

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

van 10 augustus 2023 met nummer RvVb-A-2223-1151

in de zaak met rolnummer 2122-RvVb-0983-A

Verzoekende partijen **1. ELICIO nv**
 2. LUMINUS nv
 3. MEGA WINDY bv

vertegenwoordigd door advocaten Tom MALFAIT en Vanessa MCCLELLAND met woonplaatskeuze te 9000 Gent, Kasteellaan 141

Verwerende partij **het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering**

vertegenwoordigd door advocaat Konstantijn ROELANDT met woonplaatskeuze te 2221 Heist-op-den-Berg, Dorpsstraat 91

I. Voorwerp van het beroep

De verzoekende partijen vorderen door neerlegging in het digitaal loket op 29 juli 2022 de vernietiging van:

- het besluit van 13 juni 2022 van het Team Mer van de Afdeling Gebiedsontwikkeling, Omgevingsplanning en -projecten van het Departement Omgeving van het Vlaamse Gewest houdende afkeuring van het project-milieueffectrapport betreffende een windturbineproject te Wuustwezel-Brecht;
- het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022 betreffende de omgevingsvergunningsaanvraag voor een windturbineproject te Wuustwezel-Brecht (omgevingsnummer: 2021156757);

Het project ligt op percelen ten oosten van de E19 te Wuustwezel en Brecht met als kadastrale omschrijving (Wuustwezel) afdeling 3, sectie B, nummers 736A, 728A, 727A; sectie C, nummers 716B, 714A, 717E, 451C, 452C, 522A, 521A, 446S en (Brecht) afdeling 4, sectie B, nummers 38B, 41A en 16A.

II. Rechtspleging

De verwerende partij bezorgt het administratief dossier en dient een antwoordnota in. De verzoekende partijen dienen een wederantwoordnota in.

De procespartijen werden opgeroepen voor de zitting van 27 juni 2023. Ze hebben ingestemd met het schriftelijk behandelen en in beraad nemen van de zaak (artikel 85, §3 Procedurebesluit).

III. Feiten

1.

Op 28 oktober 2021 vragen de verzoekende partijen een omgevingsvergunning aan voor de realisatie van een windturbineproject gelegen in de provincie Antwerpen, meer bepaald op het grondgebied van de dorpen Loenhout (deelgemeente van Wuustwezel) en Sint-Lenaarts (deelgemeente van Brecht).

Meer bepaald worden vijf windturbines aangevraagd, met inplanting ten zuidoosten van de E19 en de hoge snelheid treinverbinding ('HST-lijn'). Het project vormt een aanvulling op twintig reeds bestaande en vergunde windturbines langs de E19 en sluit hierbij aan in tweedelijnsopstelling.

De percelen liggen in deels in agrarisch en deels in landschappelijk waardevol agrarisch gebied (gewestplan 'Turnhout').

Aan de overzijde van de E19, op ca. 1,5 km van het projectgebied, is het deelgebied Groot Schietveld van SBZ-H 'Klein en Groot Schietveld' (BE2100016) en SBZ-V 'De Maatjes, Wuustwezelheide en Groot Schietveld' (BE2101437) gelegen. Deelgebied 'De Hees' of 'Heesbossen' van het SBZ-H 'Heesbossen, Vallei van Marke en Merkske en Ringven met valleigronden langs de Heerlese Loop' (BE2100020) is op ruimere afstand (ca. 3 km) van het projectgebied gelegen.

Tijdens het openbaar onderzoek dat loopt van 19 januari 2022 tot en met 18 februari 2022 worden verschillende bezwaarschriften ingediend.

Het Agentschap voor Natuur en Bos adviseert op 4 maart 2022 ongunstig.

Op 15 maart 2022 dienen de verzoekende partijen een toelichtende nota met wijzigingsverzoek in via het Omgevingsloket.

Tijdens het tweede openbaar onderzoek dat loopt van 28 april 2022 tot en met 28 mei 2022 worden opnieuw verschillende bezwaarschriften ingediend.

Het Agentschap voor Natuur en Bos adviseert op 8 juni 2022 opnieuw ongunstig. Dat is de tweede bestreden beslissing.

Op 13 juni 2022 laat de gewestelijke omgevingsvergunningscommissie weten het dossier niet te zullen behandelen op de, aanvankelijk op 14 juni 2022 geplande, hoorzitting.

Op 13 juni 2022 keurt het Team Mer van het Departement Omgeving, Afdeling Gebiedsontwikkeling, Omgevingsplanning en -projecten (hierna: Team Mer) het milieueffectrapport over het aangevraagde project (hierna: project-MER) van de verzoekende partijen af. Dat is de eerste bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep – voorwerp en bevoegdheid

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen argumenteren met betrekking tot het voorwerp van de vordering als volgt:

“ ...

In het advies van het Agentschap voor Natuur en Bos wordt een schending van direct werkende normen opgeworpen met als gevolg dat het advies bindend is.

Volgens de rechtspraak van Uw Raad en van de Raad van State kunnen er in een verzoekschrift tot nietigverklaring meerdere beslissingen worden aangevochten, wanneer tussen de verschillende beslissingen een zo nauwe band bestaat dat de vaststellingen of stellingnames

gedaan in één van de zaken een onmiddellijke weerslag hebben op de andere zaak, of anders dat de bestreden rechtshandelingen zodanig verknocht zijn dat de goede rechtsbedeling een gelijktijdige behandeling vereist.

In casu is de bestreden beslissing van de Dienst Mer tot afkeuring van het ingediende project-MER gebaseerd op het bindende ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022, met als gevolg dat de bestreden beslissing en het bestreden advies dermate nauw samenhangen dat het als waarschijnlijk voorkomt dat vaststellingen gedaan of beslissingen genomen met betrekking tot het beroep tegen het ene besluit, doorslaggevend zullen zijn voor de behandeling van het beroep tegen het andere besluit.

Het bestreden bindend advies van het Agentschap voor Natuur en Bos wordt beschouwd als een ‘voorbeslissing’ die onmiddellijk en beslissend de inhoud van de eindbeslissing, i.e. de bestreden beslissing van de Dienst Mer van 13 juni 2022 geheel of gedeeltelijk bepaalt en rechtsgevolgen teweegbrengt. Het bestreden advies van het Agentschap voor Natuur en Bos is dan ook een bestuurlijke rechtshandeling. Wanneer een advies bindende kracht heeft, dan is de beslissende overheid gebonden door de inhoud van het advies (of een bepaald onderdeel ervan) en kan zij daar niet van afwijken.

Het bestreden advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022 dient in de gegeven omstandigheden dan ook aangemerkt te worden als een voorbeslissing die als onderdeel van een complexe administratieve rechtshandeling een zeer nauwe band vertoont met de eindbeslissing (i.c. het bestreden besluit van de Dienst Mer van 13 juni 2022). In de rechtspraak wordt een complexe bestuurlijke rechtshandeling namelijk omschreven als “een reeks elkaar opeenvolgende administratieve handelingen waarvan de laatste beslissend is en de andere, al dan niet voorbeslissend, ten opzichte van de laatste een voorbereidend karakter hebben”. Er is dan ook voldoende samenhang tussen het eerste en het tweede voorwerp van voorliggend vernietigingsberoep om op een ontvankelijke wijze in eenzelfde verzoekschrift bestreden te worden.

Overeenkomstig artikel 105, §2 van het Omgevingsvergunningsdecreet is Uw Raad bevoegd om kennis te nemen van vernietigingsberoepen die ingesteld zijn tegen uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissingen betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag, genomen in laatste administratieve aanleg.

Overeenkomstig artikel 52 van het Omgevingsvergunningsdecreet kan er administratief beroep worden aangetekend tegen beslissingen van het college van burgemeester en schepenen en van de deputatie die genomen zijn in eerste administratieve aanleg. Bijgevolg staat er geen administratief beroep open tegen een beslissing tot goedkeuring of afkeuring van een project-MER.

Doordat de thans bestreden beslissing van de Dienst Mer tot afkeuring van het project-MER van de verzoekende partijen tot gevolg heeft gehad dat de omgevingsvergunningsprocedure van rechtswege werd stopgezet – zonder dat enige beslissing tot het verlenen of het weigeren van de omgevingsvergunning nog moest of kon worden genomen – en doordat er geen administratief beroep openstaat tegen de beslissing van de Dienst Mer, vormt deze beslissing een in laatste administratieve aanleg genomen beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag zoals bedoeld in artikel 105, §1, 1° OVD.

In de rechtspraak werd bovendien reeds bevestigd dat een beslissing tot goed- of afkeuring van een milieueffectrapport het voorwerp kan uitmaken van een vernietigingsberoep wanneer ze eigen, dadelijk werkende, voor de verzoeker nadelige rechtsgevolgen blijkt te hebben. Uit wat voorafgaat, blijkt duidelijk dat de bestreden beslissing dergelijke nadelige gevolgen heeft voor de verzoekende partijen.

Het voorliggende beroep is dan ook ontvankelijk.”

2.

De verwerende partij betwist de bevoegdheid van de Raad om kennis te nemen van de vordering van de verzoekende partijen als volgt:

“Overeenkomstig artikel 105, §1 van het Omgevingsvergunningsdecreet (hierna “OVD”) kunnen de volgende beslissingen bij Uw Raad worden bestreden:

...

Uw Raad oordeelde reeds omtrent de beslissing tot goedkeuring van een project-MER dat dit geen vergunningsbeslissing is zoals bedoeld in artikel 105, §1, 1° van het OVD:

...

Hoewel het in dit geval echter een afkeuring van het project-MER betreft, dient deze rechtspraak mutatis mutandis eveneens op huidig dossier te worden toegepast. De afkeuring van een project-MER kan weliswaar als een beslissing in laatste aanleg aanzien worden, maar kan niet als een “vergunningsbeslissing” aanzien worden.

De beslissing tot de afkeuring van het project-MER betreft dus mogelijk een voor vernietiging vatbare beslissing, maar is geen beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag dewelke conform artikel 105 van het OVD voor Uw Raad kan worden bestreden.

Aangezien de vergunningverlenende overheid geen beslissing heeft genomen betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag, wat ook niet betwist wordt door Verzoekende partijen, kan de beslissing van het Team Mer dan ook niet aanzien worden als een “vergunningsbeslissing” overeenkomstig artikel 105, §1, 1° van het OVD. Een beslissing omtrent de goed- of afkeuring van het project-MER staat immers los van de vergunningsbeslissing.

Uw Raad is daarom niet bevoegd.

Dit wordt ook in de rechtsleer aanvaard:

...

Een beslissing betreffende de afkeuring van een project-MER is dus een voor vernietiging vatbare rechtshandeling waarvoor de Raad van State bevoegd zou kunnen zijn.

Verzoekende partijen verwijzen ook naar de rechtspraak van de Raad van State om aan te tonen dat een milieueffectrapport in uitzonderlijke omstandigheden het voorwerp van een vernietigingsberoep bij de Raad van State kan uitmaken. Zo stelt de Raad van State omtrent de mogelijkheid om een plan-MER te vernietigen:

...

Uit deze rechtspraak blijkt echter geenszins dat Uw Raad bevoegd zou zijn om een oordeel te vellen omtrent de nietigheid van dergelijke beslissingen. Hieruit blijkt enkel dat slechts in uitzonderlijke gevallen, dewelke in deze zeker niet voorliggen, een “*voorbereidende beslissing*” het voorwerp kan uitmaken van een beroep bij de Raad van State.

Uw Raad dient dan ook vast te stellen dat zij niet bevoegd is en dient het verzoek dan ook omwille van onbevoegdheid af te wijzen.

...”

3.

De verzoekende partijen dupliceren:

“De verwerende partij is van oordeel dat Uw Raad niet bevoegd zou zijn om kennis te nemen van het vernietigingsberoep. Ze verwijst naar rechtspraak van Uw Raad met betrekking tot een beslissing omtrent de goedkeuring van een project-MER, waarvan Uw Raad oordeelde niet bevoegd te zijn om daarover kennis te nemen.

De thans bestreden beslissing tot afkeuring van het project-MER heeft evenwel geheel andere rechtsgevolgen dan een beslissing tot *goedkeuring* van een project-MER. Deze rechtspraak kan dan ook niet naar analogie worden toegepast op de beslissing tot afkeuring.

De afkeuring van het project-MER heeft namelijk tot gevolg dat de omgevingsvergunningsprocedure van rechtswege wordt stopgezet. Gelet op het feit dat de m.e.r.-procedure thans is geïntegreerd in de omgevingsvergunningsprocedure en de beslissing die door Team Mer wordt genomen omtrent het project-MER rechtstreekse gevolgen heeft voor het vervolg van de omgevingsvergunningsprocedure dient de beslissing tot afkeuring van het project-MER evident te worden beschouwd als een beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag.

Hoewel de verwerende partij betwist dat de bestreden beslissing tot afkeuring van het project-MER een beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag uitmaakt, onderbouwt zij dit standpunt niet.

In de voorbereidende documenten bij het Omgevingsvergunningsdecreet werd geen definitie opgenomen met betrekking tot wat moet worden begrepen onder 'betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag' zodat dit begrip in zijn spraakgebruikelijke betekenis moet worden begrepen en toegepast, met name een beslissing die betrekking heeft op een omgevingsvergunningsaanvraag en dus kadert binnen de omgevingsvergunningsprocedure, zoals *in casu* de beslissing tot afkeuring van het project-MER.

De rechtsleerbijdrage waarnaar de verwerende partij verwijst, dateert overigens van vóór de inwerkingtreding van het Omgevingsvergunningsdecreet en is dan ook niet dienstig bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het vernietigingsberoep.

Er kan daarentegen wel naar analogie wordt verwezen naar de rechtspraak van de Raad van State omtrent de bevoegdheid om te oordelen over een negatief stedenbouwkundig attest:

...

Gelet op het feit dat het (negatief) stedenbouwkundig attest niet los te denken is van de beslissing over de vergunningsaanvraag is niet de Raad van State, maar wel de Raad voor Vergunningsbetwistingen bevoegd om kennis te nemen van het beroep hiertegen.

Net zoals in het bovenvermelde arrest omtrent het stedenbouwkundig arrest, is de beslissing tot afkeuring van het project-MER niet los te denken van de beslissing over de vergunningsaanvraag aangezien de beslissing tot afkeuring leidt tot de stopzetting van rechtswege van de omgevingsvergunningsprocedure. Uw Raad is dan ook bevoegd om kennis te nemen van het vernietigingsberoep.

Het vernietigingsberoep is ontvankelijk.”

Beoordeling door de Raad

1.

De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep tot vernietiging. Naar de mening van de verwerende partij vormt de eerste bestreden beslissing geen beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag in de zin van artikel 105, §1, 1° van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning (hierna: Omgevingsvergunningsdecreet).

2.

Artikel 4.3.4 van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (hierna: DABM) luidt onder meer als volgt:

“ ...

§1. Voor de initiatiefnemer de vergunningsaanvraag of in voorkomend geval de vergunningsaanvragen indient, meldt hij aan de administratie zijn voornemen om een project-MER op te stellen.

Die aanmelding bevat ten minste:

1° een beschrijving van het project, met inbegrip van de locatie en de technische capaciteit ervan en met inbegrip van een beknopte beschrijving van de overwogen alternatieven voor het project of voor onderdelen ervan;

2° de vergunningen die moeten worden aangevraagd en in voorkomend geval de bestaande vergunningstoestand;

3° een beschrijving van de te onderzoeken aanzienlijke effecten voor mens en milieu die het project vermoedelijk zal hebben;

4° een beschrijving van het procesverloop, met in voorkomend geval een beschrijving van het participatietraject;

5° in voorkomend geval alle beschikbare informatie over de mogelijke aanzienlijke grensoverschrijdende effecten van het project;

6° de relevante gegevens over de voorgestelde erkende MER-coördinator en het voorgestelde team van erkende MER-deskundigen, vermeld in artikel 4.3.6, en de taakverdeling tussen de deskundigen, op basis van de beschrijving, vermeld in punt 3° ;

7° in voorkomend geval een verzoek tot advies over de te verstrekken informatie, vermeld in artikel 4.3.7;

8° in voorkomend geval de gronden voor de vraag tot onttrekking aan bekendmaking van de aanmelding of aangeduide delen ervan.

(...)

§3. De administratie neemt een beslissing over de opstellers van het project-MER, vermeld in artikel 4.3.6, en deelt haar beslissing aan de initiatiefnemer mee binnen de termijn en op de wijze die wordt bepaald door de Vlaamse Regering.

