet blijken, zo niet uit het bestreden besluit zelf, dan toch uit de stukken van het dossier.

101. Het bestreden besluit bevat een omvangrijke natuurtoets, waarbij nader wordt ingegaan op verstoring, barrière-aanvaring, impact op het VEN, impact op de speciale beschermingszones en, tot slot, het Soortenbesluit.

De natuurtoets in de bestreden beslissing luidt onder meer:

“Verstoring

Overwegende dat de hinder tijdens de aanlegfase beperkt is en kan gepland worden, waardoor er geen milderende maatregelen nodig zijn volgens het aanvraagdossier, dat de windturbines reeds zijn gebouwd;

Overwegende dat de mogelijke verstoring door de geluidsimpact van de windturbines kan afgeleid worden uit de geluidscontouren van het aangevraagde project; dat hieruit kan afgeleid worden dat, rekening houdende met:

- het feit dat er maar 5 in plaats van 7 windturbines worden aangevraagd;
- het feit dat het maximaal bronvermogen van de reeds gebouwde windturbines 105,4 dB(A) bedraagt in plaats van 108 dB(A);

dat de geluidsimpact op vollast zeker lager dan 43 dB(A) zal liggen ter

hoogte van de natuurwaarden; dat in het project-MER wordt aangegeven dat de geluidsverstoring soortafhankelijk is en varieert tussen 42 dB(A) en 60 dB(A); dat gelet op de industriële context van de omgeving er geen verstoring ten gevolge van de geluidsemissie van de aangevraagde windturbines wordt verwacht; dat ook ten aanzien van de verstoring van avifauna in het algemeen door de windturbines, rekening houdende met de gekende verstoringsafstanden, geen significant negatieve effecten worden verwacht; dat de verstoringsafstanden die in het project-MER worden gebruikt nog voldoende actueel zijn;

Barrière-aanvaring

Overwegende dat de barrièrewerking ten gevolge van oorspronkelijke project met 16 windturbines een significant effect heeft op de seizoenstrekroute kan gemilderd worden door enerzijds het aantal lijnopstellingen te beperken op de vliegrichting van de seizoenstrek (noord-zuid) en anderzijds tussen de lijnen een voldoende grote afstand te voorzien (1.000 m); dat de exploitant in onderhavig project slechts 2 lijnen gebruikt van het potentiële raster om hieraan tegemoet te komen zodat de afstand tussen de 2 lijnopstellingen van respectievelijk 3 en 2 turbines circa 1,2 km bedraagt; dat in het project-MER het effect hierdoor als beperkt/verwaarloosbaar wordt beoordeeld;

Overwegende dat in het beroepsschrift wordt gewezen op de avifaunistische waarde van het gebied op basis van telgegevens van de trektelpost Maatheide; dat gelet op de informatie in het project-MER blijkt dat de impact op overtrekkende vogels, rekening houdende met het gereduceerde projectvoorstel, beperkt is;

Overwegende dat in het project-MER ook de cumulatieve barrière-effecten met andere windparken is onderzocht; dat geoordeeld wordt dat slechts leidt tot een matig negatief cumulatief effect; dat op basis van terreinkennis is geoordeeld dat de meeste trekvogels naar het zuidwesten afbuigen alvorens ze andere windturbineparken bereiken;

Overwegende dat er ten aanzien van de slaaptrek tijdens de winterperiode van de meeuwen een zeer significant negatieve impact van het originele project met 16 windturbines verwacht wordt; dat de waterpartijen worden gebruikt als slaappleaats voor tot 28.000 dieren en dat de aanvliegroutes de lijnopstellingen van de windturbines doorkruisen; dat er als milderende maatregel een periodieke stillegging van WT2 en WT3 tijdens de ochtend- en avondschemering wordt voorgesteld; dat deze windturbines gelegen zijn tussen de twee plassen in; dat deze stilstandregeling moet worden opgelegd in de bijzondere voorwaarden; dat op basis van deze stilstandregeling het effect als niet betekenisvol wordt beoordeeld; dat WT6 en WT7 die ten oosten van de oostelijke plas voorzien waren, niet zullen worden gebouwd; dat zal een gunstig effect hebben op de mogelijke impact op slaaptrekroute die vooral oost-west georiënteerd is;

Overwegende dat met betrekking tot de oost-west georiënteerde slaaptrekroute er geen cumulatieve barrière-effecten verwacht worden aangezien er geen andere relevante windparken zijn gelegen in deze richting; Overwegende dat de exploitant een monitoring van de reële effecten op vogels voorziet in de aanvraag; dat de modaliteiten van de monitoring in overleg met het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB) en het INBO zijn vastgelegd in een afsprakennota toegevoegd als bijlage aan de aanvraag; dat

het opleggen van een monitoring om de aanvaardbaarheid van de impact op de avifauna te onderzoeken niet kan opgelegd worden aangezien er op het moment van vergunningverlening er reeds een voldoende graad van zekerheid moet bestaan of de impact op de avifauna in overeenstemming is met de bepalingen van het natuurbehouddecreet; dat dit niet in een latere fase, na de vergunningverlening, kan worden vastgesteld;

Overwegende dat uit het project-MER blijkt dat de impact van het aangevraagde project op broedvogels eerder beperkt is;