§4. Als de aanmelding, vermeld in paragraaf 1, een verzoek tot advies als vermeld in paragraaf 1, tweede lid, 7°, bevat, bezorgt de administratie een afschrift van de aanmelding voor advies aan de administraties, overheidsinstellingen en openbare besturen die de Vlaamse Regering heeft aangewezen.

Na ontvangst van de adviezen van de instanties, vermeld in het eerste lid, verleent de administratie een advies over de reikwijdte en het detailleringsniveau van de informatie die de

initiatiefnemer overeenkomstig artikel 4.3.7 moet verstrekken. De administratie houdt bij haar advies rekening met de opmerkingen en commentaren van de administraties, overheidsinstellingen en openbare besturen in kwestie.

(...)

§6. De Vlaamse Regering kan nadere regels vaststellen voor de aanmeldingsprocedure, de grens- en gewestgrensoverschrijdende procedure en de procedure van adviesverlening vanwege de adviesinstanties en de administratie.

...”

Artikel 4.3.7 DABM bepaalt onder meer het volgende:

“ ...

§1. Als een milieueffectrapport is vereist, stelt de initiatiefnemer een project-MER op en dient hij die in. De door de initiatiefnemer te verstrekken informatie bevat ten minste:

1° een beschrijving van het project met informatie over de locatie, het ontwerp, de omvang en andere relevante kenmerken van het project;

2° een beschrijving van de waarschijnlijk aanzienlijke milieueffecten van het project;

3° een beschrijving van de kenmerken van het project of de geplande maatregelen om de waarschijnlijk aanzienlijke nadelige milieueffecten te vermijden, te voorkomen of te beperken en, als dat mogelijk is, te compenseren;

4° 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;

5° een niet-technische samenvatting van de gegevens, vermeld in punt 1° tot en met 4° ;

6° alle aanvullende informatie als vermeld in bijlage IIbis, die bij dit decreet is gevoegd, die van belang is voor de specifieke kenmerken van een bepaald project of projecttype en voor de milieuaspecten die daardoor kunnen worden beïnvloed.

Als er een advies wordt uitgebracht met toepassing van artikel 4.3.4, § 4, is het project-MER gebaseerd op dat advies en bevat het de informatie die redelijkerwijs mag worden vereist om tot een gemotiveerde conclusie over de aanzienlijke milieueffecten van het project te komen, waarbij rekening wordt gehouden met de bestaande kennis en beoordelingsmethodes. Om overlappings van beoordelingen te voorkomen, houdt de initiatiefnemer bij het opstellen van het project-MER rekening met de beschikbare resultaten van andere uitgevoerde relevante beoordelingen met toepassing van deze titel of met toepassing van andere gewestelijke of federale regelgeving.

§2. Het project-MER moet de in § 1 genoemde informatie slechts bevatten:

1° voorzover ze relevant is voor het stadium van het vergunningsproces waarin de milieueffectrapportage wordt uitgevoerd en voor zover ze relevant is in het licht van de specifieke

kenmerken van een bepaald project of de categorie van projecten waartoe de onderzochte actie behoort en de milieuaspecten die door het voorgenomen project kunnen worden beïnvloed;
2° voorzover de bestaande kennis en de bestaande effectanalyse- en beoordelingsmethodes redelijkerwijze toelaten om deze informatie te verzamelen en te verwerken.
...”

Krachtens artikel 23, eerste en derde lid Omgevingsvergunningsdecreet wordt in het kader van het onderzoek van een project een openbaar onderzoek georganiseerd over de vergunningsaanvraag, waarbij het openbaar onderzoek eveneens de inhoud van het project-MER behandelt indien de vergunningsaanvraag een dergelijk rapport omvat.

Artikel 4.3.8 DABM luidt onder meer als volgt:

“ ...

§1. Op de wijze, vermeld in de wetgeving van de desbetreffende vergunningsprocedure of -procedures, bezorgt de initiatiefnemer het project-MER aan de overheid die in eerste aanleg een beslissing zal nemen over de vergunningsaanvraag voor het project.

(...)

§2. Na raadpleging van de adviesverlenende instanties, vermeld in het derde lid, en na afsluiting van het openbaar onderzoek van de vergunningsprocedure, toetst de administratie het project-MER inhoudelijk:

1° aan de beslissing, vermeld in artikel 4.3.4, § 3;

2° in voorkomend geval aan het advies, vermeld in artikel 4.3.4, § 4, tweede lid;

3° aan de vereiste gegevens, vermeld in artikel 4.3.7;

4° aan de adviezen, opmerkingen en commentaren van de instanties en het publiek over het project-MER, verstrekt naar aanleiding van het openbaar onderzoek;

5° in voorkomend geval aan de adviezen, opmerkingen en commentaren van de bevoegde autoriteiten, vermeld in artikel 4.3.4, § 2, en het publiek over het project-MER, verstrekt naar aanleiding van het openbaar onderzoek in grensoverschrijdend verband.

Het resultaat van de toetsing wordt opgenomen in het project-MER-verslag en leidt tot de goed- of afkeuring van het project-MER.

De adviesverlenende instanties, vermeld in het eerste lid, zijn de instanties die de Vlaamse Regering heeft aangewezen en die vermeld zijn in de wetgeving van de desbetreffende vergunningsprocedure.

(...)

§3. De administratie bezorgt haar beslissing over de goed- of afkeuring van het project-MER:

1° aan de initiatiefnemer;

2° in voorkomend geval aan de administraties, overheidsinstellingen en openbare besturen, vermeld in artikel 4.3.4, § 4, eerste lid;

3° aan de adviesverlenende instanties, vermeld in paragraaf 2, derde lid;

4° in voorkomend geval aan de bevoegde autoriteiten, vermeld in artikel 4.3.4, § 2;

5° aan de overheid die in eerste aanleg een beslissing over de vergunningsaanvraag voor het project zal nemen.

De beslissing bevat ook een afschrift van het project-MER-verslag, vermeld in paragraaf 2, tweede lid.

...”

Artikel 28, eerste lid Omgevingsvergunningsdecreet bepaalt dat – tenzij een project-MER reeds is goedgekeurd – de afdeling bevoegd voor milieueffectrapportage haar beslissing over de eventuele afkeuring van dit project-MER bekendmaakt met toepassing van artikel 4.3.8, §3 DABM. Op basis van het tweede lid van voormelde bepaling, houdt de afkeuring van het project-MER van rechtswege de stopzetting van de vergunningsprocedure in. Op grond van artikel 105, §1, 1° Omgevingsvergunningsdecreet is de Raad bevoegd om uitspraak te doen over de beroepen die worden ingesteld tot vernietiging van een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag, genomen in laatste administratieve aanleg.

3.

Uit de aangehaalde bepalingen volgt dat de eerste bestreden beslissing van rechtswege de stopzetting van de omgevingsvergunningsprocedure tot gevolg heeft. De eerste bestreden beslissing heeft dan ook onmiskenbaar onmiddellijk rechtsgevolgen voor de verzoekende partijen: de eerste bestreden beslissing belet de verzoekende partijen immers om een omgevingsvergunning voor het aangevraagde project te verkrijgen. De eerste bestreden beslissing vormt dan ook een op zichzelf staande, aanvechtbare rechtshandeling.

4.1

Noch uit de relevante bepalingen van hoofdstuk III van titel IV ‘Milieueffect- en veiligheidsrapportage’ van het DABM noch uit artikel 52 Omgevingsvergunningsdecreet vloeit voort dat het mogelijk is om een administratief beroep in te dienen tegen de beslissing van het team Mer over de afkeuring van een project-MER.

De beslissing van het team Mer over de afkeuring van een project-MER, die van rechtswege de stopzetting van de omgevingsvergunningsprocedure tot gevolg heeft, is dan ook een uitdrukkelijke, in laatste administratieve aanleg genomen, beslissing betreffende een

omgevingsvergunningsaanvraag zoals bepaald in artikel 105, §1 Omgevingsvergunnings-decreet.

4.2

De argumentatie van de verwerende partij dat de eerste bestreden beslissing niet kwalificeert als een 'beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag', reden waarom de Raad niet bevoegd zou zijn, kan niet worden bijgetreden. Uit de tekst van artikel 28 Omgevingsvergunningsdecreet volgt duidelijk dat de beslissing van het team Mer over een project-MER voorbereidend is ten aanzien van de beslissing over de omgevingsvergunningsaanvraag.

De beslissing van het team Mer is er immers op gericht om de bevoegde overheid in staat te stellen met voldoende informatie een beslissing te nemen over het aangevraagde project dat aanzienlijke effecten kan hebben. Desgevallend vormt de eventuele vergunnings- of weigeringsbeslissing van de bevoegde overheid de eindbeslissing van wat te beschouwen is als een complexe administratieve handeling waarvan de beslissing van de dienst Mer een geïntegreerd deel uitmaakt.

Het gegeven dat de bevoegde vergunningverlenende overheid in de huidige vergunningsprocedure uiteindelijk geen beslissing heeft genomen over het aangevraagde project, doet geen afbreuk aan het voorgaande. De omstandigheid dat de eerste bestreden beslissing tot gevolg heeft dat de vergunningsprocedure van rechtswege wordt stopgezet belet immers net dat de bevoegde overheid een vergunnings- of weigeringsbeslissing kan nemen.

Overigens is het niet van belang dat de eerste bestreden beslissing al dan niet determinerend is voor een eindbeslissing in de omgevingsvergunningsprocedure om ze te kwalificeren als een beslissing betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag. Omwille van de band tussen de eerste bestreden beslissing en een uiteindelijke vergunningsbeslissing, is de eerste bestreden beslissing dan ook te beschouwen als een beslissing in laatste administratieve aanleg betreffende een omgevingsvergunningsaanvraag.

De exceptie van de verwerende partij wordt verworpen.

5.1

De verwerende partij betwist de bevoegdheid van de Raad om kennis te nemen van het beroep in zoverre het gericht is tegen de tweede bestreden beslissing niet. Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van een vordering, en meer in het bijzonder wat betreft het voorwerp van de vordering en de bevoegdheid van de Raad, betreft evenwel de openbare orde en behoort ambtshalve aan de Raad toe. De omstandigheid dat de verwerende partij ter zake geen exceptie heeft ingeroepen is dan ook irrelevant om de ontvankelijkheid van de vordering ten aanzien van de tweede bestreden beslissing ambtshalve te onderzoeken.

5.2

In de tweede bestreden beslissing heeft het Agentschap voor Natuur en Bos advies verleend over de ontwerpтекst van de project-MER, in het bijzonder de discipline biodiversiteit, en de soortentoets. Tevens bespreekt het Agentschap voor Natuur en Bos het aangevraagde project, in het bijzonder aan de hand van een natuurtoets.

Dit ongunstig advies brengt geen rechtsgevolgen voor de verzoekende partijen teweeg en is om die reden geen voor vernietiging vatbare administratieve rechtshandeling. De stelling van de verzoekende partijen dat de tweede bestreden beslissing een schending van direct werkende normen aanhaalt en om die reden kwalificeert als een bindend advies, noopt niet tot een andere zienswijze.

In zoverre de verzoekende partijen die argumentatie steunen op artikel 4.3.3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna: VCRO), moet worden opgemerkt dat die bepaling niet een rechtsgrondslag vormt voor de beoordeling die aanleiding heeft gegeven tot de eerste bestreden beslissing. De voormelde bepaling richt zich immers enkel en alleen naar de vergunningverlenende overheid die uitspraak doet over een omgevingsvergunningsaanvraag met betrekking tot stedenbouwkundige handelingen.

Die vaststelling belet niet dat de tweede bestreden beslissing een onderdeel vormt van een complexe administratieve rechtshandeling die tot de eerste bestreden beslissing heeft geleid, zodat een gebeurlijke onwettigheid ervan tot de vernietiging van de eerste bestreden beslissing zou kunnen leiden. Dat aspect heeft evenwel betrekking op de gegrondheid, niet de ontvankelijkheid van het beroep tot vernietiging.

5.3

Het beroep, in zoverre het is gericht op de tweede bestreden beslissing, is onontvankelijk.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van:

- artikel 4.3.8, §2, 4° DABM;
- de artikelen 14, §1 en 16 van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu;
- de artikelen 10 en 14 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 mei 2009 met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer;
- de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1990 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen;
- het redelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ze argumenteren als volgt:

“ ...

EERSTE MIDDELENONDERDEEL. De bestreden beslissing tot afkeuring van het project-MER steunt op het bestreden ongunstig advies van het ANB. Doordat het ANB zijn advies baseert op direct werkende normen heeft dit advies een bindend karakter met een afkeuring van het project-MER en een stopzetting van rechtswege tot gevolg.

Nagenoeg alle overige adviezen die zijn uitgebracht in dit dossier zijn echter **gunstig**, op de adviezen van het CBS van Brecht en het CBS van Wuustwezel na.

In de bestreden beslissing wordt het advies van het ANB als volgt besproken:

...

Op 17 januari werd het ANB gevraagd om een advies uit te brengen binnen een termijn van 30 dagen. Op 4 maart 2022 werd (ruimschoots laattijdig) een eerste ongunstig advies verleend door het ANB. Overeenkomstig artikel 26, lid 2 OVD heeft dit tot gevolg dat het advies van het ANB **stilzwijgend gunstig** dient te worden beschouwd. Naar aanleiding van een aantal opmerkingen en vragen van adviesinstanties, waaronder ANB, werd door de verzoekende partijen op 16 maart 2022 een wijzigingsverzoek ingediend met aanvullingen en verduidelijkingen betreffende de volgende zaken:

- vergelijking van de uitgevoerde vleermuisstudie met ondertussen beschikbare (externe) inventarisaties van vleermuizen in het gebied uit 2020 en 2021 waarbij de eindconclusies van de in de vergunningaanvraag opgenomen studie bevestigd wordt,
- vergelijking van de conclusies van het Mer met betrekking tot weidevogels met de recent beschikbare resultaten van in 2021 uitgevoerde tellingen, waarbij de conclusies bevestigd worden,
- verduidelijking/onderbouwing van gebruikte (correctie)factoren in berekeningen rond uitwijkgedrag/mortaliteit,
- verduidelijking gebruikte populatiegrootte,
- verdere verduidelijking gebruikte methodiek.

Naar de aanvullingen en verduidelijkingen over de discipline Biodiversiteit werden ook enkele overige aspecten verduidelijkt.

Er werd ook een nieuw openbaar onderzoek georganiseerd.

Naar aanleiding van het wijzigingsverzoek werd het ANB op 26 april 2022 door de vergunningverlenende overheid gevraagd om een nieuw advies uit te brengen binnen een termijn van 30 dagen. Het ANB heeft echter (opnieuw) nagelaten om binnen de voorziene termijn een advies uit te brengen. Overeenkomstig artikel 26, lid 2 OVD heeft dit tot gevolg dat het advies van het ANB na het wijzigingsverzoek als **stilzwijgend gunstig** dient te worden beschouwd. Niettemin heeft het laattijdig ongunstig advies geleid tot de afkeuring van het project-MER. De laattijdigheid van het advies getuigt van onzorgvuldigheid in hoofde van het ANB.

Ook in de memorie van toelichting bij het ontwerp van het Omgevingsvergunningsdecreet wordt overigens uitdrukkelijk bevestigd dat *“volgens de regels van goed bestuur de adviesinstantie wordt geacht om tijdig advies uit te brengen”*

Gelet op het feit dat het ongunstig advies van het ANB laattijdig was, kon de Dienst Mer hieraan voorbijgaan bij de beoordeling van het project-MER overeenkomstig artikel 4.3.8, §2, 4° DABM. Bovendien **moest** de Dienst Mer met het oog op het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel *in casu* hieraan voorbijgaan gelet op het gebrekkige karakter van dit advies, zoals hieronder verder wordt toegelicht.

Naast de laattijdigheid van het advies, is het advies van het ANB ook inhoudelijk behept met **verschillende ernstige tekortkomingen** met als gevolg dat dit advies niet op wettige wijze als basis kon dienen voor de beslissing tot afkeuring van het project-MER.

De milieueffecten op de gekozen projectlocatie werden reeds in 2018 een eerste keer onderzocht in het kader van een ontheffingsaanvraag die door de nv LUMINUS en de bv MEGA WINDY werd ingediend voor een windturbineproject bestaande uit zes windturbines op gelijkaardige posities als het huidige project WT02-WT06. Het advies dat door het ANB toen werd uitgebracht, was **integraal gunstig** (stuk 7).

Het Departement van Landbouw & Visserij bracht in het kader van de ontheffingsprocedure evenwel een ongunstig advies uit, waarna er werd besloten om over te gaan naar een project-MER waarbij de discipline Biodiversiteit (op vraag van Landbouw & Visserij) werd uitgebreid met onder meer terreininventarisaties. De onderzoeksmethodiek werd tijdens een voorafgaandelijk overleg op 21 maart 2019 besproken met ANB het INBO en Departement Landbouw & Visserij.

De resultaten van de veldinventarisaties, de gehanteerde methode(s) voor de effectinschattingen en de voorlopige conclusies werden besproken op een tweede overleg van 13 juni 2019 en in een nota die werd overgemaakt op 2 juli 2019. Op deze nota werd op **31 oktober 2019 een advies verleend door het INBO. Dit is het advies waarop het ANB zich in het kader van huidige vergunningsprocedure baseerde om op 4 maart 2022 én op 8 juni 2022 een ongunstig advies te verlenen.**

Het advies van het INBO van 31 oktober 2019 werd vervolgens besproken tijdens het MER-scopingsoverleg van 17 februari 2020. In overeenstemming met het INBO, ANB, Landbouw & Visserij en de overige aanwezige adviesinstanties werd toen afgesproken welke methodiek gehanteerd zou worden bij de opmaak van het definitieve MER. Dit werd eveneens vastgelegd in het scopingsadvies PRMER-3241-SA van 4 juni 2020. **Het is bijgevolg met de afspraken uit het scopingsadvies dat rekening moet gehouden worden voor wat betreft de methodiek** (stuk 8). In het project-MER werd het deel biodiversiteit uitgewerkt conform deze afspraken uit het scopingsadvies.

De discipline biodiversiteit werd als volgt besproken in het scopingsadvies:

...

De problematiek in dit dossier bestond in hoofdzaak uit een tegengestelde visie tussen het Departement Landbouw & Visserij en het ANB met betrekking tot de uitwerking van het deel Biodiversiteit en de flankerende maatregelen. Het Departement Landbouw & Visserij vreesde hierbij dat er een aanzienlijke invloed kon ontstaan op de werking van het landbouwgebied. De verzoekende partij lieten daarom een landbouweconomische studie opmaken om deze effecten op landbouw te onderzoeken. Uit de studie is gebleken dat de effecten op de landbouweconomische werking aanvaardbaar zijn en dat de landbouwkundige waarde van de in de flankerende maatregelen betrokken percelen niet verloren gaat (stuk 6).

In de zoektocht naar een compromis tussen beide adviesinstanties werd op 18 maart 2021 een overleg georganiseerd in bijzijn van de provinciegouverneur. Uit dit overleg bleek nogmaals dat het ANB zich kon vinden in de verdere uitwerking van de methodiek zoals vastgelegd in het scopingsadvies (stuk 5).

Niettemin werd tijdens de omgevingsvergunningsprocedure tot tweemaal toe een ongunstig advies verleend door het ANB. Het bestreden advies van het ANB is echter gebaseerd op het **advies van het INBO van 31 oktober 2019 dat inmiddels achterhaald is en niet meer relevant kan worden aangewend** doordat het advies dateert van **vóór** het scopingoverleg en het scopingsadvies over de verdere werking van het deel biodiversiteit. Dit werd overigens uitvoerig toegelicht en verduidelijkt in het wijzigingsverzoek van 16 maart 2022. Niettemin volhardde het ANB in de conclusies van het advies van 4 maart 2022.

Concreet werden de volgende onderwerpen door de verzoekende partijen verduidelijkt/weerlegd.

Locatie- en uitvoeringsalternatieven (stuk 9, p. 8)

“2.2. Locatie/uitvoeringsalternatief

In het advies wordt gesteld dat er geen locatiealternatief of mogelijkheid tot herconfiguratie i.f.v. biodiversiteit onderzocht werd en dat dit wel zou moeten omwille van de mogelijke effecten van WT2 en WT6 voor vleermuizen.

In §4.2 van het MER worden de mogelijke locatiealternatieven onderzocht. De redelijke alternatieven die hieruit voort komen worden vervolgens op hun effecten onderzocht in het MER. Dit is de normale werkwijze. Indien uit de discipline biodiversiteit zou blijken dat een alternatieve locatie nodig was, zou dit kunnen aanbevolen worden, maar dit is hier niet het geval gezien andere maatregelen de effecten kunnen milderen. Bovendien kan een alternatieve locatie mogelijk weer bijkomende effecten creëren voor andere disciplines zoals landschap of geluid. Verplaatsing is daarom niet altijd mogelijk.”

Hierop antwoordt het ANB in het advies van 8 juni 2022 dat enig onderzoek tot de effecten van de wiekoverdraai en de mogelijke maatregelen om de effecten te voorkomen ontbreekt. Deze stelling is **manifest onjuist**. Het onderzoek naar de effecten van de windturbine wordt evident steeds gevoerd rekening houdende met de effecten van de volledige windturbine, inclusief de wieken en bijgevolg rekening houdende met eventuele effecten van wiekoverdraai. Bovendien getuigt deze stelling van het ANB van een zeer onzorgvuldig onderzoek van het dossier. Het project-MER bevat een exhaustief onderzoek naar de kans dat avifauna die in de rotorzone vliegt, geraakt wordt door de wieken (stuk 6, p. 209 e.v.):

“In deze stap wordt berekend hoe groot de kans is dat de vogels die in de rotorzone vliegen, geraakt worden door de wieken. Hiervoor wordt het eigenlijke Band-model gebruikt (Band et al., 2007). Hierbij wordt een vogel beschouwd als een simpele kruisvorm bestaande uit de lengte (bek tot staart) en de spanwijdte (zie Figuur 9-54). Deze gegevens moeten per soort ingegeven worden en zijn uiteraard gebaseerd op ‘typische’ afmetingen zonder rekening te houden met variatie binnen de soort. SNH raadt zelf aan deze gegevens op te zoeken op de website BTO birdfacts (<https://www.bto.org/aboutbirds/birdfacts>). De gebruikte afmetingen zijn weergegeven in Tabel 9-57.”

Gelet op het gedetailleerd onderzoek naar de effecten van de integrale windturbines op natuur en biodiversiteit is het geenszins duidelijk welk bijkomend onderzoek volgens het ANB zou moeten worden gevoerd. Het standpunt van het ANB is dan ook gebaseerd op een onzorgvuldig onderzoek van het dossier en vertrekt van een manifest verkeerd standpunt en is bijgevolg onredelijk, onzorgvuldig en vormt een verkeerde toepassing van artikel 16 Natuurdecreet.

Bovendien moet erop worden gewezen dat het ANB in het advies verwijst naar een schending van artikel 14, §1 van het Natuurdecreet dat een zorgplicht inhoudt. De zorgplicht uit artikel 14 Natuurdecreet vormt evenwel geen beoordelingsgrond om een vergunning al dan niet te verlenen en kan bijgevolg evenmin als rechtsgrondslag dienen om een ongunstig advies met betrekking tot een project-MER en/of omgevingsvergunning te verlenen. De ingeroepen bepaling is dan ook geschonden wegens een verkeerde toepassing hiervan.

Effectgroep – verstoring vogelsoorten (stuk 9, p. 8)

“2.3.Effectgroep - verstoring vogelsoorten Advies INBO – Ecologische effectinschatting

Voor dit MER werd inderdaad in 2019 een advies afgeleverd door het INBO. Dit advies ging over een eerdere versie van dit MER waarin nog een andere methodiek gehanteerd werd die volledig gebaseerd was op onze eigen waarnemingen.

Tijdens het scopingoverleg van 17 februari 2020 werd onze tekst en het advies van INBO grondig besproken. [REDACTED] van het INBO (auteur van het advies) was hierbij zelf ook aanwezig. De belangrijkste conclusies van dit overleg werden overgenomen in het scopingsadvies van 4 juni 2020.

Hieronder staan de passages die relevant zijn voor de effectgroep verstoring vogelsoorten (eigen markeringen):

In het MER wordt een methodiek (methodiek 1) voorgesteld om bij de effectinschatting op het leefgebied van weidevogels rekening te houden met veldinventarisaties van vogels op de locatie waar de nieuwe windturbines zouden worden voorzien en deze te vergelijken met de aanwezigheid van vogels t.h.v. bestaande windturbines in de nabijheid van de projectlocatie. Daarnaast worden in het MER de resultaten gepresenteerd van een analysemethode die gebaseerd is op verstoringafstanden voor vogels zoals gerapporteerd in de literatuur (methode 2). De erkend deskundigen biodiversiteit voeren evenwel argumenten aan waarom methode 2 niet zonder meer de realiteit reflecteren.

O.m. omdat methode 1 is gebaseerd op een inventarisatie periode van 1 jaar wensen het Agentschap Natuur en Bos en het INBO methode 2 te hanteren. Er zal daarom in het definitieve MER gewerkt worden met de huidige standaard methodiek (methode 2 uit het MER) waarbij er gekeken wordt naar de aanwezige ecotopen/teelten binnen de invloedssfeer van de windturbines om het potentieel verstoord leefgebied te bepalen. Deze resultaten kunnen echter wel aangevuld en genuanceerd worden met de resultaten van de gemaakte inventarisaties en methodiek 1.

*De verschillende partijen erkennen dat de berekeningswijzen en de gehanteerde methodologie effecten heeft op de conclusies van het al of niet optreden van effecten en de grootte van dergelijk effect. **Bij toepassing van de standaard-methode (methodiek 2), die sterk voortborduurt op de aanwezigheid van graslanden binnen een perimeter die gebaseerd is op theoretische verstoringafstanden uit de literatuur,** werd in het MER gekomen tot een verstoorde oppervlakte van ca. 6 ha (ook conclusie van SWECO in de eerder aangevraagde ontheffing). **Om die reden wordt de piste verkend om via flankerende maatregelen een bijkomend leefgebied ten belope van ca. 6 ha te bestuderen.***

*Departement Landbouw en Visserij geeft aan dat strikt genomen **enkel natte tot zeer natte extensieve blijvende graslanden in overweging mogen genomen worden als “potentieel leefgebied die als gevoelig beschouwd worden voor verstoring”.***

*Er moet ook een duidelijk **onderscheid** gemaakt worden tussen **tijdelijk grasland en/of in gebruik als grasklaver en blijvend grasland.***

*Departement Landbouw en Visserij vraagt om ook de alinea onder titel 9.4.4.11.4 p 236 te schrappen. Er ontbreekt in de redenering een verduidelijking welk type graslanden worden opgezet naar akkerland. **Afgaande op de geregistreeerde perceelaangiften van de afgelopen jaren zijn dit overwegend tijdelijk graslanden in teeltrotatie met mais en andere gewassen of zelfs ingezaaid raaigras of winterrogge na de***

hoofddeelt om uitspoeling van nutriënten te voorkomen. Beide zijn gangbare landbouwmethoden vanuit een duurzaam milieuperspectief en **kunnen niet in beschouwing genomen worden als ‘verdwenen oppervlakte grasland’.**

Het INBO advies kan dan ook niet zonder meer gevolgd worden. Tijdens het scopingsoverleg werden door de MERdeskundigen tegenargumenten gegeven die ook deels gevolgd werden. Bovendien waren ook andere adviesinstanties het niet altijd eens met het advies. De afspraken van het scopingsoverleg zoals opgenomen in het scopingsadvies zijn dan ook een correctere maatstaf om het MER aan af te toetsen.

De tekst van het MER werd aangepast op basis van het scopingsadvies. Dit betekent dat

- gewerkt werd met een analyse op basis van potentieel leefgebied die grotendeels gebaseerd is
- op de aanwezigheid van graslanden binnen de verstoringsperimeters;
- hierbij rekening werd gehouden met het gegeven dat enkel natte tot zeer natte graslanden geschikt zijn;
- hierbij rekening werd gehouden met het verschil tussen tijdelijk en permanent grasland;
- de resultaten van de berekening wel mogen genuanceerd worden op basis van de resultaten van de eigen inventarisaties;
- een mogelijk verstoorde oppervlakte van 6 ha verwacht kan worden en dat dit gemilderd kan

worden door middel van flankerende maatregelen waarbij bijkomend leefgebied gecreëerd wordt.

In het advies van ANB wordt de conclusie dat de gehanteerde methode meerdere onvolledigheden en onregelmatigheden vertoont gebaseerd op het oorspronkelijke INBO-advies (daterend van vóór het scopingsoverleg, -advies en de herwerkte project-MER). Gezien de auteur van het INBO-advies zelf aanwezig was tijdens het overleg waarin de afspraken voor het scopingsadvies werden vastgelegd is dit niet correct. Zoals hoger al weergegeven, staat in het scopingsadvies dat ‘De verschillende partijen erkennen dat de berekeningswijzen en de gehanteerde methodologie effecten heeft op de conclusies van het al of niet optreden van effecten en de grootte van dergelijk effect.’ Tijdens het scopingsoverleg was er consensus dat de toegepaste methodiek in het MER de impact van het project het meest correct weergeeft.

De toegepaste methodiek is gebaseerd op het advies van ANB bij de opmaak van de ontheffingsnota voor dit project in 2016. Hierbij werd ook vertrokken van graslanden als potentieel leefgebied. ANB heeft in 2018 nog een gunstig advies gegeven voor de ontheffing waarin dezelfde methodiek gehanteerd werd.

De conclusies kunnen dan ook gebruikt worden voor de beoordeling van het project welke dan ook niet moet gewijzigd worden.”

Hierop wordt in het advies van 8 juni 2022 het **standpunt van het advies van 4 maart 2022 eenvoudigweg hernomen en bijgetreden**. Hoewel door verzoekende partijen concreet wordt aangetoond in welke mate het project-MER werd aangevuld, aangepast en geactualiseerd en waarom het advies van het INBO uit 2018 niet meer kan worden bijgetreden, blijft het ANB bij het eerder ingenomen standpunt.

Het ANB legt onredelijk strenge eisen op betreffende de gehanteerde methodiek, ondanks het feit dat er een wetenschappelijke basis bestaat voor de gehanteerde methodiek **én de gehanteerde methodiek overeenstemt met het scopingsadvies**.

Het standpunt van het ANB is kennelijk onredelijk, in die zin dat er zonder gegronde redenen wordt afgeweken van het scopingsadvies dat werd opgesteld in overleg met het ANB en het INBO.

Opnieuw getuigt dit van een manifeste schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en een verkeerde (minstens onredelijke) toepassing van artikel 16 van het Natuurdecreet en artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit.

Correctie effectbeoordeling (stuk 9, p. 9)

“ANB stelt zich vragen bij de gehanteerde correctiefactor waarbij de oppervlakte binnen de verstoringssperimeters maar voor 50% meegeteld werd.

In het INBO rapport waarin het significantiekader voor verstoring bepaald werd (Everaert & Peymen, 20137) staat volgende toelichting:

*“Op basis van populatiemodellen voor 250 vogelsoorten die regelmatig langs de Noordzee en aan de kust in Duitsland doortrekken of er tijdelijk verblijven of broeden, werd in Dierschke et al. (2003) voorgesteld om te spreken van een betekenisvol effect op de populatie, **als het verstorend effect een blijvend habitatverlies veroorzaakt voor minstens 1% van de nationale populatie** in een bepaald seizoen (winter- en/of doortrekperiode, broedperiode). In een aantal- en trendstudie betreffende*

veranderingen in aantallen pleisterende watervogels (voornamelijk eenden en ganzen) in Nederland, werd ook gesteld dat een aantalsafname van meer dan 1% per jaar op lange termijn een betekenisvol effect op de populatie kan genoemd worden (van Eerden et al., 2005). Dergelijke afname kan echter het gevolg zijn van diverse invloeden en kan betrekking hebben op zowel verstoring als mortaliteit.”

Op basis hiervan kan dan ook besloten worden dat de drempelwaarde van 1% geldt voor de zone waarin blijvend habitatverlies optreedt door verstoring. Zoals aangehaald in het MER is er echter geen blijvend habitatverlies in de zone die potentieel verstoord wordt. Zowel uit de wetenschappelijke literatuur als de eigen waarnemingen blijkt dat in de ‘verstoorde’ omgeving wel degelijk nog vogels broeden. In dit specifieke projectgebied bleek de dichtheid binnen de verstoringssperimeter rond de bestaande turbines zelfs zeer gelijkaardig als in ‘niet verstoorde’ delen. Ook bij de inventarisaties van Bova Enviro+ in 2020 (zie bijlage 11 van voorliggend project- MER) en van M-Impact in 2021 (MER Aspiravi, PR3364, d.d. 17/11/2021) bleken territoria van weidevogels aanwezig in de omgeving van de bestaande turbines. Een blijvend habitatverlies van 50% is dan ook eerder een overschatting dan een onderschatting.

In tegenstelling tot wat gesteld wordt in het advies van ANB zijn de broeddensiteiten wel degelijk relevant om de impact te bepalen. Het gaat immers niet om de geschiktheid van het leefgebied maar om blijvend habitatverlies. Hiervoor vormt de broeddensiteit wel een goede indicator.