Overwegende de inplanting van windturbines op minder dan 200 m van belangrijke foerageergebieden en trekroutes van vleermuizen kan zorgen voor onaanvaardbare aanvaringsrisico's; de voornaamste aanwezigheid van vleermuizen wordt verwacht langs het kanaal; dat de aanvaringsrisico's dus kunnen worden gemilderd door het respecteren van een minimum afstand van 200 m tot het kanaal; dat in de inplantingslocaties van de aangevraagde windturbines op een grotere afstand zijn voorzien dan de inplantingslocaties van het oorspronkelijke project met 16 windturbines zodat de aanvaringsrisico's voor vleermuizen als beperkt worden ingeschat; dat deze effecten vanuit het voorzorgsprincipe verder worden gereduceerd door het toepassen van een specifieke stilstandregeling; dat deze stilstandregeling eveneens in overleg met ANB en INBO is vastgelegd in de afsprakennota; dat in deze afsprakennota een stilstandregeling is opgenomen voor WT1, WT4 en WT5 omwille van de aanwezigheid van kleine bosjes; dat voor WT2 en WT3 er geen aanwezigheid van vleermuizen werd verwacht waardoor een stilstandregeling niet nodig werd geacht; dat echter om alle aanvaringsrisico's voor vleermuizen voor alle windturbines maximaal uit te sluiten, de exploitant akkoord is om de stilstandregeling op alle windturbines toe te passen; de stilstandregelingen zijn gebaseerd op de periodes waarin de hoogste vleermuisactiviteit te verwachten is en waarin in Europese windparken de meeste aanvaringsslachtoffers vallen als men deze stilstandregeling niet toepast; dat het aangewezen is om deze stilstandregeling in de vergunningsvoorwaarden te verankeren;

Conclusie

Overwegende dat de eindconclusie van het project-MER luidt dat er betekenisvolle effecten kunnen optreden, veroorzaakt door het oorspronkelijk onderzocht project met 16 windturbines, indien er geen milderende maatregelen worden toegepast; dat het oorspronkelijk beoogde project van 16 windturbines beperkt is tot 5 windturbines; dat, om betekenisvolle effecten op vogels en vleermuizen te vermijden, de exploitant zich engageert om milderende maatregelen te nemen, zowel voor vogels als voor vleermuizen; dat deze maatregelen in de voorwaarden van de vergunning worden verankerd; dat indien op basis van een uitvoerige monitoring of wijzigende terreinomstandigheden blijkt dat deze stilstandregelingen in mindere strenge zin kunnen worden aangepast, kan de exploitant steeds een procedure tot bijstelling van milieuvoorwaarden opstarten en zal dit op basis van de gegevens aangebracht door de aanvrager, door de vergunningverlenende overheid opnieuw beoordeeld worden na advies van de relevante adviesinstanties;

[...]

Overwegende dat, in ondergeschikte orde, in toepassing van de bijzondere voorwaarden van het inmiddels vernietigde vergunning, de exploitant de

opgelegde monitoring heeft uitgevoerd, dat het monitoringsrapport is bezorgd op 4 november 2021 (ref. 03950045 van 11 augustus 2021); dat het zorgvuldigheidsbeginsel de overheid verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor zorgt dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen dat een vergunningverlenende overheid bij de beoordeling van een vergunningsaanvraag zich, in kader van het zorgvuldigheidsbeginsel, moet baseren op basis van de documenten en informatie die het zich ter beschikking heeft (arrest RvS nr. 244.361 van 2 mei 2019) of zelfs op korte termijn zal ter beschikking hebben (arrest RvS nr. 240.028 van 30 november 2017);

Overwegende dat in dit monitoringsrapport in het winterhalfjaar 2020-2021 een monitoring is uitgevoerd van de vogeltrekroutes van en naar de hier gekende slaap- en pleisterplaats van meeuwen en eventuele andere watervogels conform de bijzondere voorwaarden van de inmiddels vernietigde vergunning en het afsprakenkader; dat de tellingen zich hebben gefocust rond de periode rond zonsopgang en -ondergang en op de soortengroepen die specifiek hinder zouden kunnen ondervinden van de aanwezige windturbines;

Overwegende dat uit de observaties blijkt dat meeuwen de meest abundante soortengroep vormden; dat de trekbewegingen zich in de oost-west richting situeerden en vrijwel uitsluitend de zuidwestelijke windturbine kruisten en tijdens een koudeprik ook de centrale windturbine van de westelijke rij; dat de hoofdtrekroute zich situeert langs de keten van oude en nieuwe zandwinningsputten en dit voornamelijk voor de meeuwen, die een voorverzamelplaats blijken te hebben op de zandwinningsput van Sibelco Dessel; dat eenden, ganzen, aalscholvers, steltlopers, enz. niet of nauwelijks trekkend of pleisterend werden waargenomen; dat de telgegevens in grote lijnen overeenkomen met de tellingen van 2012-2013; dat er geen noemenswaardige andere soortengroepen zijn waargenomen; dat de voornaamste vliegbewegingen zich alleen situeren over de meest zuidwestelijke windturbine (WT3); dat veelal het windpark op rotorhoogte gekruist wordt juist voor het invallen van de duisternis of net na het eerste ochtendlicht; dat beide plassen werden gebruikt als slaapplek; dat in het monitoringsrapport wordt gesteld dat de stilstandregeling deze risicovolle passages goed afdekt; dat tijdens de overgrote meerderheid van de telmomenten bovendien bleek dat de stilstand niet zo lang na zonsondergang/zonsopgang had moeten doorlopen;

Overwegende dat er geen aanvaringsslachtoffers werden waargenomen;

Overwegende dat het monitoringsrapport dat in kader van het voldoen aan de bijzondere voorwaarden van de inmiddels vernietigde vergunning aan de overheid is bezorgd, de gegevens in het project-MER bevestigt en aangeeft dat de voorziene stilstandregeling voor vogels schade of een betekenisvolle impact op vogels voorkomen.”