*Wij besluiten dan ook dat de gehanteerde correctiefactor zeker geen onderschatting van de effecten geeft, zoals deze gedefinieerd werden in het significantiekader. **Er is dan ook geen reden om de beoordeling te wijzigen.**”*

Hierop antwoordt het ANB in het advies opnieuw dat het standpunt uit het advies van 4 maart 2022 behouden blijft.

Hoewel in het kader van het voorzorgsbeginsel voldoende wetenschappelijk zekerheid moet bestaan omtrent de verwachte effecten van een voorgenomen project, mag de toepassing van het voorzorgsbeginsel geenszins tot gevolg hebben dat wetenschappelijk onderbouwde onderzoeksgegevens worden afgewezen als onbetrouwbaar of ontoereikend. Uit het project-MER en de toelichtende nota blijkt dat er met voldoende wetenschappelijke zekerheid kan worden besloten dat het voorgenomen project geen blijvende habitatverlies zal optreden in de zone die potentieel verstoord wordt. De conclusies van verzoekende partijen zijn gebaseerd op vooraanstaande wetenschappelijke literatuur en concrete telgegevens. De bijkomende vereisten van het ANB hieromtrent zijn dan ook kennelijk onredelijk.

Effectgroep - mortaliteit vogelsoorten (stuk 9, p. 10)

2.4.Effectgroep - mortaliteit vogelsoorten

Lokale en Vlaamse populatiegrootte onderzochte vogelsoorten

(...)

Samenvattend klopt het dat er intussen nieuwe gegevens over de populatiegrootte beschikbaar zijn en dat deze wijzen op lagere aantallen. Deze informatie was echter nog niet beschikbaar toen het scopingsadvies werd opgesteld dat hier als basis gebruikt werd. De populatiegegevens op Vlaamse schaal zijn echter niet geschikt om de grootte van de lokale populatie in te schatten. Bovendien zijn er ook nieuwe gegevens beschikbaar om de berekening bij te stellen. Rekening houdend met alle nieuwe informatie, is de verwachte impact nog aanzienlijk kleiner dan wat nu in het MER berekend werd.

De conclusies van het MER kunnen dan ook behouden blijven.

Uitwijkgedrag

ANB geeft aan dat gewerkt moet worden met een uitwijkingspercentage van 97% gezien enkel kan rekening gehouden worden met micro-uitwijking en niet met macro-uitwijking.

Dit werd toegepast in bovenstaande berekening.

De conclusies van het MER kunnen dan ook behouden blijven.

Conclusie mortaliteit vogelsoorten Zoals blijkt uit bovenstaande berekeningen, blijft de verwachte impact beneden de drempelwaarde voor 1% en dit zowel voor Wulp als voor Kievit.

De conclusies van het MER kunnen dan ook behouden blijven.”

Hierop antwoordt het ANB dat de bijkomende onderzoeksgegevens onvolledig zijn en/of onregelmatigheden vertonen.

Opnieuw moet worden vastgesteld dat de eisen die door het ANB worden opgelegd met betrekking tot de onderzoeksgegevens volstrekt onredelijk zijn, gelet op het feit dat uit de bijkomende onderzoeksgegevens blijkt dat zelfs rekening houdende met alle nieuwe gegevens,

waaronder het onderzoek van BOVA ENVIRO+, en zelfs rekening houdende met een absolute worstcasescenario de drempel van 1% nooit wordt overschreden.

Niettegenstaande het verwachte aantal slachtoffers een overschatting is, is de verwachte impact nog

aanzienlijk kleiner dan wat in het MER werd berekend.

Er bestaat in elk geval voldoende wetenschappelijke zekerheid om te besluiten dat de onderzoeksgegevens uit het MER als basis kunnen dienen voor een beoordeling van het project en dat de conclusies uit het MER met betrekking tot de mortaliteit van de vogelsoorten kunnen worden bijgetreden.

Het advies van het ANB is ook op dit punt kennelijk onredelijk en in strijd met de doelstellingen van artikel 16 Natuurdecreet en artikelen 10 en 14 Soortenbesluit.

Besluit impact op avifauna (stuk 9, p. 18)

“In het advies wordt gesteld dat de effectbeoordeling volledig gebaseerd is op één studie met terreininventarisaties en dat ze daarom niet correct is.

Dit klopt niet. De methodiek die gehanteerd werd is niet gebaseerd op de veldwaarnemingen maar op de analyse van het potentieel leefgebied zoals dit werd afgesproken op het scopingoverleg en vroeger ook zelf werd voorgesteld door ANB. Een nuancering van de resultaten op basis van de terreininventarisaties was hierbij uitdrukkelijk wel toegelaten. De conclusies van deze terreininventarisaties werden bovendien intussen reeds bevestigd door twee recentere terreininventarisaties waarbij ook telkens veel territoria aanwezig waren vlak bij de bestaande turbines. Er is dan ook voldoende onderbouwing om de effectbeoordeling te ondersteunen.

De toepassing van de correctie voor de verstoorde oppervlakte werd hoger reeds toegelicht en is conform de richtlijnen van Everaert et al. (2015).

De conclusie van het MER blijft dan ook behouden.”

Met betrekking tot het besluit omtrent de impact op avifauna herneemt het ANB het eerder ingenomen standpunt uit het advies van 4 maart 2022 zonder op enige wijze te antwoorden op de toelichting van de verzoekende partijen.

Dit getuigt andermaal van een kennelijk onredelijk en onzorgvuldig optreden in hoofde van de adviesverlener met als gevolg dat **het bestreden advies het redelijkheids- en**

zorgvuldigheidsbeginsel, alsook de doelstellingen uit artikel 16 Natuurdecreet en artikel 10 en 14 Soortenbesluit schendt.

Impact op vleermuizen (stuk 9, p. 19)

“2.7. Impact op vleermuizen

Het advies geeft aan dat de gegevens waarop de effectanalyse voor vleermuizen gebaseerd is al dateren van 2015 en dat de situatie mogelijk gewijzigd is door de aanleg van het ecoduct (opgeleverd in 2015).

Sinds de inventarisatie in het kader van dit project werden echter in het kader van andere projecten nog bijkomende inventarisaties uitgevoerd in (de omgeving van) het projectgebied. In de zomer van 2020 werd de omgeving van turbines WT3, WT4 en WT5 onderzocht door Bova Enviro+, in opdracht van Elicio, in het kader van een niet gepubliceerde studie (zie bijlage 11c van voorliggend project- MER)¹⁰. Hierbij werden in deze omgeving geen belangrijke activiteiten van vleermuizen vastgesteld. In het kader van het MER van Aspiravi werden in de zomer van 2021 een inventarisatie uitgevoerd door Greenspot. Hierbij werd ook een automatische batdetector geplaatst in de omgeving van de geplande turbine WT2. Hieruit kwam een zeer gelijkaardige conclusie naar voor als in 2015. De bommenrij nabij WT2 werd nog steeds enkel gebruikt door gewone dwergvleermuis en in in mindere mate laatvlieger. Voor de omgeving van WT 6 zijn nieuwe gegevens beschikbaar uit het MER van Aspiravi. Ook hier zijn de vaststellingen zeer gelijkaardig. Enkel watervleermuis werd bijkomend opgemerkt, maar slechts in kleine aantallen. Ook werd opgemerkt dat de beek grotendeels droog stond wat de lage aantallen allicht kan verklaren.

Samenvattend is er geen indicatie dat de situatie voor vleermuizen anders is dan beschreven in het MER.

In het advies wordt ook gesteld dat milderende maatregelen onvoldoende zijn om betekenisvolle verstoring te vermijden indien de windturbines op <100 m ingeplant worden van een mogelijke vliegroute.

Ten eerste is dit enkel het geval voor turbine WT2, turbine WT6 houdt wel een grotere afstand van de waterloop. Ten tweede klopt het niet dat Everaert (2015) stelt dat binnen de 100 m milderende maatregelen onvoldoende zijn: In de betreffende paragraaf (4.9.3) wordt eerst besproken welke mogelijke afwegingen er zijn. Hierbij wordt het Waalse kader weergegeven waarin milderende maatregelen binnen de 100 m inderdaad niet mogelijk zijn. Onder de titel ‘Toepassing in Vlaanderen’ wordt echter gesteld dat “Hoewel de richtlijnen van het Waals gewest (Tabel 9) geschikt zijn om effecten op

vleermuizen te vermijden bij een ‘best practice’ aanpak, zijn het tegelijk ook richtlijnen die voor veel locaties onnodig streng kunnen zijn.” Bij de paragraaf over de milderende maatregelen (4.10) is ook geen sprake van een beperking op basis van afstand. De aanbevelingen van Everaert (2015) werden dan ook correct overgenomen in het MER.

De conclusies van het MER kunnen dan ook behouden blijven.”

Hoewel de verzoekende partijen hiermee een antwoord bieden op de bezwaren van het ANB uit het advies van 4 maart 2022 gaat het ANB hier ten onrechte **geheel aan voorbij** en herneemt het ANB nagenoeg integraal het eerder ingenomen standpunt en de (reeds weerlegde) bezwaren.

Andermaal moet worden besloten dat het ANB onzorgvuldig onderzoek heeft gevoerd naar het integrale dossier en een advies heeft uitgebracht zonder rekening te houden met de toelichting uit het wijzigingsverzoek wat minstens getuigt van ernstige onzorgvuldigheid. Voor zover bij het verlenen van het advies van 8 juni 2022 wél rekening zou zijn gehouden met het geactualiseerde dossier getuigt het louter hernemen van een achterhaald standpunt van kennelijke onredelijkheid in hoofde van de adviesinstantie.

34. Uit de door de erkende deskundigen opgestelde stukken uit het dossier blijkt duidelijk dat de aanvraag geen betekenisvolle impact heeft op avifauna en op vleermuizen. De heel recente inventarisaties in en rond de nabije omgeving van de turbinelocaties, zoals toegevoegd in het wijzigingsverzoek, bevestigen ten overvloede dat er géén problemen te verwachten zijn op vlak van broed- en weidevogels, noch op vlak van vleermuizen. De flankerende maatregelen worden vrijwillig door de initiatiefnemers voorgesteld om eventuele effecten verder te milderen. Deze maatregelen zijn in principe niet noodzakelijk om de effecten tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen.

Het advies is dan ook behept met ernstige tekortkomingen en dient te worden vernietigd.

TWEEDE MIDDELENONDERDEEL. Overeenkomstig artikel 4.3.8, §2, 4° DABM toetst de administratie het project-MER na raadpleging van de adviesinstanties en na het afsluiten van het openbaar onderzoek inhoudelijk aan de adviezen, opmerkingen en commentaren van de instanties en het publiek over het project-MER, verstrekt naar aanleiding van het openbaar onderzoek.

Op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt van elk bestuursorgaan verwacht dat de nodige zorgvuldigheid en voorzichtigheid aan de dag wordt gelegd bij het beoordelen van een aanvraag en bij het nemen van een daaropvolgende beslissing, zij het een vergunningsbeslissing, een advies of een andere voorbereidende rechtshandeling in het kader van een vergunningsprocedure. Dit houdt onder meer in dat de toetsing uit artikel 4.3.8, §2, 4° DABM

geen pro forma toetsing mag zijn. De administratie dient de uitgebrachte adviezen en commentaren te onderzoeken en een eigen oordeel te vormen omtrent de (on)gegrondheid van de adviezen, de opmerkingen en de commentaren van de adviesinstanties en het publiek.

Dit betekent eveneens dat wanneer geen advies wordt uitgebracht binnen de daartoe voorziene termijn, het advies dient te worden geacht als stilzwijgend gunstig zodat de Dienst Mer hieraan kan voorbijgaan niettegenstaande het principiële bindend karakter van het advies. *In casu* wordt in de bestreden beslissing tot afkeuring van het project-MER met geen woord gerept over de laattijdigheid van het advies van het ANB en wordt het advies zonder meer geciteerd.

Gelet op het feit dat een beslissing tot afkeuring van een project-MER tot gevolg heeft dat de omgevingsvergunningsprocedure *van rechtswege* wordt stopgezet, heeft deze beslissing dezelfde rechtsgevolgen als een weigeringsbeslissing. Van de Dienst Mer moet dan ook in elk geval worden verwacht dat deze beslissing een deugdelijke en afdoende motivering bevat overeenkomstig het motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet.

Uit de beslissing tot afkeuring moet dan ook duidelijk blijken waarom het project-MER wordt afgekeurd, op basis waarvan deze beslissing tot afkeuring wordt genomen en hoe er met de uitgebrachte adviezen en bezwaren is omgegaan bij het beoordelen van het project-MER.

In casu houdt de toetsing aan artikel 4.3.8, §2, 4° DABM niet meer in dan een samenvattende weergave van de uitgebrachte adviezen. Er wordt op geen enkele wijze verduidelijkt welk standpunt de Dienst Mer hieromtrent inneemt, *noch* welke onderdelen van de adviezen al dan niet worden bijgetreden.

Uit de bestreden beslissing van de Dienst Mer moet worden afgeleid dat de Dienst Mer geen eigen onderzoek heeft gevoerd naar het project-MER en de uitgebrachte adviezen, en de beslissing tot afkeuring louter heeft laten afhangen van het laattijdige advies van het ANB dat inhoudelijk compleet achterhaald was.

Uit wat voorafgaat in het eerste middelenonderdeel, blijkt namelijk dat het advies van het ANB kennelijk onredelijk is, gebaseerd is op een onzorgvuldig onderzoek van het dossier, gebaseerd op achterhaalde standpunten en een achterhaald advies van het INBO en algemeen gebrekkig gemotiveerd is zodat dit advies in geen geval als basis kon dienen bij de beoordeling van het project-MER.

De bestreden beslissing van de Dienst Mer waarin het advies klakkeloos wordt gekopieerd/samengevat, houdt géén rekening met de verduidelijkende informatie die door de verzoekende partijen werd aangeleverd via het wijzigingsverzoek van 16 maart 2022 en is

bijgevolg gebaseerd op een onzorgvuldig onderzoek van het dossier en op incorrecte, minstens onvolledige feitelijke gegevens.

De bestreden beslissing getuigt **niet** van een zorgvuldige voorbereiding van de beslissing en is behept met een kennelijk motiveringsgebrek. De bestreden beslissing is gebaseerd op een manifest gebrekkig advies van het ANB en is op zijn beurt onzorgvuldig, onredelijk en gebrekkig gemotiveerd.

...

2.

De verwerende partij antwoordt:

“EERSTE MIDDELENONDERDEEL

Anders dan Verzoekende partijen stellen, diende het Team Mer wel degelijk met het advies van het ANB van 8 juni 2022 rekening te houden.

Niet alleen diende wel degelijke rekening gehouden te worden met het (laattijdig) ongunstig advies van het ANB, maar ook werd er duidelijk en op wetenschappelijke wijze gemotiveerd waarom het ANB een ongunstig advies verleende.

Eenzijds kan er, anders dan Verzoekende partijen stellen, niet zomaar voorbij gegaan worden aan een laattijdig, ongunstig advies. Zo stelde Uw Raad:

...

Uit het advies van het ANB blijkt immers dat er veel schort aan het ingediende ontwerp-project-MER. Het kan dan ook niet zomaar buiten beschouwing gelaten worden. Dat zou net getuigen van onzorgvuldigheid.

Ook de Raad van State aanvaardt dat er in bepaalde gevallen toch rekening gehouden wordt met laattijdige adviezen:

...

Anders dan Verzoekende partijen lijken te veronderstellen heeft een laattijdig verleend advies niet automatisch tot gevolg dat dit advies steeds stilzwijgend gunstig is.

Het Team Mer moest dan ook niet, dit laattijdig advies buiten beschouwing laten omwille van de laattijdigheid. Dit zou immers van onzorgvuldig handelen getuigen.

Anderzijds is het advies van het ANB van 8 juni 2022 geenszins inhoudelijk behept met gebreken. Op gedetailleerd en zorgvuldige wijze zet het ANB immers uiteen waarom zij een ongunstig advies verleent.

Zo stelt het ANB dat de ontwerptekst van het project-MER (discipline biodiversiteit) ongunstig beoordeeld dient te worden, evenals de soortentoets (p 2-7 van het ANB-advies van 8 juni 2022 (Stuk 2)):

...

Eveneens stelt het ANB dat de natuurtoets, in het kader van de vergunningsaanvraag, ongunstig dient beoordeeld te worden (p 8 van Stuk 2):

...

Vervolgens besluit het ANB om een ongunstig advies te verlenen omdat een aantal “*direct werkende normen*” alsook doelstellingen/zorgplicht geschonden is (p 8 van het ANB-advies):

...