102. De verzoekende partij neemt de passage op de korrel waarin wordt verwezen naar de toepassing van milderende maatregelen om

“betekenisvolle” effecten op vogels en vleermuizen te vermijden. Er zouden “allerlei drempels” en relativeringen worden gehanteerd in de natuurtoets. Zij gaat evenwel voorbij aan de al even pertinente overweging dat de stilstandregeling door de exploitant eveneens zal worden toegepast op WT2 en WT3 “om alle aanvaringsrisico’s voor vleermuizen [...] maximaal uit te sluiten”, waarmee de vergunningverlenende overheid een correcte invulling geeft aan de natuursorgplicht als bedoeld in artikel 16 van het natuurdecreet, althans wat betreft de vermijdbare schade die de windturbines kunnen veroorzaken aan vleermuizen.

Wat betreft de meeuwen en andere watervogels gaat verzoekende partij voorbij aan de motieven met betrekking tot het monitoringsrapport dat werd opgesteld in het kader van de eerder vernietigde vergunning en waaruit blijkt dat tijdens het winterhalfjaar 2020-2021 geen aanvaringslachtoffers werden waargenomen, alsook dat het rapport de gegevens in het project-MER bevestigt en aangeeft dat de voorziene stilstandregeling schade aan vogels kan voorkomen.

De in de laatste memorie aangevoerde kritiek dat het monitoringsrapport niet in het administratief dossier werd opgenomen door de verwerende partij, en evenmin door de tussenkommende partij wordt voorgelegd, is laattijdig. Ook de kritiek van de verzoekende partij op de door het bestreden besluit weergegeven inhoud van dat monitoringsrapport wordt pas voor het eerst in de laatste memorie, en dus laattijdig, geformuleerd.

Aldus maakt de verzoekende partij evenmin aannemelijk dat de vergunningverlenende overheid niet zou voldoen aan de op haar rustende natuursorgplicht wat betreft meeuwen en andere watervogels. Dat de eerder verleende vergunning werd vernietigd, neemt niet weg dat de overheid het monitoringsrapport als feitelijk gegeven bij haar beoordeling kon betrekken.

De bewering van de verzoekende partij dat er “voorspelbaar duizenden bijkomend dode en gewonde vogels (en vleermuizen) te verwachten” zijn en dat “voor de toch nog 5 wel vergunde windturbines [...] tal van problemen [blijven] bestaan” en de “tijdelijke stilstand [...] in alle redelijkheid onmogelijk

voor gevolg [kan] hebben dat in dit feitelijk vogelrijk gebied slechts sporadisch slachtoffers meer zullen vallen” overtuigt bijgevolg niet.

Verder maakt de verzoekende partij niet concreet aannemelijk dat er vermijdbare schade zou kunnen optreden doordat er geen maatregelen zijn voorzien met betrekking tot de lichtbebakening, nachtelijke trekvogels of broedvogels in het ontginningsgebied en dat de vergunningverlenende overheid op een van die punten is tekortgeschoten aan haar natuurzorgplicht in het kader van artikel 16 van het natuurdecreet.

De verzoekende partij geeft duidelijk blijk van een andere visie dan de verwerende partij, maar zij maakt de onjuistheid of de onredelijkheid van de overwegingen in het bestreden besluit niet aannemelijk. Het administratief dossier bevat voorts een omvangrijke passende beoordeling waarin ruim aandacht wordt besteed aan de vogels, met onder meer een overzicht van waargenomen vogelsoorten, een bespreking van vliegroutes en seizoenstrekroutes, een overzicht van de voornaamste broedvogels ter hoogte van het projectgebied en een samenvatting van een vleermuizenstudie. De verzoekende partij gaat eraan voorbij dat de resultaten uit deze passende beoordeling (en het project-MER) reeds aanleiding hebben gegeven tot een aanzienlijke reductie van het oorspronkelijk voorziene project van 16 windturbines, hetgeen de bevestiging inhoudt dat de vergunningverlenende overheid met de vereiste zorg voor de natuur de aanvraag van de tussenkommende partij heeft beoordeeld.

De verzoekende partij komt in wezen niet verder dan het aangeven van (de aanwezigheid van) diersoorten, hun vliegroutes, gewoontes en broed- of foerageerplaatsen en de ligging van het projectgebied in de onmiddellijke omgeving van VEN-gebieden en speciale beschermingszones. Daarmee overtuigt zij er evenwel niet van dat de vergunningverlenende overheid niet de gepaste voorzorgsmaatregelen heeft genomen om vermijdbare schade veroorzaakt door het betrokken project te voorkomen, dan wel te beperken of, indien niet mogelijk, te herstellen.

volgt dat een advies aan het INBO moest worden gevraagd. Bovendien blijkt uit de gegevens van het dossier dat het INBO wel degelijk op actieve wijze betrokken is geweest bij de totstandkoming van het bestreden besluit. Uit het bestreden besluit blijkt bovendien dat door het INBO werd aangegeven dat hoewel het vleermuizenonderzoek qua methodiek niet voldeed aan hun aanbevelingen voor uitgebreide vleermuismetingen bij geplande windparken, de uitgevoerde metingen wel een voldoende globaal beeld geven van de mogelijke risico's indien er rekening wordt gehouden met bepaalde aannames over risicoafstanden tot landschapselementen en een worstcasescenario. De door de verzoekende partij aangevoerde schending van het voorzorgsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel op dit punt kan bijgevolg niet worden aangenomen, net zomin als het beweerde "gebrek aan adequaat onderzoek". De verzoekende partij toont ook niet aan dat het standpunt van het INBO onjuist of kennelijk onredelijk is, zodat haar "bemerkingen" in verband met vleermuizen evenmin kunnen worden bijgevalen.