In haar advies heeft het ANB bijgevolg op een zorgvuldige en afdoende wijze aangetoond waarom de aanvraag in strijd is met deze direct werkende normen (de natuurtoets en de soortentoets), evenals de natuurzorgplicht.

Verzoekende partijen maken daarentegen niet aannemelijk in welke mate de tweede bestreden beslissing manifest onjuist, onzorgvuldig dan wel kennelijk onredelijk zou zijn waardoor het niet als basis zou kunnen dienen voor de afkeuringsbeslissing van het Team Mer (de eerste bestreden beslissing). Verzoekende partijen maken immers niet aannemelijk dat de tweede bestreden beslissing “*verschillende ernstige tekortkomingen vertoond*”. Ze verwijzen enkel naar hun Toelichtende nota, welke net uitdrukkelijk wordt weerlegd door het ANB.

Wat de locatie- en uitvoeringsalternatieven betreft, heeft het ANB reeds in haar advies van 4 maart 2022 terecht vastgesteld dat er “*geen locatiealternatief of mogelijkheid tot herconfiguratie i.f.v. biodiversiteit [werd] onderzocht*” (p 2 van het ANB-advies van 4 maart 2022 (Stuk 3)). Nochtans acht het ANB dit noodzakelijk omdat de wieken van de windturbines WT02 en WT06 reiken “*over of tot aan meerdere natuurelementen zoals bomenrijen en waterlopen*” (p 2 van Stuk 3). Men kan immers bezwaarlijk stellen dat een wijziging van de locatie geen gunstige effecten zou kunnen hebben op de biodiversiteit. In het project-MER wordt daarentegen enkel op basis van onderzoek naar de locatiealternatieven het volgende besloten (p 54 van het project-MER):

...

De aanvragers komen in hun Toelichtende nota i.k.v. vragen van instanties (Stuk 5) echter niet verder dan het louter tegenspreken van de motivering uit het ANB-advies. Zo stelt de Toelichtende nota het volgende (p 8 van de Toelichtende nota i.k.v. vragen van instanties):

...

In haar advies van 8 juni 2022 stelt het ANB (de tweede bestreden beslissing) dan ook correct vast dat dit onderzoek naar een alternatieve locatie i.k.v. biodiversiteit desalniettemin noodzakelijk blijft (p 2 van het ANB-advies van juni 2022):

...

Anders dan Verzoekende partijen stellen is er dan ook geen onderzoek gevoerd naar de impact op de biodiversiteit ten gevolge van de wiekoverdraai op de natuur. Verzoekende partijen verwijzen in hun Verzoekschrift enkel naar een specifieke passage uit het project-MER waaruit blijkt dat de kans dat vogels geraakt worden door de wieken werd onderzocht. Dit betekent echter nog niet dat de impact van de wiekoverdraai op de natuur (en de biodiversiteit) werd onderzocht.

Louter stellen dat er geen onderzoek naar de locatiealternatieven o.b.v. de biodiversiteit noodzakelijk was omdat uit de discipline biodiversiteit niet blijkt dat er een alternatieve locatie nodig was, is onvoldoende. In de discipline biodiversiteit wordt er immers al van uit gegaan dat de huidige locatie omwille van de biodiversiteit te verkiezen is, terwijl dit niet aangetoond werd.

In haar advies van 4 maart 2022 verduidelijkt het ANB reeds op zorgvuldige en gedetailleerde wijze dat *“de effecten of impact van deze (potentiële) wiekoverdraai op de natuur en leefgebieden”* niet afdoende werden onderzocht in de studie.

In haar advies van 8 juni 2022 verwijst het ANB terug naar dit advies van 4 maart 2022. Bovendien merkt het ANB op dat het onderzoek van de effecten van deze wiekoverdraai op de natuur nog steeds niet onderzocht is, terwijl dit wel noodzakelijk is. Het ANB verduidelijkt in haar advies van 8 juni 2022 waarom de motivering uit het ontwerp-project-MER, alsook uit de Toelichtende nota niet volstaat.

Anders dan Verzoekende partijen stellen is het dan ook duidelijk welk bijkomend onderzoek het ANB verwacht in het project-MER. Het ANB verduidelijkt in haar adviezen van maart en juni 2022 immers dat eventuele locatiealternatieven ten gunste van de biodiversiteit worden onderzocht.

Het ANB handelt hierbij als zorgvuldige adviesverlenende overheid en maakt dan ook geen verkeerde toepassing van artikel 16 van het Natuurdecreet, minstens wordt dit niet aangetoond door Verzoekende partijen.

Eveneens is de zorgplicht overeenkomstig artikel 14, §1 van het Natuurdecreet wel degelijk een beoordelingsgrond voor het al dan niet verlenen van een vergunning. Uw Raad aanvaardt immers dat artikel 14, §1 van het Natuurdecreet immers een zorgplicht is in de zin van artikel 4.3.4 van de VCRO:

...

Overeenkomstig artikel 4.3.4 van de VCRO kan een vergunning geweigerd worden indien uit een verplicht in te winnen advies blijkt dat het *“aangevraagde onwenselijk is in het licht van doelstellingen of zorgplichten [...] binnen andere beleidsvelden dan de ruimtelijke ordening”*.

Uit het voorgaande blijkt dan ook dat het ANB correct heeft vastgesteld dat het ontwerp-project-MER onzorgvuldig is aangezien het geen onderzoek heeft gevoerd om na te gaan of er locatiealternatieven waren die de biodiversiteit ten goede kwamen. Geenszins is dergelijke conclusie onzorgvuldig, kennelijk onredelijk en niet-afdoende gemotiveerd.

Wat de methodiek van de effecten op vogelsoorten betreft, kunnen Verzoekende partijen evenmin gevolgd worden. Het ANB zet, anders dan Verzoekende partijen beweren, wel degelijk zeer duidelijk uiteen waarom de toelichtende nota van Verzoekende partijen niet gevolgd kan worden.

Omtrent de *methodiek*, oordeelde het ANB het volgende (p 3 van Stuk 2):

...

Deze redenering klopt ook. In het scopingsadvies wordt immers het volgende gesteld omtrent de te gebruiken methode (p 5 van het scopingsadvies (Stuk 4)):

...

Verzoekende partijen maken daarentegen niet aannemelijk in hoeverre de conclusie uit het ANB-advies onjuist, dan wel kennelijk onredelijk zou zijn.

Ook wat de correctie van de effectbeoordeling betreft, kunnen Verzoekende partijen niet gevolgd worden.

Het ANB heeft in haar advies immers op afdoende en zorgvuldige wijze gemotiveerd waarom de conclusie omtrent de correctie van de effectbeoordeling onvoldoende onderbouwd is en niet gebaseerd is op uitgebreid wetenschappelijk onderzoek (p 3-4 van Stuk 2):

...

Zo verwijst het ANB naar het INBO-advies van 2019, alsook naar de studie van Hötter (2017) en naar het INBO-rapport van 2015 betreffende de effecten van windturbines op vogels en vleermuizen in Vlaanderen. Een dergelijk uitgebreide motivering weerlegt dan ook uitdrukkelijk de argumentatie van Verzoekende partijen in hun Tussenkomenende nota.

Verzoekende partijen maken verder niet concreet waarom het advies van het ANB op dit vlak kennelijk onredelijk zou zijn. Het ANB maakt immers duidelijk dat een uitgebreide wetenschappelijke studie (BACI studie) vereist is om de correctiefactor van 50% wetenschappelijk te onderbouwen. Een dergelijk uitgebreide wetenschappelijke studie werd echter niet uitgevoerd. Het is niet kennelijk onredelijk dat het ANB dit nochtans vereist. Het zou daarentegen onzorgvuldig zijn in hoofde van het ANB om dergelijk studie niet te vereisen.

Wat de effectengroep – mortaliteit vogelsoorten betreft, kan de argumentatie van Verzoekende partijen evenmin gevolgd worden.

Het ANB stelt in haar advies van 8 juni 2022 hieromtrent het volgende (p 4-5 van Stuk 2):

...

Het ANB heeft in haar advies van 8 juni 2022 dus op zeer zorgvuldige wijze rekening gehouden met de Toelichtende nota van Verzoekende partijen na het (eerste) ANB-advies van 4 maart 2022. Desalniettemin is het ANB tot het oordeel gekomen dat de uitgevoerde mortaliteitsberekening nog steeds meerdere onregelmatigheden en onvolledigheden vertoont.. Met haar advies maakt het ANB immers zeer duidelijk welke verwachtingen zij heeft.

Bovendien handelt het ANB net zorgvuldig door bepaalde eisen op te leggen om wetenschappelijke onzekerheid uit te sluiten, dit kan niet als onredelijk beschouwd worden.

Wat het besluit impact op avifauna betreft, kunnen Verzoekende partijen evenmin gevolgd worden.

Het ANB stelt in haar advies van 8 juni 2022 hieromtrent het volgende (p 5 van Stuk 2):

...

Het ANB herhaalt in zijn advies van 8 juni 2022 dus nogmaals dat een uitgebreide wetenschappelijke studie (BACI studie) vereist is om de methodologie wetenschappelijk te kunnen onderbouwen. Anders dan Verzoekende partijen stellen, handelt het ANB net zorgvuldig door vast te stellen dat een betekenisvolle verstoring niet uitgesloten kan worden. Het is niet kennelijk onredelijk om vast te stellen dat een uitgebreidere wetenschappelijke studie (BACI studie) noodzakelijk is om enige betekenisvolle verstoring wetenschappelijk uit te kunnen sluiten.

Evenmin kan men dan ook stellen dat de doelstellingen uit artikel 16 van het Natuurdecreet en van de artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit worden geschonden. Het ANB dient net in functie van deze bepalingen zeer zorgvuldig te handelen dat er geen vermijdbare schade kan ontstaan. Het ANB heeft dan ook correct geoordeeld door vast te stellen dat een uitgebreidere wetenschappelijke studie noodzakelijk is om op zorgvuldige wijze zeker te zijn dat er geen vermijdbare schade zal ontstaan.

Wat de impact op vleermuizen betreft, kunnen Verzoekende partij evenmin gevolgd worden.

Het ANB-advies van 8 juni 2022 stelt immers het volgende omtrent de impact op vleermuizen (p 6 van Stuk 2):

...

Zoals het ANB correct vaststelt, geeft de inventarisatie van de vleermuispopulatie uit 2020 (onderzoek Bova Enviro+) geen concreet onderzoek weer van windturbines WT02 en WT06. In de Toelichtende nota wordt hier geen voldoende antwoord op geboden. Het ANB verduidelijkt

zeer zorgvuldig waarom geen rekening kan worden gehouden met deze argumentatie uit de Toelichtende nota van Verzoekende partijen.

Het ANB kon als zorgvuldig handelend adviesorgaan dan ook niet anders dan vaststellen dat de aanvraag een groot risico inhoudt voor de vleermuispopulatie. De *stilleg-module* is als milderende maatregel, volgens het INBO-rapport, bovendien onvoldoende om een betekenisvolle verstoring van de vleermuispopulatie volledig te vermijden.

Het advies van het ANB van 8 juni 2022 is dan ook niet kennelijk onredelijk, noch onzorgvuldig. Evenmin worden de doelstellingen uit artikel 16 van het Natuurdecreet en uit de artikelen 10 en 14 van het Soortenbesluit geschonden. Integendeel zelfs... Als het ANB toch van oordeel zou zijn dat het gevoerde onderzoek en de genomen maatregelen voldoende zouden zijn, zou het ANB oordelen in strijd met voormelde bepalingen.

Er kan immers, op basis van het gevoerde onderzoek en de genomen milderende maatregel, niet geoordeeld worden dat er “*geen vermijdbare schade aan de natuur*” zou ontstaan. Zo verduidelijkt het ANB in haar advies van 8 juni 2022 uitdrukkelijk en nauwkeurig waarom de natuurtoets (artikel 16 van het Natuurdecreet) geschonden is (p 8 van de tweede bestreden beslissing):

...

Eveneens omtrent de soortentoets (artikel 10 en 14 van het Soortenbesluit) verduidelijkt het ANB zeer nauwkeurig en zorgvuldig waarom de beschermingsbepalingen van het soortenbesluit geschonden zijn (p 6-7 van de tweede bestreden beslissing):

...

Verzoekende partijen kunnen daarentegen met hun vage en onjuiste kritiek niet aannemelijk maken waarom de natuurtoets en de soortentoets niet geschonden zouden zijn.

...

TWEEDE MIDDELENONDERDEEL

In het tweede middelenonderdeel stellen Verzoekende partijen dat de Team Mer de toetsing overeenkomstig artikel 4.3.8, §2, 4° van het DABM niet correct zou hebben uitgevoerd. Zo zou deze beoordeling geen *pro forma* toetsing mogen zijn en zou de administratie de uitgebrachte adviezen en commentaren dienen te onderzoeken en een eigen oordeel te vormen. Aangezien de afkeuringsbeslissing van het project-MER de omgevingsvergunningsprocedure *van rechtswege* stopzet, zou deze beslissing dezelfde rechtsgevolgen hebben als een weigeringsbeslissingen.

Verzoekende partijen stellen dat de Team Mer haar afkeuringsbeslissing niet zorgvuldig genomen zou hebben en deze beslissing in strijd zou zijn met de formele motiveringsplicht.

Verzoekende partijen kunnen echter geenszins gevolgd worden.

Vooreerst hebben Verzoekende partijen niet kunnen aantonen dat het advies van het ANB van 8 juni 2022 kennelijk onredelijk, dan wel onzorgvuldig zou zijn. Zoals reeds onder het eerste middelenonderdeel werd aangetoond, getuigt dit advies net van de nodige zorgvuldigheid, nauwkeurigheid en redelijkheid.

Overeenkomstig artikel 4.3.8, §2, 4° van het DABM dient de administratie het project-MER inhoudelijk te toetsen aan (o.m.) adviezen. Zoals reeds werd uiteengezet hebben laattijdig uitgebrachte adviezen geenszins automatisch tot gevolg dat deze niet meer in beschouwing kunnen worden genomen.

Aangezien het advies van het ANB ongunstig is op verschillende punten, gold er dan ook geen strenge motiveringsvereiste in hoofde van het Team Mer om dit advies van het ANB te volgen. Het Team Mer concludeerde op basis van alle elementen (waaronder het advies van het ANB) het volgende in haar afkeuringsbeslissing (p 5 van de afkeuringsbeslissing):

Op basis van bovenstaande analyse van de ontvangen informatie, concludeert Team Mer dat het project-MER onvoldoende informatie bevat om tot een onderbouwde effectinschatting te komen voornamelijk mbt de discipline biodiversiteit.

Anders dan Verzoekende partijen stellen, is er voldaan aan de verplichtingen uit het DABM als het Team Mer het project-MER aan de volgende vijf punten inhoudelijk heeft getoetst (artikel 4.3.8, §2, eerste lid van het DABM):

...

Uit de afkeuringsbeslissing van het Team Mer (eerste bestreden beslissing) blijkt dat aan al deze elementen voldaan is. Het Team Mer stelt omtrent de inhoudelijke toetsing het volgende in haar afkeuringsbeslissing (p 2, 3, 5 van de eerste bestreden beslissing):

...

Op basis van deze elementen heeft het Team Mer geoordeeld dat het project-MER onvoldoende informatie bevat.

Bovendien heeft het Team Mer heeft, anders dan Verzoekende partijen stellen, wel degelijk een eigen afweging gemaakt.

Daarbij heeft het Team Mer zich ook, als zorgvuldig handelende administratie, gebaseerd op het (weliswaar laattijdig) advies van het ANB. Aangezien het Team Mer het ongunstig advies van het ANB volgde, voldeed het Team Mer met een huidige motivering dan ook aan haar motiveringsplicht.

...”

3.

De verzoekende partijen dupliceren:

“ ...

1. EERSTE MIDDELENONDERDEEL. De verwerende partij lijkt het eerste middelenonderdeel (minstens deels) verkeerd te hebben begrepen. Verzoekende partijen herhalen daarom dat de **mogelijkheid** om voorbij te gaan aan het laattijdig ongunstig advies van het ANB volgt uit artikel 26, lid 2 OVD. De **reden waarom** er in voorliggend dossier effectief diende te worden voorbijgegaan aan dit advies, is omdat het advies inhoudelijk niet correct is, zoals uiteengezet in het inleidend verzoekschrift. Het arrest van Uw Raad van 2 februari 2023 waarnaar de verwerende partij verwijst, is dan ook niet relevant in deze zaak.