104. Wat betreft, tot slot, de aangevoerde schending van de artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit, wordt vooreerst opgemerkt dat met de bestreden beslissing geen afwijking wordt toegestaan op de verbodsbepalingen in artikel 10 en 14 van het Soortenbesluit. De kritiek van de verzoekende partij in verband met artikel 23 van het Soortenbesluit is derhalve niet relevant.

In het bestreden besluit wordt daarentegen overwogen dat:

"de schending van artikel 10 van het Soortenbesluit duidelijk wordt vermeden, door het nemen van allerlei milderende maatregelen, die specifiek erop gericht zijn om er voor te zorgen dat de beschermingsbepalingen uit artikel 10 Soortenbesluit niet worden geschonden; dat 100% verhinderen van het omkomen van soorten door indirect menselijk toedoen in de feiten een onmogelijk streven is; dat door de diverse specifiek en nauwkeurig beschreven milderende maatregelen, zoals opgenomen in de bijzondere voorwaarden, in zeer hoge mate verhinderd wordt dat beschermde soorten omkomen; dat hierdoor duidelijk uiting gegeven [wordt] aan de toepassing van het voorzorgsbeginsel; dat de verbodsbepalingen uit artikel 10 van het Soortenbesluit dus niet wordt geschonden."

Uit het bestreden besluit en de gegevens van het dossier blijkt dat de vergunningverlenende overheid is nagegaan of de windturbines de leefwereld

van de in het projectgebied voorkomende avifauna en vleermuizen betekenisvol kunnen verstoren. Zowel in de passende beoordeling als in het bestreden besluit wordt ingegaan op de risico's door verstoring, barrièrewerking en aanvaring. Als gevolg van de beoordeling door de overheid wordt in de bijzondere voorwaarden bij de bestreden vergunning voorzien in twee stilstandregelingen, met name een ter hoogte van WT2 en WT3 omwille van de geconcentreerde meeuwentrek en een voor alle windturbines omwille van de mogelijke aanwezigheid van vleermuizen. Met die laatste regeling komt de vergunningverlenende overheid uitdrukkelijk tegemoet aan het advies van ANB.

105. Gelet op al het voorgaande, waaronder ook de aangehaalde natuurtoets uit het bestreden besluit, kon de verwerende partij in alle redelijkheid besluiten dat er geen risico bestaat op een betekenisvolle verstoring van beschermde soorten of hun nesten, voortplantingsplaatsen of rustplaatsen. De verzoekende partij brengt geen bewijskrachtige gegevens bij waaruit een betekenisvolle verstoring of opzettelijke vernieling, dan wel doding, zou blijken.

106. Uit het voorgaande volgt dat geen schending voorkomt van artikel 16 van het natuurdecreet, noch van de artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit, noch van het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de formele- of materiële motiveringsplicht.

107. Het vierde middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Standpunt van de verzoekende partij

108. Een vijfde middel wordt genomen uit de schending van:

- de artikelen 1.1.4 en 4.3.1 VCRO en artikel 4.3.7 DABM;
- artikel 1.2.1, § 1, DABM;
- het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur;

- het gemeentelijk ruimtelijk structuurplan van Lommel;
- de motiveringswet en de formele- en materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij zet uiteen dat de exploitatie van het windturbinepark het voorheen bestaand waardevol landschap met aanzienlijke ecologische en landschappelijke waarde aantast. De vereiste om een hoog niveau van bescherming na te streven en te integreren, onder meer op het punt van de landschappelijke diversiteit, wordt niet nageleefd aangezien het nog waardevol natuurlijk leefmilieu en landschap grote schade dreigt op te lopen door de inplanting van de windturbines. Als gevolg van het project kan de ruimtelijke kwaliteit als doelstelling van een goede ruimtelijke ordening niet worden bestendigd. Verder is er waardevol onroerend erfgoed aanwezig, zodat men kan spreken van cultuurhistorische waarden. In het bestreden besluit is aan het landschappelijk en cultuurhistorisch aspect niet de normaal te verwachten betekenis gegeven. Er vindt een bruuske wijziging van het landschap plaats. Bovendien is er voor de exploitatie waardevol landgebruik met groen, alsook schrale begroeiing weggeruimd om er werkplatformen en toegangswegen aan te leggen. De bestreden beslissing is derhalve kennelijk strijdig met de verplichting van de overheid om landschappelijke en cultuurhistorisch waardevolle gebieden en hun omgeving zo goed mogelijk te beschermen en zeker geen bruuske aantastingen ervan toe te staan.

De beoordeling van verscheidene aspecten van de goede ruimtelijke ordening is niet correct gebeurd. De stukken in het dossier tonen aan dat er een kennelijke strijdigheid is met het visueel-vormelijke en cultuurhistorische aspect van de goede ruimtelijke ordening. De conclusies in het project-MER onderwaarden de effecten op het landschap en de horizon. Zaken worden ook verkeerd voorgesteld. De windturbines in het Kristalpark bevinden zich op 2 km en vormen dus geen lokaal aanknopingspunt. Het landschap is wel degelijk nog merendeels open ruimte en vlak. De aanwezige verticale structuren zijn niet vergelijkbaar met de windturbines. Er ontbreekt ook een concrete beoordeling van de landschappelijke impact.