Het arrest van de Raad van State van 26 juni 2003 waarnaar de verwerende partij verwijst, is evenmin relevant in deze zaak. Vooreerst heeft dat (twintig jaar oude) arrest betrekking op de oude milieuvergunningsprocedure en kan er op basis hiervan niet worden afgeweken van de duidelijke tekst van artikel 26, lid 2 OVD, waarin letterlijk het volgende staat: *“Als geen advies wordt uitgebracht binnen de vastgestelde termijn, wordt het advies geacht gunstig te zijn.”* Verder heeft het loutere feit dat er met een laattijdig advies rekening *kan* worden gehouden, niet tot gevolg dat er met de inhoud van het advies *moet* rekening worden gehouden.

2. Wat de ernstige tekortkomingen in het bestreden advies betreft, citeert de verwerende partij (verschillende onderdelen uit) het advies in een poging om aan te tonen dat het advies niet gebrekkig is. Het citeren van het bestreden advies biedt evenwel geen antwoord op de kritieken die verzoekende partijen hierop hebben geuit.

Hieronder worden de verschillende kritieken van verzoekende partijen besproken in de volgorde waarin de verwerende partij hierop heeft gerepliceerd.

3. Locatie- en uitvoeringsalternatieven. Verzoekende partijen wijzen in het inleidend verzoekschrift op het feit dat er in het bestreden advies wordt beweerd dat *“enig onderzoek tot de effecten van de wiekoverdraai en de mogelijke maatregelen om de effecten te voorkomen ontbreekt”*, terwijl dit manifest onjuist is. Dit onderzoek is namelijk wél gebeurd zoals ook aangegeven in het inleidend verzoekschrift met verwijzing naar het project-MER. In het bestreden advies wordt hier ten onrechte geen rekening mee gehouden.

De verwerende partij antwoordt hierop door enerzijds te verwijzen naar het advies van het ANB van 4 maart 2022 en te stellen dat *“men immers bezwaarlijk kan stellen dat een wijziging van de locatie geen gunstige effecten zou kunnen hebben op de biodiversiteit.”* De verwerende partij antwoordt hiermee evenwel **niet** op de geuite kritiek, met name dat de stelling omtrent het alternatievenonderzoek niet correct is en getuigt van een onzorgvuldig onderzoek van het

dossier. De verwerende partij erkent overigens dat het ANB in het bestreden advies eenvoudigweg haar eerdere standpunt uit het advies van 4 maart 2022 – *i.e.* vóór het wijzigingsverzoek van verzoekende partijen werd ingediend – herneemt. Het bestreden advies is dan ook achterhaald, minstens blijkt hieruit **niet** dat er effectief met het wijzigingsverzoek en met het integrale vergunningsdossier rekening werd gehouden.

4. Wat artikel 14 van het Natuurdecreet betreft, moet het volgende worden benadrukt. Artikel 8 Decreet Natuurbehoud betreft een algemene doelstelling van het natuurbeleid en houdt in dat minimaal de bestaande natuurkwaliteit en kwantiteit moeten behouden blijven, *i.e.* het *standstill*-beginsel. Een van de instrumenten voor het behoud van deze algemene natuurkwaliteit is opgenomen in artikel 14 Decreet Natuurbehoud.

Artikel 14 Decreet Natuurbehoud voert een algemene zorgplicht in en luidt als volgt:

...

Dit artikel omvat een zorgplicht die wordt opgelegd aan degenen die bepaalde handelingen verrichten of daartoe opdracht geven. Deze zorgplicht richt zich dus in de eerste plaats tot de initiatiefnemer van het project en **niet** tot de vergunningverlenende overheid. De vergunningverlenende overheid dient daarentegen overeenkomstig artikel 16 Decreet Natuurbehoud een natuurtoets uit te voeren bij haar besluitvorming. De natuurtoets is een afgeleide van de natuurzorgplicht. De natuurtoets houdt in dat elke vergunningverlenende overheid erop moet toezien dat door het toelaten van een activiteit geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan.

In principe kan schade steeds worden vermeden door de vergunning of de toelating te weigeren, maar dat is geenszins de bedoeling van de natuurtoets zoals ook door de rechtspraak van de Raad van State wordt bevestigd (RvS 7 december 2006, nr. 165.664, bvba BELGICAPLANT, p.21) (eigen markering):

...

Artikel 14 Natuurdecreet vormt dan ook geen beoordelingsgrond op basis waarvan een omgevingsvergunning kan of moet worden geweigerd.

Bovendien, zoals ook uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt, gaat het niet op om op basis van de natuurzorgplicht te eisen dat de exploitatie op een andere locatie wordt ingericht teneinde schade aan de natuur te vermijden, te meer nu er voldoende maatregelen kunnen worden genomen om het eventuele ontstaan van schade uit te sluiten. Het ANB heeft dan ook ten onrechte een ongunstig advies verleend.

5. Methodiek. Omtrent de gehanteerde methodiek en het achterhaald karakter van het bestreden advies van het ANB laat de verwerende partij opnieuw na om te antwoorden op de

concrete kritiek van verzoekende partijen en beperkt de verwerende partij zich tot het louter citeren van het bestreden advies.

Zoals reeds aangetoond in het inleidend verzoekschrift bevat het bestreden advies een letterlijke kopie van de tekst uit het advies van INBO van 31 oktober 2019. In de toelichtende nota van verzoekende partijen wordt er evenwel op gewezen dat het betrokken **advies van INBO achterhaald is doordat het advies nog betrekking had op een eerdere versie van het project-MER waarin nog een andere methodiek werd gehanteerd** (stuk 9, p.8).

...

Het is overigens opvallend dat de verwerende partij niet ingaat op het feit dat het advies van het INBO uit 2019 – dat de basis vormt van het bestreden advies – niet gebaseerd is op de meest actuele inhoud van het project-MER en geen rekening houdt met de afspraken die nà het uitbrengen van dit advies zijn gemaakt tijdens het **scopingsoverleg dat plaatsvond in aanwezigheid van de auteur van het INBO-advies**.

6. Correctie effectenbeoordeling. Volgens de verwerende partij zouden verzoekende partijen niet concreet maken waarom het bestreden advies op vlak van de correctiefactor kennelijk onredelijk zou zijn. Zij citeert het bestreden advies en leidt hieruit af dat de toelichtende nota van verzoekende partijen zou zijn weerlegd.

In het inleidend verzoekschrift werd evenwel gewezen op het feit dat uit het project-MER en de toelichtende nota blijkt dat er met voldoende wetenschappelijke zekerheid kan worden besloten dat het voorgenomen project geen blijvend habitatverlies zal veroorzaken in de zone die potentieel verstoord wordt. Deze conclusie is onder meer gebaseerd op wetenschappelijke literatuur, eigen waarnemingen en inventarisaties van BOVA ENVIRO+ in 2020 en M-IMPACT in 2021.

Uit het advies van het ANB kan niet worden afgeleid waarom deze wetenschappelijke gegevens geen afdoende wetenschappelijke basis vormen voor de toepassing van een correctiefactor van 50%, noch waarom een BACI-studie hiervoor vereist zou zijn. Er is geen reden om aan te nemen dat de wetenschappelijke gegevens uit het project-MER niet of onvoldoende representatief zouden zijn. Deze bijkomende eis van het ANB vloeit niet voort uit enige regelgeving en moet dan ook als willekeurig worden beschouwd.

Een kennelijk onredelijk besluit is een besluit dat dermate afwijkt van het normaal te verwachten beslissingspatroon, dat het ondenkbaar is dat een ander zorgvuldig handelend bestuur, in dezelfde omstandigheden, tot dezelfde besluitvorming zou komen. Gelet op het feit dat de eisen van het ANB met betrekking tot de wetenschappelijke basis van het vergunningsdossier afwijken van de normaal te verwachten vereisten inzake onderzoeksgegevens en de vereiste wetenschappelijke zekerheid, is hier duidelijk sprake van een onredelijk besluit van het ANB.

7. Effectgroep - mortaliteit vogelsoorten. Hieromtrent is het antwoord van de verwerende partij opnieuw beperkt tot het citeren van het bestreden advies. Zij verschuilt zich achter het zorgvuldigheidsbeginsel.

In het bestreden advies wordt voorgehouden dat de uitgevoerde mortaliteitsberekening *“meerdere onregelmatigheden en onvolledigheden vertoont”*.

Uit Bijlage 11a van het vergunningsdossier (*‘Onderzoeksmethode voor het bepalen van de aanvaringskans van weidevogels (Wulp en Kievit) met geplande windturbines te Brecht’*) blijkt echter dat het bijkomend onderzoek dat in 2021 werd uitgevoerd door BOVA ENVIRO+ wel degelijk volgens de correcte methodiek werd uitgevoerd:

...

Ook inzake mortaliteit bestaat er dan ook geen reden om aan te nemen dat de onderzoeksgegevens uit het project-MER niet representatief zouden zijn. Uit het bestreden advies kan met andere woorden niet worden afgeleid dat het toepassen van de opmerkingen van het ANB op de onderzoeksmethode tot andere, preciezere resultaten zouden hebben geleid.

Hoewel het voorzorgsbeginsel voldoende wetenschappelijke zekerheid vereist omtrent de effecten van een bepaald project, houdt dit geen vrijgeleide in voor de adviesinstanties en/of de vergunningverlener om wetenschappelijk onderbouwde onderzoeksgegevens, die door erkende MER-deskundigen werden geverifieerd en het resultaat zijn van standaard onderzoeksmethodiek, zonder gegronde reden te verwerpen. Het voorzorgsbeginsel wordt in die zin begrensd door het redelijkheidsbeginsel.

Het advies van het ANB is ook op dit punt kennelijk onredelijk en in strijd met de doelstelling van artikel 16 Natuurdecreet.

8. Besluit impact op avifauna. De verwerende partij beperkt zich in haar antwoord opnieuw tot het citeren van het bestreden advies, zonder in te gaan op de kritiek van verzoekende partijen, met name dat het bestreden advies een loutere herneming is van het advies van 4 maart 2022 en dat er geen rekening wordt gehouden met de toelichtende nota van verzoekende partijen. In de toelichtende nota wijzen verzoekende partijen er namelijk op dat de methodiek die gehanteerd werd niet gebaseerd is op de veldwaarnemingen maar op de analyse van het potentieel leefgebied zoals dit werd afgesproken op het scopingoverleg en vroeger ook zelf werd voorgesteld door ANB.

Er kan niet ernstig worden voorgehouden dat het bestreden advies zorgvuldig werd opgesteld en dat hierin rekening werd gehouden met het gehele vergunningsdossier, wanneer blijkt dat eenzelfde kritiek klakkeloos werd gekopieerd uit het advies van 4 maart 2022, terwijl

verzoekende partijen deze kritiek reeds hebben weerlegd via wijzigingsverzoek van 16 maart 2022. Minstens blijkt uit het bestreden advies niet waarom de toelichting van verzoekende partijen hieromtrent niet kon worden bijgetreden.

9. Impact op vleermuizen. Volgens de verwerende partij zou het ANB in het bestreden advies “zeer zorgvuldig” verduidelijkt hebben waarom geen rekening kan worden gehouden met de informatie uit de toelichtende nota van verzoekende partijen. Verzoekende partijen wijzen er andermaal op dat gelet op het feit dat het bestreden advies op dit punt inhoudelijk nagenoeg identiek is aan het advies van 4 maart 2022 hieruit niet kan worden afgeleid waarom de toelichting van verzoekende partijen die bij wijzigingsverzoek van 16 maart 2022 werd aangebracht niet kon worden bijgetreden.

In het bestreden advies wordt weliswaar aangegeven dat de inventarisaties geen concreet onderzoek weergeven van windturbines WT2 en WT6, maar hieromtrent wordt in de toelichtende nota verduidelijkt dat de batdetector die in de omgeving van WT2 werd geplaatst dezelfde resultaten weergeeft als in 2015 en dat er voor WT6 nieuwe gegevens beschikbaar zijn uit het MER van ASPIRAVI die eveneens dezelfde resultaten weergeven als in 2015. Bijkomende inventarisaties zijn dan ook niet nodig teneinde met voldoende zekerheid te kunnen besluiten dat de stilstandmaatregelen voldoende zekerheid bieden dat schade wordt vermeden. Bijkomende inventarisaties voor WT2 en WT6 zouden met andere woorden niet tot een ander besluit hebben geleid. Het advies is op dit punt dan ook gebrekkig gemotiveerd, niet gebaseerd op het actuele vergunningsdossier en kennelijk onredelijk.

10. De verwerende partij stelt verder dat verzoekende partijen niet zouden aangeven in welke mate de soortentoets zou zijn geschonden.

Vooreerst moet worden benadrukt dat het opzet van artikel 10 erin bestaat om specimens van de beschermde soorten door verbodsbepalingen te vrijwaren van vernietigende of verstorende handelingen. Daartoe wordt er, in verband met de specimens van beschermde diersoorten, een verbod ingesteld op het opzettelijk doden, het opzettelijk vangen, of het opzettelijk en **betekenisvol** verstoren, in het bijzonder tijdens de perioden van de voortplanting, de afhankelijkheid van de jongen, de overwintering en tijdens de trek.

Met betrekking tot het begrip betekenisvol wordt in de artikelsgewijze toelichting in het Verslag aan de Vlaamse regering bij het Soortenbesluit het volgende verduidelijkt (eigen markering):

...

Uit wat reeds in het inleidend voorschrift door verzoekende partijen werd opgeworpen en uit wat hierboven verder werd toegelicht, is afdoende gebleken dat het project-MER, samen gelezen met het wijzigingsverzoek van 16 maart 2022, voldoende wetenschappelijk onderbouwde onderzoeksgegevens bevat om te kunnen besluiten dat het project geen betekenisvolle

verstoring zal veroorzaken die een impact kan hebben op de staat van instandhouding van een soort.

De vermeende schending van artikel 10 Soortenbesluit die in het bestreden advies wordt vastgesteld, is gebaseerd op een onvolledige en verkeerde lezing van het dossier en geeft bijgevolg een incorrecte invulling aan het begrip 'betekenisvol' zoals bedoeld in deze bepaling. Bovendien wordt geen rekening gehouden met de voorziene milderende maatregelen zodat dit eveneens een verkeerde toepassing en een schending vormt van artikel 10 Soortenbesluit.

Artikel 14 Soortenbesluit verbiedt de vernietiging van de nesten, voortplantingsplaatsen en rustplaatsen van beschermde soorten. Hoewel er in het bestreden advies een schending van artikel 14 wordt vastgesteld, blijkt uit de inhoud van het advies niet waaruit de schending zou bestaan. Artikel 10 en artikel 14 Soortenbesluit worden in het bestreden advies dus ten onrechte vereenzelvigd, wat een schending van de doelstelling van artikel 14 Soortenbesluit inhoudt.

11. TWEEDE MIDDELENONDERDEEL. Anders dan wat de verwerende partij meent te kunnen afleiden uit het inleidend verzoekschrift, stellen verzoekende partijen **niet** dat het laattijdig karakter van het bestreden advies ertoe leidt dat het bestreden advies *automatisch* buiten beschouwing zou moeten worden gelaten, maar wél dat het advies buiten beschouwing *kan* worden gelaten omwille van laattijdigheid en *moet* buiten beschouwing worden gelaten omwille van het gebrekkig inhoudelijk karakter hiervan.

Gelet op het feit dat de bestreden beslissing van Team Mer gebaseerd is op een gebrekkig advies en dat – ondanks de bijkomende toelichting van verzoekende partijen – werd vastgehouden aan de inhoudelijke foutieve vaststellingen van dit gebrekkig advies, kan niet ernstig worden voorgehouden dat Team Mer een eigen, zorgvuldig onderzoek heeft gevoerd.

In haar antwoordnota citeert de verwerende partij de zeer summiere 'toetsing' aan de verschillende bepalingen uit artikel 4.3.8 DABM. De geciteerde passage getuigt evenwel zonder enige twijfel van een *pro forma*-motivering waarbij de verschillende bepalingen worden opgesomd zonder verdere concretisering hiervan.

Verzoekende partijen herhalen dat de bestreden beslissing tot afkeuring louter een opsomming van de verschillende adviezen bevat, zonder de weerlegging van verzoekende partijen te bespreken. Een dergelijke '*copy/paste*' van de adviezen kan geenszins worden beschouwd als een eigen beoordeling, noch van een deugdelijke motivering van de beslissing. Artikel 4.3.8, §2, 4° DABM werd dan ook geschonden.

De bestreden beslissing tot afkeuring is behept met dezelfde gebreken als het bestreden advies van het ANB waarop het is gebaseerd en is dan ook inhoudelijk incorrect, onzorgvuldig en kennelijk onredelijk.
...”

Beoordeling door de Raad

1.

De verzoekende partijen voeren in het eerste middelonderdeel in essentie aan dat het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022 behept is met ernstige inhoudelijke tekortkomingen, die eveneens hun weerslag hebben op de wettigheid van de eerste bestreden beslissing. In het tweede middelonderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat er in de eerste bestreden beslissing geen zelfstandige beoordeling en zorgvuldig onderzoek is gewijd aan het project-MER en het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022.

2.

Uit de bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep aangehaalde bepalingen (onderdeel IV) blijkt dat een initiatiefnemer van een project krachtens artikel 4.3.4, §1, eerste lid DABM een aanmelding moet doen van het voornemen om een project-MER op te stellen. Daarbij kan de initiatiefnemer op basis van artikel 4.3.4, §1, tweede lid, 7° DABM het team Mer om een advies verzoeken. Het team Mer verleent op basis van artikel 4.3.4, §4, tweede lid DABM een advies over de reikwijdte en het detailleringsniveau van de informatie die de initiatiefnemer moet verstrekken. Daarbij houdt het team Mer tevens rekening met eventuele opmerkingen van de adviesinstanties.

Artikel 4.3.7, §1, tweede lid DABM verplicht de initiatiefnemer om het project-MER te baseren op onder meer het advies van het team Mer. Vervolgens is het team Mer krachtens artikel 4.3.8, §2, eerste lid DABM ertoe gehouden om, na het raadplegen van de adviesinstanties en het afsluiten van het openbaar onderzoek in de omgevingsvergunningsprocedure, het project-MER inhoudelijk te toetsen aan onder meer haar eerder verstrekte advies (artikel 4.3.8, §2, eerste lid, 2° DABM) en aan de adviezen, opmerkingen en commentaren van de instanties en het betrokken publiek over het project-MER, verstrekt naar aanleiding van het openbaar onderzoek (artikel 4.3.8, §2, eerste lid, 4° DABM). Het resultaat van die beoordeling moet luidens artikel 4.3.8, §2, tweede lid DABM leiden tot de goed- of afkeuring van het project-MER.

Uit artikel 4.3.8, §2 DABM vloeit dan ook voort dat het team Mer ertoe gehouden is om te onderzoeken of het project-MER beantwoordt aan de inhoudelijke kwaliteitsvereisten, en ervoor moet zorgen dat de informatie in het project-MER volledig, wetenschappelijk onderbouwd, technisch juist, helder en bruikbaar is. Het resultaat van de kwaliteitsbeoordeling die toekomt aan het team Mer moet ook haar weerslag kennen in de beslissing tot goed- of afkeuring van het project-MER (*Parl.St.* VI.Parl. 2013-2014, nr. 2334/1, 91).

3.

Uit het administratief dossier blijkt dat het team Mer een aanmelding met vraag om advies voor het aangevraagde project heeft ontvangen op 10 december 2019. Daarop heeft het team Mer verschillende adviesinstanties bevroegd, waaronder het Agentschap voor Natuur en Bos.

Het scopingsadvies van het team Mer van 4 juni 2020 in de zin van artikel 4.3.4, §4, tweede lid DABM luidt onder meer als volgt:

“ ...

2. Verantwoording, beschrijving project en alternatieven

Aanvullend op de aanmelding moeten de volgende punten ook beschreven worden:

- Er zal in het MER een korte reflectie over de draagkracht van de omgeving worden opgenomen op basis van de effectbespreking.
- De gemeenten vragen om op Vlaams of Provinciaal niveau een windturbinevisie uit te werken. Dit kan echter niet aangepakt worden op projectniveau. Hierin moet in het MER daarom niet op ingegaan worden.
- Gemeente Wuustwezel vraagt om bijkomende visualisaties vanuit hun gemeente. Ze zullen doorgeven om welke locaties het gaat zodat deze bijkomende visualisaties in het MER opgenomen kunnen worden.
- In het MER zullen de exacte locaties van de windturbines en de afstand tot de dichtstbijzijnde woningen worden weergegeven.
- Ook de effecten van de afbraak van de windturbines moet besproken worden in het MER.
- Zoals gevraagd door de gemeenten zullen de nodige monitorings- en veiligheidsmechanismen voorzien worden.
- Er moet rekening gehouden worden met de aandachtspunten opgelijst in het advies van Fluxys.
- Indien de definitieve dimensies van de windturbines nog niet gekend zijn, kunnen best worst-case dimensies bestudeerd worden. Dit kan kort gemotiveerd worden in het MER.

3. Algemene en methodologische aspecten

De afbakening van het studiegebied moet voldoende gemotiveerd worden per discipline, rekening houdend met het feit dat het studiegebied zowel het projectgebied als het gebied waar effecten zich kunnen voordoen moet omvatten. De ruimtelijke afbakening moet voor elke discipline duidelijk tekstueel omschreven worden en indien mogelijk, voorgesteld worden op kaart.

De referentiesituatie is de huidige situatie met de gerealiseerde en de reeds vergunde windturbines in het studiegebied.

In het MER moet duidelijk aangegeven worden met welke ontwikkelingsscenario's rekening gehouden wordt of juist niet bij de beschrijving van een referentiesituatie, en moet voor elk ontwikkelingsscenario duidelijk gemotiveerd worden waarom. Er moet ook aangegeven worden voor welke disciplines de ontwikkelingsscenario's al dan niet relevant zijn. Dit moet beschreven worden in een algemeen hoofdstuk voorafgaand aan de effectbespreking per discipline.

Volgend ontwikkelingsscenario moet bijkomend opgenomen worden:

- De realisatie van 3 windturbines door Elicio.

Indien beide projecten niet compatibel zijn, moet dit vermeld worden in het MER.

Wanneer er tijdens het opstellen van het project-MER nieuwe ontwikkelingsscenario's naar boven komen, moeten deze toegevoegd worden.

Cumulatieve effecten moeten onderzocht worden voor elke discipline met zowel de bestaande als vergunde maar nog niet gerealiseerde windturbines. De provincie geeft aan in haar advies dat er een vergunningsprocedure loopt voor twee windturbines in de regio. Er kan dus best ook al met deze windturbines rekening worden gehouden.

De methodologie voor de effectbeschrijving en -beoordeling moet voor elke discipline in het project-MER duidelijk en transparant omschreven worden. Tevens moet per discipline aangegeven worden op basis van welke criteria een effect beoordeeld wordt. Het resterend effect na de milderende maatregelen moet aangegeven en gekoppeld worden aan het gehanteerde beoordelingskader. De effectenbespreking en -beoordeling moet transparant gebeuren en aan de hand van volgende terminologie: aanzienlijk negatief (-3), negatief (-2), beperkt negatief (-1) en verwaarloosbaar of geen effect (0) .

Bij de beschrijving van de bestaande toestand en van de milieueffecten moet, als aanvulling op de aanmelding, voldoende aandacht besteed worden aan het volgende:

(...)

Discipline biodiversiteit:

- In het MER wordt een methodiek (methodiek 1) voorgesteld om bij de effectinschatting op het leefgebied van weidevogels rekening te houden met veldinventarisaties van

vogels op de locatie waar de nieuwe windturbines zouden worden voorzien en deze te vergelijken met de aanwezigheid van vogels t.h.v. bestaande windturbines in de nabijheid van de projectlocatie. Daarnaast worden in het MER de resultaten gepresenteerd van een analysemethode die gebaseerd is op verstoringafstanden voor vogels zoals gerapporteerd in de literatuur (methode 2). De erkend deskundigen biodiversiteit voeren evenwel argumenten aan waarom methode 2 niet zonder meer de realiteit reflecteren.

- O.m. omdat methode 1 is gebaseerd op een inventarisatie periode van 1 jaar wensen het Agentschap Natuur en Bos en het INBO methode 2 te hanteren. Er zal daarom in het definitieve MER gewerkt worden met de huidige standaard methodiek (methode 2 uit het MER) waarbij er gekeken wordt naar de aanwezige ecotopen/teelten binnen de invloedssfeer van de windturbines om het potentieel verstoord leefgebied te bepalen. Deze resultaten kunnen echter wel aangevuld en genuanceerd worden met de resultaten van de gemaakte inventarisaties en methodiek 1.
- De verschillende partijen erkennen dat de berekeningswijzen en de gehanteerde methodologie effecten heeft op de conclusies van het al of niet optreden van effecten en de grootte van dergelijk effect. Bij toepassing van de standaard-methode (methodiek 2), die sterk voortborduurt op de aanwezigheid van graslanden binnen een perimeter die gebaseerd is op theoretische verstoringafstanden uit de literatuur, werd in het MER gekomen tot een verstoorde oppervlakte van ca. 6 ha (ook conclusie van SWECO in de eerder aangevraagde ontheffing). Om die reden wordt de piste verkend om via flankerende maatregelen een bijkomend leefgebied ten belope van ca. 6 ha te bestuderen.
- Indien landbouwgebied wordt ingeschakeld als weidevogelgebied, zal hier in het MER voldoende aandacht aan besteed worden en moet er een duidelijke inschatting worden gemaakt van de effecten voor de landbouwer alsook het globale landbouwareaal.
- Er kan onderzocht worden of het aanpassen van instrument beheersovereenkomsten kan ingezet worden (bv door het hanteren van een verlengde periode van de conventionele termijn van een beheerovereenkomst ...)om eventuele effecten op landbouw te milderen.
- P 253: Wat is de beoordeling na toepassing van de milderende maatregelen. Moeten voor Windturbines WT1 en WT2 de voorwaarden voor risico of grootste risico gevolgd worden. Dit zal verduidelijkt worden in het definitieve MER.
- Departement Landbouw en Visserij geeft aan dat strikt genomen enkel natte tot zeer natte extensieve blijvende graslanden in overweging mogen genomen worden als “potentieel leefgebied die als gevoelig beschouwd worden voor verstoring”.
- Er moet ook een duidelijk onderscheidt gemaakt worden tussen tijdelijk grasland en/of in gebruik als grasklaver en blijvend grasland.
- Departement Landbouw en Visserij vraagt om ook de alinea onder titel 9.4.4.11.4 p 236 te schrappen. Er ontbreekt in de redenering een verduidelijking welk type graslanden

worden opgezet naar akkerland. Afgaande op de geregistreerde perceelaangiften van de afgelopen jaren zijn dit overwegend tijdelijk graslanden in teeltrotatie met mais en andere gewassen of zelfs ingezaaid raaigras of winterrogge na de hoofdteelt om uitspoeling van nutriënten te voorkomen. Beide zijn gangbare landbouwmethoden vanuit een duurzaam milieuperspectief en kunnen niet in beschouwing genomen worden als ‘verdwenen oppervlakte grasland’.

...”

Het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022 luidt onder meer als volgt:

“ ...

1. Bespreking ontwerptekst project-MER (discipline biodiversiteit)

Bespreking ontwerptekst (discipline biodiversiteit)

Bij de aanvraag is een ontwerp project-MER toegevoegd met daarin een uitgebreide natuur- en soortentoets.

Het Agentschap voor Natuur en Bos heeft het rapport doorgenomen en heeft in advies d.d. 04/03/2022 meerdere opmerkingen geformuleerd. In aanvulling op ontwerp project-MER mocht ons Agentschap een toelichtingsnota ontvangen, deze nota wenst het ontwerptekst aan te vullen en/of te verduidelijken.

Ons Agentschap heeft aanvullende nota doorgenomen en wenst volgende opmerkingen mee te delen:

Locatie-/uitvoeringsalternatief

Aanvullende nota stelt dat uit discipline biodiversiteit niet blijkt dat er voor de turbines een alternatieve locatie nodig is, vermits men maatregelen onderneemt om de effecten te milderen.

In eerder advies van ons Agentschap werd aangegeven dat de projectie van de wieken over of tot aan meerdere natuurelementen reikt. In ontwerptekst ontbreekt echter enig onderzoek tot de effecten van deze wiekoverdraai op de natuur. Eveneens tot welke maatregelen de initiatiefnemer verwijst waarbij men afdoend de effecten van voorkomend wiekoverdraai kan milderen kan niet uit de nota, noch uit ontwerptekst afgeleid worden.

Hierbij is het onderzoek nog uit te voeren en toe te voegen aan ontwerptekst in project-MER. Het is wenselijk dat het project enerzijds de bestaande natuur en fauna niet schaadt en anderzijds de ontwikkelingsmogelijkheden van deze natuurelementen en leefgebieden niet hypothekeert.

Effecten op vogelsoorten

Effectgroep - verstoring vogelsoorten

In nota wordt aangegeven dat huidige ontwerptekst werd opgemaakt op basis van eerder scopingsadvies. Waartoe men stelt dat:

- gewerkt werd met een analyse op basis van potentieel leefgebied die grotendeels gebaseerd is op de aanwezigheid van graslanden binnen de verstoringsperimeters;
- hierbij rekening werd gehouden met het gegeven dat enkel natte tot zeer natte graslanden geschikt zijn;
- hierbij rekening werd gehouden met het verschil tussen tijdelijk en permanent grasland;
- de resultaten van de berekening wel mogen genuanceerd worden op basis van de resultaten van de eigen inventarisaties;
- een mogelijk verstoorde oppervlakte van 6 ha verwacht kan worden en dat dit gemilderd kan worden door middel van flankerende maatregelen waarbij bijkomend leefgebied gecreëerd wordt.

Methodiek

Op basis van scopingsadvies werd de keuze gemaakt om onderzoek te plegen op basis van methode 2. Deze resultaten kunnen echter wel aangevuld en genuanceerd worden met de resultaten van de gemaakte inventarisaties en methodiek 1.

Anders dan men in nota aangeeft is er geen consensus dat methode zoals gehanteerd in het MER de impact van het project het meest correct weergeeft. Dit is niet opgenomen in scoping advies, noch in later overleg. Consensus was dat men methode 2 in zijn totaliteit dient te hanteren, maar dat de resultaten aangevuld en genuanceerd kunnen worden met de resultaten van de gemaakte inventarisaties en methodiek 1.

Aanvullingen en nuanceringsen houden hierbij in dat men meer detail kan aanbrengen bij methode 2. Echter in ontwerptekst wordt de effectenbeoordeling voortvloeiend uit de methode sterk bijgesteld louter op basis van meerdere 'bedenkingen' (zie 9.3.4.1.1.3 Exploitatiefase: bedenkingen bij de berekening, p. 204). In INBO-advies INBO.A.3838 – Everaert (2019)¹ werden op concrete basis deze bedenkingen (welk gebaseerd zijn op methode 1) reeds weerlegd. Zie bespreking in advies 04/03/2022. Het hernemen van de bedenkingen na scoping-advies geeft echter geen aanleiding om het INBO-advies niet meer te volgen, noch om de wetenschappelijke basis van ontwerptekst te analyseren.

Zoals aangegeven in eerder advies kan ons agentschap deze eerdere stellingen niet bijtreden vermits de wetenschappelijke basis van deze 'bedenkingen' ontbreken. In kader van het voorzorgsbeginsel geldt bovendien dat wetenschappelijke onzekerheid niet als reden niet mag dienen als grond voor uitstel van maatregelen ter voorkoming of beperking van deze dreiging.

Hierbij mag een bepaalde handeling niet worden nagestreefd indien de mogelijkheid bestaat dat deze handeling schade veroorzaakt aan milieu en indien er nog geen wetenschappelijke consensus over de kwestie bestaat.

Een uitgebreide wetenschappelijk studie (BACI studie) is hierbij vereist om deze methodologie wetenschappelijk te kunnen onderbouwen.

Hierbij blijven eerdere opmerkingen in advies 04/03/2022 behouden en besluit het Agentschap voor Natuur en Bos hier dat de gehanteerde methode meerdere onvolledigheden en onregelmatigheden vertoont.

Correctie effectenbeoordeling

In aanvullende nota stelt men dat er geen blijvend habitatverlies optreedt in de zone die potentieel verstoord wordt. Waartoe men bevindt dat in de 'verstoorde' omgeving wel degelijk nog vogels broeden, schijnbaar in een gelijkaardige dichtheid binnen de verstoringsperimeter rond de bestaande turbines als in 'niet verstoorde' delen. Waartoe men stelt dat een blijvend habitatverlies van 50% eerder een overschatting is dan een onderschatting.

Zoals aangegeven in eerder advies wordt in INBO-advies – Everaert (2019)– '2.1.4 Opmerkingen bij de verdere analyse en bespreking resultaten' expliciet deze conclusie besproken. Het INBO besloot alsook dat deze conclusie onvoldoende onderbouwd is en niet gebaseerd is op uitgebreid wetenschappelijk onderzoek.

Tot slot geeft aanvullende nota niet concreet de wetenschappelijk basis van de correctiefactor weer op onvoldoende wijze. Men beroept zich op de eigen inventarisaties, inventarisaties van twee overige partijen binnen een maximale termijn van 3jaar. Welk zich tot een CI-studie beperken, welk in tijd en ruimte onvoldoende in detail is uitgewerkt en ook niet wetenschappelijk gevalideerd zijn.