De windturbines tussen de twee meren bevinden zich niet in een industrieel landschap. Zonder de windturbines betreft het hier een aangenaam landschap met water, zand, groen, zanderige wegen, etc. Verder kan er in alle redelijkheid niet worden gesproken van een clusteropstelling, vermits de drie windturbines tussen de vijvers en de twee windturbines ten (noord)oosten van de vijver “Maatheide rechts” tamelijk ver van elkaar verwijderd zijn. Het cultuurhistorische aspect betreft voorts niet enkel beschermde landschappen of erfgoedwaarden, zodat dit onderdeel van de goede ruimtelijke ordening te beperkt werd onderzocht. Binnen de vergunde percelen bevinden zich verscheidene erfgoedwaarden. In het bestreden besluit wordt ook geen rekening gehouden met aanwezige puntrelicten en lijnrelicten.

De verzoekende partij wijst er vervolgens op dat geen advies werd ingewonnen bij het agentschap voor Onroerend Erfgoed. Hoewel dit geen strikte verplichting is, vergt het zorgvuldigheidsbeginsel wel een adviesinwinning, gelet op het aanwezige onroerend erfgoed.

In het project-MER ontbreekt een ernstige beoordeling en doorvertaling van de effecten op landschap en erfgoed. Het is niet logisch om enerzijds te spreken over de grootte van de windturbines in een gaaf natuur- en bosrijk landschap met een lage dynamiek en anderzijds te concluderen tot een verwaarloosbare impact.

Tot slot ontbreekt een toetsing aan het gemeentelijk ruimtelijk structuurplan. In dit plan is sprake van een open ruimte structuur die zich situeert tussen de twee vijvers. Net in deze open ruimte corridor worden thans drie windturbines vergund, wat een tegenstrijdigheid met het gemeentelijk ruimtelijk structuurplan inhoudt.

109. In de memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij aan dat zij over een belang bij het middel beschikt, omdat het gegrond bevinden ervan leidt tot de onwettigheid van de vergunning, zodat de betrokken inrichting niet kan worden geëxploiteerd. Daarnaast is het landschappelijk aspect een deel van de milieudoelstellingen die de overheid sowieso moet nastreven. Als

milieuvereniging mag de verzoekende partij zich op die verplichting beroepen. De ingeroepen onwettigheid heeft ook een impact op de draagwijdte van de bestreden beslissing. Bovendien worden vogels in hun gedrag beïnvloed door verticale obstakels in het landschap. De verstoring van het vogelgedrag is een relevant gegeven voor een vereniging die de vogels en hun leefgebieden wil beschermen. Wanneer de windturbines niet meer geëxploiteerd mogen worden, ontstaat er voorts een natuurvriendelijker en aangenamer studiegebied voor de verzoekende partij en haar leden. Tot slot, wanneer de milieuvergunning wordt vernietigd, is niet alleen geen exploitatie meer toegestaan, maar zullen de windturbines normaliter ook moeten worden afgebroken. De situatie zonder draaiende windturbines en zonder turbines als zodanig creëert voor het leefmilieu van de ter plekke voorkomende vogelsoorten en andere fauna een beduidend gunstigere situatie.

Wat betreft artikel 1.2.1, § 1, DABM, betoogt de verzoekende partij verder dat deze bepaling niet los kan worden gezien van de integratieverplichting en dat er hoe dan ook sprake is van een kennelijke aantasting van de algemene beleidsdoelstellingen, zodat zij op ontvankelijke wijze een schending van deze bepaling kan aanvoeren. Artikel 1.1.4 VCRO betreft een nog duidelijkere, direct werkende normatieve bepaling.

Ten gronde benadrukt de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord dat zij niet aan de Raad van State vraagt om zich in de plaats te stellen van de overheid wat betreft de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening. Zij stelt wel dat artikel 4.3.1, § 1, VCRO op een aantal punten niet of minstens niet correct werd toegepast en dat de motivering op een aantal punten niet afdoende en draagkrachtig is. Meer bepaald is er sprake van een onvolledige scope op het al dan niet aanwezig zijn van onroerend erfgoed en is de conclusie dat de goede ruimtelijke ordening niet wordt geschaad op dit punt in elk geval niet voldoende onderbouwd. Er is immers een onzorgvuldige vergaring van feitelijk bestaand, al dan niet beschermd, erfgoed. De verzoekende partij blijft ook van oordeel dat de impact op het cultuurhistorisch patrimonium onterecht wordt geminimaliseerd en afgezwakt door onder meer te verwijzen naar de industrie-ontwikkeling en de industrieterreinen.

De verzoekende partij herhaalt ook nog dat de oostelijk gelegen windturbines, op 1 km afstand, te ver gelegen zijn, zodat er geen sprake kan zijn van clustering. Dit principe heeft bovendien geen voorrang op de vereisten van artikel 4.3.1, § 2, VCRO.

Het valt tot slot in alle redelijkheid niet ernstig te noemen dat men het zo voorstelt alsof de vegetatie in een gebied dat vooral gekenmerkt wordt door openheid en minder hoog groen “iets essentieels goed[maakt]”. Er is een zekere mildering, maar de windturbines blijven dominant aanwezig. De kijklijnen zijn eveneens overvloedig aanwezig. Het is verder niet zo omdat er nog andere verstorende elementen zijn, dat “men rustig verder de landschappelijke en cultuurhistorische context mag verbrodden”.

110. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat zij wel degelijk duidelijk maakt dat het bestreden besluit ingaat tegen de in de omgeving aanwezige cultuurhistorische waarden. Het mag juist zijn dat de minister zich niet heeft beperkt tot een focus op beschermd erfgoed, daarmee is nog niet gezegd dat de inplanting van vijf mastodonten in een traditioneel vlak landschap niet contrasteert met het cultuurhistorisch arsenaal in de ruime omgeving. Men hoeft geen torenhoge industriële windturbines te verwachten in een omgeving van vijvers en zand en diverse, vooral vlakke, lijn- en puntrelicten.

Beoordeling

111. Opdat een middel ontvankelijk zou zijn, moet de verzoekende partij belang hebben bij de nietigverklaring op grond van dat middel, in die zin dat een voor haar nadelig rechtsgevolg van de bestreden beslissing uit het rechtsverkeer verdwijnt. Dit houdt niet in dat een middel slechts dan ontvankelijk is wanneer de verzoekende partij rechtstreeks wordt benadeeld door de specifieke rechtsnorm waarvan zij de schending aanvoert in het middel.

Overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, RvS-wet geven de in de beroepen tot nietigverklaring aangevoerde onregelmatigheden aanleiding tot

nietigverklaring als zij een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkene een waarborg heeft ontnomen of als gevolg heeft de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden. In dit geval staat vast dat de aangevoerde onregelmatigheid de draagwijdte van het bestreden besluit kan beïnvloeden.

Een nietigverklaring van de bestreden beslissing op grond van dit middel, zou ertoe leiden dat de betrokken inrichting niet kan worden geëxploiteerd. Dit is het voordeel dat de verzoekende partij met het ingestelde annulatieberoep wenst te verkrijgen. Hiermee geeft zij blijk van een afdoende belang bij het middel. De excepties die de verwerende en tussenkomende partijen in dit verband laten gelden, worden verworpen.

112. Uit de uiteenzetting van het vijfde middel in het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij niet de schending aanvoert van artikel 1.1.4 VCRO “op zichzelf”, als “alleenstaande rechtsgrond”, maar dat zij dit doet in combinatie met artikel 4.3.1, § 2, VCRO. Zij verduidelijkt dit aan het eind van het middel, waar zij besluit dat de bestreden beslissing minstens niet afdoende is gemotiveerd om te kunnen spreken van een project dat verenigbaar is met, onder meer, “het visueel-vormelijk, het aspect gebruiksgenot/belevingswaarde en cultuurhistorisch aspect en ruimtelijke kwaliteit als elementen van GRO (art. 4.3.1 par 2 en 1.1.4 VCRO)”.

De excepties die de verwerende en tussenkomende partijen in dit verband laten gelden, worden verworpen.

113. In zoverre de schending wordt aangevoerd van artikel 1.2.1 DABM kan het middel niet slagen. Zoals uiteengezet in de beoordeling van het vierde middel, gaat het om een bepaling die algemene beleidsdoelstellingen bevat die gelden in het Vlaamse Gewest. Deze bepaling legt geen verplichtingen en verbodsbepalingen op. Dit voorschrift kan enkel geschonden worden door een beslissing over een milieuvergunningsaanvraag die kennelijk indruist tegen die algemene beleidsdoelstellingen, en wel op een wijze die een meer dan tijdelijke of plaatselijke impact heeft. Dat is hier niet het geval.

114. De motivering van de bestreden beslissing over de verenigbaarheid van de aanvraag met de goede plaatselijke ordening luidt onder meer:

“Functionele inpasbaarheid

Overwegende dat het oostelijke deel van het projectgebied reeds grotendeels wordt gekenmerkt door een industrieel landschap; dat het betreffende terrein van Sibelco vooral wordt gekenmerkt door 2 centraal gelegen plassen, ontstaan door ontginning; dat zij door hun grootte determinerend zijn voor de inplanting van de windturbines; dat langs de noordelijke zijde van deze plassen de bedrijfsinfrastructuur van Sibelco is gelegen in het groen; dat het tracé van het kanaal Bocholt-Herentals noordelijk van de locatie loopt;

Overwegende dat de windturbines worden geplaatst in een landschap dat voornamelijk vorm heeft gekregen vanaf de industriële revolutie; dat de veranderingsprocessen in het landschap nog steeds gaande zijn, waardoor de windturbines kunnen worden opgenomen in het landschap zonder abrupte veranderingen teweeg te brengen; dat de windturbines bovendien geen volledig nieuw element vormen in het landschap (cf. turbines Kristalpark); dat verre zichtlijnen reeds grotendeels ontbreken in het landschap door vegetatie of worden verstoord door andere elementen ter hoogte van het projectgebied, zoals industrie, hoogspanningsleidingen en de andere windturbines van het Kristalpark gelegen op ruimere afstand; dat bijkomende onderbrekingen van de zichtlijnen ten gevolge van de turbines bijgevolg beperkt zullen zijn; dat de maximale afstand tot waar de turbines zichtbaar zijn bovendien erg verkleind wordt door de vegetatie en de groenschermen;

Overwegende dat op het industrieterrein nog twee andere windturbines zijn vergund waarbij de aangevraagde windturbines aansluiten;

Overwegende dat grootschalige industrieterreinen een prioritaire inplantingslocatie zijn voor windturbines in Vlaanderen; dat het industriegebied circa 158 ha groot is; dat de windturbines gelegen zijn in het industriegebied of daar nauw bij aansluiten; dat de windturbines die niet ingeplant zijn in het industriegebied maar in het ontginningsgebied, rechtstreeks in functie staan van het industriegebied via het leveren van groene elektriciteit voor de productieprocessen; dat de windturbines in het ontginningsgebied de ontginning niet belemmeren noch de realisatie van de nabestemming verhinderen, gelet op hun levensduur; dat uit de natuurtoets blijkt dat de impact op de natuurwaarden in de ruimere omgeving aanvaardbaar is;

Overwegende dat bijgevolg moet gesteld worden dat de windturbines functioneel inpasbaar zijn in de omgeving;

[...]

Schaal, ruimtegebruik en bouwdichtheid, visueel-vormelijke elementen

Overwegende dat de windturbines maximaal 155 m hoog zijn en de rotordiameter maximaal 114 m bedraagt; dat de windturbines een volle buismast hebben, in staal of beton; dat de windturbines van het traagdraaiende type zijn; dat de kleur van de windturbines gebroken wit/grijs

is, wat passend is in de omgeving; dat de wieken voorzien zijn van een speciale coating die lichtflikkeringen vermijdt;

Overwegende dat WT1, WT2 en WT3 tussen de 2 plassen staan en windturbines 4 en 5 parallel maar noordoostelijk van de plassen; dat het ontwerp van het windturbinepark geoptimaliseerd is (minder turbines, grotere afstand van elkaar,...) om een impact op natuurwaarden te vermijden (zie natuurtoets); dat het project het resultaat is van het onderzoek gevoerd naar aanleiding van de opmaak van de project-MER, rekening houdend met alle beperkingen daaruit voortvloeiend; dat meer windturbines op binnen projectzone ten westen van de weg Maatheide niet haalbaar bleken;

Overwegende dat gezien de clusteropstelling het horizonbeslag en bijgevolg het gevoel van insluiting beperkt blijft; dat aangezien het aantal rijen windturbines beperkt blijft, ook de visuele interferentie beperkt zal blijven; dat door windturbines zoveel als mogelijk te bundelen tot één windpark en met industriële en grootschalige constructies, het behoud van de nog resterende open ruimte in het sterk verstedelijkte Vlaanderen wordt gegarandeerd; dat de windturbines aansluiten op twee vergunde windturbines ten oosten van de weg Maatheide; dat de tussenafstanden van de windturbines per lijn ongeveer gelijk zijn; dat samen met het gegeven dat ze traagdraaiend zijn, dit resulteert in een rustig beeld;

Overwegende dat het ruimtebeslag voor een windturbine beperkt is tot de sokke[1] en een werkvlak en een aantal aanhorigheden; dat hoofdzakelijk bestaande wegen in het industriegebied en het ontginningsgebied wordt gebruikt voor het bereiken van de projectlocatie;

Cultuurhistorische aspecten

Overwegende dat de aanvraag geen impact heeft op erfgoedwaarden in de buurt; dat er geen beschermde landschappen, ankerplaatsen, dorps- of stadsgezichten of andere waardevolle onroerende erfgoedelementen in de nabij omgeving gelegen zijn waar de windturbines impact op kunnen hebben;

[...].”

115. Artikel 1.1.4 VCRO bepaalt:

“De ruimtelijke ordening is gericht op een duurzame ruimtelijke ontwikkeling waarbij de ruimte beheerd wordt ten behoeve van de huidige generatie, zonder dat de behoeften van de toekomstige generaties in het gedrang gebracht worden. Daarbij worden de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar afgewogen. Er wordt rekening gehouden met de ruimtelijke draagkracht, de gevolgen voor het leefmilieu en de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen. Op deze manier wordt gestreefd naar ruimtelijke kwaliteit.”

Artikel 4.3.1, § 2, eerste lid, 1°, VCRO bepaalt:

“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.”

116. Er moet vooreerst op worden gewezen dat de aandachtspunten en criteria betreffende de goede ruimtelijke ordening slechts een beoordeling vereisen in de mate dat zij “noodzakelijk of relevant” zijn. Wat betreft het door de verzoekende partij opgesomde erfgoed, komt het derhalve haar toe om concreet aan te tonen dat een beoordeling aan de genoemde puntrelicten, lijnrelicten en relictzones noodzakelijk of relevant is. Zij slaagt daar evenwel niet in. De verzoekende partij kan ook niet worden gevolgd in haar stelling dat het cultuurhistorisch aspect slechts met “een beperkte scope” werd beoordeeld: ze benadrukt wel de overweging dat er “geen beschermde landschappen” in de buurt gelegen zijn, maar gaat voorbij aan de overweging dat er evenmin “andere waardevolle onroerende erfgoedelementen in de nabij[e] omgeving gelegen zijn waar de windturbines impact op kunnen hebben”. De verzoekende partij maakt de onjuistheid of kennelijke onredelijkheid van die laatste overweging niet concreet aannemelijk.

117. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift verder onder meer dat “aan het landschappelijk en cultuurhistorisch aspect [...] niet de reële en normaal te verwachten betekenis gegeven” werd, maakt gewag van een “bruuske wijziging van het landschap” en stelt dat “het niet aangenaam [is] wanneer natuurrecreatie plaatsvindt temidden torenhoog draaiende wieken van windturbines die opdoemen in het gezichtsveld”. Uit de uiteenzetting in het verzoekschrift kan aldus vooral worden afgeleid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de beoordeling door de vergunningverlenende overheid, maar zij maakt niet de onjuistheid of kennelijke onredelijkheid van de overwegingen in het bestreden besluit aannemelijk.

Verder blijkt de verzoekende partij zich voornamelijk te

beperken tot het tegenspreken van de beoordeling van de verenigbaarheid van de aanvraag met de goede ruimtelijke ordening in het bestreden besluit en het weergeven van haar eigen visie in dat verband. Dat is meer bepaald het geval waar zij betoogt dat “de windturbines tussen de twee meren zich kennelijk niet bevinden in een ‘industriële landschap’” en dat er “in alle redelijkheid geen sprake [kan zijn] van een clusteropstelling” omdat de windturbines tussen de twee vijvers en deze ten (noord)oosten van de oostelijke vijver “tamelijk ver van elkaar verwijderd” zijn. Met die kritieken toont de verzoekende partij niet de onjuistheid of kennelijke onredelijkheid aan van de hoger weergegeven overwegingen. Overigens hebben de door de verzoekende partij aangehaalde overwegingen bij de kritiek over het al dan niet “industriële” landschap geen betrekking op de beoordeling van de verenigbaarheid van de aanvraag met de goede ruimtelijke ordening, maar wel op de toepassing van artikel 5.6.7 VCRO.

118. Waar de verzoekende partij een onzorgvuldige effectenbeoordeling in het project-MER opwerpt, blijkt dat zij een effectenbeoordeling citeert betreffende de grensoverschrijdende effecten van het project. Die volledige beoordeling luidt:

“15.2 Discipline Landschap, bouwkundig erfgoed en archeologie

Gezien de grootte van de windturbines zullen deze ook in Nederland zichtbaar zijn. Zoals reeds aangehaald bij discipline landschap neemt de windturbine een belangrijk deel in van het gezichtsveld binnen een invloedstraal van 2000 m omheen de turbine, de zogenaamde visuele invloedzone. Gezien de grens met Nederland net buiten deze 2 km valt, zullen de windturbines minder dominant aanwezig zijn en zal de visuele impact beperkter zijn.

Het landschap over de Nederlandse grens ligt in het verlengde van dit op het Belgische grondgebied, en is bijgevolg gelijkaardig aan het eerder gaaf open natuurlandschap ten noorden van het kanaal Bochof-Herentals, bestaande uit uitgestrekte boscomplexen en landbouwgebieden.

Het landschap wordt hier gekenmerkt door de aanwezigheid van veel kleine landschapselementen, zoals bomenrijen en houtkanten, en door een lage dynamiek.

De te verwachten effecten zullen bijgevolg gelijkaardig zijn als deze in het landschap op Belgisch grondgebied, maar dan in veel beperktere mate gezien de grotere afstand.

De grensoverschrijdende effecten beperken zich tot de exploitatiefase.

Zoals aangegeven bestaat het landschap over de Nederlandse grens uit een eerder gaaf natuurlandschap met uitgestrekte boscomplexen en landbouwgebieden. In een gave landelijke omgeving zal de impact groter

zijn dan in een stedelijke omgeving. De windturbines zullen hier een groter contrast vormen met de omgeving. Gezien echter de grotere afstand, zullen de windturbines slechts beperkt zichtbaar zijn en niet domineren in het landschap. De impact op de landschappelijke structuur en relaties kan bijgevolg als verwaarloosbaar (0) beoordeeld worden.

Op vlak van erfgoedwaarden worden er geen effecten verwacht. De impact kan bijgevolg als verwaarloosbaar (0) beoordeeld worden.

Hoewel de aanwezigheid van windturbines in dit duidelijk leesbaar landschap, bestaande uit een open, gaaf, weinig dynamisch landschap, met veel natuurlijke en landschappelijke elementen een grote visuele impact kan teweegbrengen, zal door de afstand (> 2 km) tot de turbines alsook de aanwezigheid van vegetatie en groenschermen (verschillende grote boscomplexen en bomenrijen) de visuele impact beperkter zijn. Zo kan de impact op de perceptieve kenmerken en belevingswaarde als matig negatief (-) beoordeeld worden.”

De verwijzing naar de grootte van de windturbines houdt verband met de beoordeling van de visuele impact door de windturbines en niet met de impact op erfgoedwaarden. Die laatste vaststelling gaat ook op wat betreft het “gaaf open natuurlandschap”, gekenmerkt door “uitgestrekte boscomplexen en landbouwgebieden”, de “aanwezigheid van veel kleine landschapselementen” en een “lage dynamiek”. In het project-MER wordt in dat verband, in de onderzochte grensoverschrijdende context, besloten tot een minder dominante visuele impact door de windturbines gelet op de grote afstand. Bijgevolg wordt de impact op de landschappelijke structuur en relaties als verwaarloosbaar beoordeeld. De verzoekende partij maakt de onjuistheid of onredelijkheid van die beoordeling niet aannemelijk. Daarna vervolgt het project-MER dat op vlak van erfgoedwaarden (in de onderzochte grensoverschrijdende context) geen effect wordt verwacht. Ook van dat besluit maakt de verzoekende partij de onjuistheid of kennelijke onredelijkheid niet aannemelijk.

119. Tot slot was de vergunningverlenende overheid er niet toe verplicht het advies van het agentschap voor Onroerend Erfgoed te vragen, wat de verzoekende partij overigens ook erkent. Het niet inwinnen van een niet-verplicht aan te vragen advies kan niet leiden tot een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, noch tot de nietigverklaring van het thans bestreden besluit. Evenmin bestond er in hoofde van de verwerende partij een verplichting om de vergunningsaanvraag te toetsen aan het gemeentelijk ruimtelijk

structuurplan van de stad Lommel, en kan uit het ontbreken van die toets geen schending worden afgeleid van het zorgvuldigheidsbeginsel.

120. Het vijfde middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien december tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	kamervoorzitter,
Peter Sourbron,	staatsraad,
Francis Van Nuffel,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Carlo Adams