Deze studies geven hierbij geen wetenschappelijk basis tot toepassing van een correctiefactor van 50%.

Een uitgebreide wetenschappelijk studie (BACI studie) is hierbij vereist om deze correctiefactor wetenschappelijk te kunnen onderbouwen.

Eveneens kan men op basis van het onderzoek niet uitsluiten dat er geen blijvend habitatverlies optreedt. Zoals ook INBO-advies – Everaert (2019)¹ – '2.1.2 Opmerkingen bij methode 2' wordt aangegeven dient men rekening te houden met de cumulatieve effecten. Men kan niet uitsluiten dat een matige verstoring door een windturbine boven op reeds matige verstoring van een weg of gebouw (of hier ook de bestaande windturbines) hier groter kan zijn dan in een situatie met

beide verstoringsbronnen apart. Hieromtrent bestaat nog veel wetenschappelijke onduidelijkheid en dient men eveneens het voorzorgsbeginsel toe te passen.

De in studie Hötter (2017) aangegeven daling in broeddensiteit van 40-50% was in situatie waarbij de windturbines de enige noemenswaardige bron van verstoring binnen het studiegebied vormde. Geenzins is hierbij aangetoond dat hier het verstorend effect cumulatief met de overige bestaande verstoringsbronnen niet groter kan zijn.

Een daling van de broeddensiteit wordt in de wetenschappelijke literatuur gehanteerd als een indicator om blijvend habitatverlies in te schatten, maar niet de enige indicator. Eveneens een aantalsafname of de aanwezigheid van voldoende geschikte leefgebieden is eveneens een indicator.

In INBO-rapport “Effecten van windturbines op vogels en vleermuizen in Vlaanderen Leidraad voor risicoanalyse en monitoring” (Everaert, 2015) wordt het bepalen van een betekenisvolle effect a.d.h.v. broeddensiteit alsook niet gehanteerd, hieromtrent zou geen wetenschappelijke consensus voor bestaan.

Hierbij blijven eerdere opmerkingen in advies 04/03/2022 behouden en besluit het Agentschap voor Natuur en Bos hier dat gehanteerde correctiefactor niet naar beste wetenschappelijke inzichten kan gehanteerd worden.

Effectgroep – Mortaliteit vogelsoorten

Lokale en Vlaamse populatiegrootte onderzochte vogelsoorten

Aanvullende nota onderzoekt de lokale populatiegrootte op basis van de inventarisaties. Men stelt dat het onderzoekszone 1/3 van het weidevogelgebied bedraagt en aldus de waargenomen aantallen met 3 vermenigvuldigd kunnen worden om de populatiegrootte te begroten.

Een lokale populatie wordt in INBO-rapport (Everaert, 2015)² gedefinieerd als een ecologisch geheel dat doorgaans uit meerdere deelgebieden bestaat waartussen regelmatig vliegbewegingen zijn.

De lokale populatie wordt hierbij niet bepaald louter door afgebakend weidevogelgebied ‘De weiden van Hoogstraten’. Enerzijds beperkt het leefgebied van deze soorten zich niet louter tot dit afgebakend gebied en anderzijds vormt dit weidevogelgebied slechts een deelgebied van meerdere weidevogelgebieden in de regio.

De in nota bepaalde populatiegrootte vertoont hierbij onvolledigheden en kan niet sluitend gehanteerd worden in mortaliteit berekening.

Vliegbewegingen van de weidevogels

In nota wordt het mortaliteitonderzoek onderzoek hernomen op basis van nieuw onderzoek van Bova Enviro+ (2021), een onderzoek naar de vliegbewegingen van de weidevogels in het onderzoeksgebied.

De resultaten van het onderzoek en de hierbij gehanteerde methode zijn door het Agentschap voor Natuur en Bos doorgenomen met het Instituut voor Natuur en Bos Onderzoek in verificatie van deze nieuwe berekening.

Hier toe zijn volgende opmerkingen geformuleerd:

- Methodiek van inventarisatie beperkt zich tot een tijdsperiode van 4u/dag, dit na zonsopgang.
- De methode wijkt af van beschrijving in INBO-rapport – 4.5.1.3 Inventarisaties van vliegbewegingen (Everaert, 2015). Hier toe ontbreekt enig inventarisatie van de bewegingen in de avond, welk voor de soort wulp kenmerkend een verhoogde vliegactiviteit kent.
- Bepalen van gemiddeld aantal vluchten (overvliegende vogels) per dag kan niet in aanvullende nota geraadpleegd worden. De gegevens voor het aantal dagen per jaar wijken sterk af van in literatuur opgenomen waarden (zie ook ontwerp tekst MER – tabel 9-51 en tabel 9-52).
- In gemiddelde en worstcase hanteert men een gelijk aantal overvliegende vogels.
- Voor worst-case dient men een gemiddelde + standaarddeviatie van aantal overvliegende vogels te hanteren.
- Cumulatief onderzoek met bestaande windturbines ontbreekt.

Het nieuw uitgevoerde mortaliteitberekening vertoont hier bij meerdere onregelmatigheden en onvolledigheden.

Conclusie Mortaliteit vogelsoorten

Op basis van de berekeningen in rapport en aanvullende nota kan men geen sluitende conclusies nemen over de impact van deze vogelpopulaties op zowel het lokaal niveau, als op Vlaams niveau. Het is hier bij niet uitgesloten dat men de gestelde schadedrempels van 1% bij Wulp en Kievit in zowel gemiddelde en worst-case zal overschrijden.

Naar beste wetenschappelijke inzichten zoals weergegeven in handleiding Everaert (2015) en INBO-advies Everaert bij dit project-MER (2019)¹ dient ons Agentschap te bevinden dat het onderzoek van deze effectgroep onvolledig en onzorgvuldig werd uitgevoerd.

Effectgroep direct verlies van ecotopen/leefgebied

In aanvullende nota bevestigt men dat de inrichtingen de inname van leefgebieden inhouden, maar dat dit zich beperkt tot de effectief ingenomen ruimte en hierbij het effect verwaarloosbaar is.

Echter de grootte van het effect en tot hoe deze zich verhouden tot de leefgebieden en impact op deze soorten is niet in onderzoek opgenomen. Louter verwijzen naar de indirecte effecten is hierbij niet afdoend om het effectenonderzoek en -beoordeling te voeren. Deze is nog toe te voegen in rapport.

Effectenbeoordeling

De finale effectbeoordeling baseert zich aldus op basis van de verschillende methodieken waarvan de wetenschappelijke basis onzeker is.

Nuancering van de resultaten zijn mogelijk, echter deze dienen gebaseerd te zijn op basis van wetenschappelijke inzichten en deze nuances mogen geen grotere wetenschappelijke onzekerheid inhouden.

Het gebied is actueel leefgebied van deze vogelpopulaties, rekening houdend met de verstoringsafstanden van deze soorten is een groot risico aanwezig tot betekenisvolle verstoring en inname van actueel leefgebied.

Besluit impact op avifauna

De door initiatiefnemer opgenomen effectenanalyse en -beoordeling kan hierbij niet afdoend een betekenisvolle verstoring van de aanwezige (weide)vogelpopulaties uitsluiten. Huidige methodologie steunt hierbij op louter één studie met terreininventarisaties over 3 jaar van 3 verschillende partijen waartoe niet bewezen wordt dat er geen risico's zijn op mogelijke impact op de vogelpopulaties. In toepassing voor Vlaanderen dient vanuit de voorzorgsprincipe aangenomen te worden dat deze voor windturbines zeer gevoelige soorten een groot risico kennen en een betekenisvolle verstoring hierbij niet kan uitgesloten worden.

Een uitgebreide wetenschappelijk studie (BACI studie) is hierbij vereist om deze effectenonderzoek en -beoordeling wetenschappelijk te kunnen onderbouwen.

Het cumulatief onderzoek van indirect verlies van leefgebied (zonder toepassing van de correctiefactor) geeft aan dat het project wel degelijk in zowel gemiddelde en worst-case berekening de schadedrempel van 1% overschrijdt voor deze gevoelige vogelsoorten. Een sterk negatief effect (-3) is hierbij van toepassing.

Impact op vleermuizen

In aanvullende nota werd nieuwe inventarisatie van de vleermuispopulaties uit 2020 in de omgeving van WT3, WT4 en WT5 toegevoegd (zie onderzoek Bova Enviro+).

Echter de inventarisaties geven geen concreet onderzoek weer van windturbines WT2 en WT6. Eveneens zijn de gegevens uit een overige project-MER niet in huidig MER opgenomen, noch zijn de gegevens verwerkt in effectenonderzoek en -beoordeling. Louter verwijzing naar een naburige project-MER is hierbij niet afdoend om dit onderzoek te voeren en/of te beoordelen.

In studie is aangegeven dat de omgeving van het windproject in complex met de omliggende vegetaties, waterlopen (o.m. vallei van Wehagenbeek), bossen en bomenrijen een belang kent voor het foerageren en migreren van meerdere vleermuispopulaties, waarvan meerdere voor windturbines zeer kwetsbare vleermuissoorten: nl. rosse vleermuis (categorie: zeer hoog risico4) , laatvlieger (categorie: hoog risico2) en ruige dwergvleermuis (categorie: zeer hoog risico2). Van welk wordt gekenmerkt met een specifiek vlieggedrag (matige tot hoge vlieghoogte), jachtmethode (jacht op grotere hoogtes en in halfopen tot open ruimte) en biotoopvoorkeur. Hierbij bestaat aldus een groot risico voor deze vleermuissoorten. De ligging tot minder dan 100m (meer bepaald voor WT2 met een overdraai over de bomendreef) van dichtstbijzijnde bomendreef en in/nabij een valleigebied (nl. WT06) houden eveneens een sterk verhoogd risico's in voor deze zeer gevoelige vleermuissoorten.

Naar risicoanalyse van de aanvaringskansen van de vleermuispopulaties dient het INBO rapport "Effecten van windturbines op vogels en vleermuizen in Vlaanderen: Leidraad voor risicoanalyse en monitoring" voor Vlaamse wetenschappelijke inzichten te worden gehanteerd. Hierbij worden de factoren voor aanvaringskansen onderzocht onder punt 4.9.3 'Verstoring en mortaliteit bij vleermuizen', 7.1.2.2 Beschrijving van de risicoklassen en dit op basis van een reviewstudie van diverse Europese wetenschappelijke studies. In toepassing voor Vlaanderen dient vanuit de voorzorgsprincipe aangenomen te worden dat deze voor windturbines zeer gevoelige soorten risico's kennen voor aanvaringen.

Gezien het belang van het gebied voor de vleermuispopulaties wordt het algemene effect van verstoring door het geplande windturbinepark sterk negatief (-3) beoordeeld. Binnen de toets wordt daarom als maatregel het opnemen van een stilleg-module bij de windturbines, echter deze milderende maatregel is in het INBO-rapport opgenomen voor situaties waar de locatie van windturbine op meer dan 100m van deze begeleidende natuurelementen bevinden en is hierbij onvoldoende om een betekenisvol verstoring van deze populaties volledig te vermijden.

Bespreking soortentoets

Zoals aangegeven in bespreking ontwerp tekst-MER kan ons agentschap zich naar de beste wetenschappelijke inzichten zich niet akkoord verklaren met gevoerd onderzoek en

effectbeoordeling. Men kan hierbij (cumulatief) sterk negatief effect (= betekenisvol) op de vogel- en vleermuispopulaties niet uitsluiten.

Minstens geeft het rapport weer dat het cumulatief effect van de verstoring (zie tabel 9-66) zowel in gemiddelde en de worst-case berekening meer dan 1% bedraagt. Zoals besproken bij gehanteerde correctie is deze niet wetenschappelijk onderbouwd en kan bezwaarlijk niet toegepast worden in de soortentoets. Het (cumulatief) blijvend jaarlijks habitatverlies of verstoring is voor o.m. wulp, kievit en grutto aldus betekenisvol, vermits het effecten op gevoelige soorten⁶ betreft. Binnen het project-MER wordt daarom als maatregel de creatie van nieuw geschikt leefgebied voor weidevogels voorgesteld buiten de invloedszone van de turbines. Dit vormt een maatregel naar compensatie op een andere locatie⁷ en vormt geen maatregel waartoe het effect op de bestaande terreinen gemilderd wordt tot een niveau waartoe er geen betekenisvol effect optreedt. Het inrichten van nieuwe leefgebieden staat in teken van het verhelpen (herstellen) van deze schade en vormt aldus een compensatie van dit (in)direct verlies van het leefgebied.

Eveneens de impact op de vleermuispopulaties door WT2 en WT6 wordt als sterk negatief beoordeeld (-3). Zoals aangegeven in eerdere bespreking impact vleermuizen is louter de toepassing van een stillegmodule niet afdoend om de schade en/of een betekenisvolle verstoring van deze vleermuispopulaties te milderen tot een aanvaardbaar niveau.

Volgens artikel 10 §1 3° van het Besluit van de Vlaamse Regering met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer van 15 mei 2009, is het opzettelijk en betekenisvol verstoren, in het bijzonder tijdens de perioden van de voortplanting, de afhankelijkheid van de jongen, de overwintering en tijdens de trek verboden.

Betekenisvol is een verstoring die significant is op het niveau van een populatie, hetzij lokaal, hetzij op het niveau van een lidstaat. Uit de appreciatie binnen het rapport blijkt dat het een permanente verstoring betreft van verstoringsgevoelige soorten. Van de soorten waarvan sprake staan er meerdere op de Rode Lijst. Voor de aangevraagde turbines is de verstoring dus niet beperkt tot een sporadische verstoring van een beschermd specimen, zonder een effectieve blijvende negatieve impact op de populatie.

Een afwijking op een verbod van artikel 10 kan enkel verleend worden als er geen andere bevredigende oplossing bestaat én om volgende redenen:

- in het belang van de volksgezondheid of de openbare veiligheid;
- in het belang van de veiligheid van het luchtverkeer;
- ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij of wateren

- ter bescherming van de wilde fauna of flora, of ter instandhouding van de natuurlijke habitats; voor doeleinden in verband met onderzoek of onderwijs, repopulatie of herintroductie, alsook voor de daartoe benodigde kweek;
- om het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt en vastgesteld aantal van bepaalde specimina te vangen, te plukken of in bezit te hebben.

Een afwijking op het verbod kan dus niet gegeven worden. De voorgestelde maatregel door de merdeskundige is een compensatie en kan juridisch niet aanvaard worden als grond om een afwijking te geven.

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat de vergunningsaanvraag / vergunningsplichtige activiteit in strijd is met de beschermingsbepalingen ten aanzien van beschermde soorten zoals bepaald in het Soortenbesluit van 15/05/2009.

Conclusie ontwerp tekst project-MER

Het Agentschap voor Natuur en Bos verleent een ongunstig advies op de ontwerp tekst.

...

Het team Mer motiveert de eerste bestreden beslissing onder meer als volgt:

“ ...

2. Inhoudelijke toetsing van het project-MER

(...)

2.2. Toetsing aan artikel 4.3.8 §2, 2° D.A.B.M.

Het project-MER voldoet aan het scopingadvies van 04/06/2020.

(...)

2.4. Toetsing aan artikel 4.3.8 §2, 4° D.A.B.M.

Het project-MER werd afgetoetst aan de ontvangen opmerkingen en adviezen van het publiek en de geraadpleegde adviesinstanties. Hieronder een beknopte analyse van de ontvangen informatie.

Onder meer volgende overwegingen speelden een rol bij de toetsing:

- Het MER werd aangevuld met de cumulatieve effecten van de mogelijke ontwikkeling van Aspiravi (PR3364).
- De energetische optimalisatie van het project werd verduidelijkt in bijlage.
- Zowel de gemeente Brecht als de gemeente Wuustwezel verlenen ongunstig advies. Ze hebben hierbij voornamelijk opmerkingen op de effectbeoordeling en milderende maatregelen in de discipline geluid.

Voor wat betreft de discipline geluid werd in het MER aangegeven dat de geplande windturbines cumulatief met de bestaande windturbines een aanzienlijk negatief effect kunnen vertonen aan bepaalde woningen tijdens de avond- en nachtperiode. Als milderende maatregel wordt voorgesteld om het geplande windturbinepark uit te baten met 'reduced noise modes' zodat in alle beoordelingsperiodes voldaan kan worden aan de (opgehoogde) richtwaarden volgens Vlarex.

- Wat betreft slagschaduw blijkt dat de turbines uitgerust moeten worden met een slagschaduwdetectiesysteem met automatische stilstandmodule om aan de normen te kunnen voldoen.
- Directoraat-generaal Luchtvaart, in akkoord met Skeyes en Defensie geeft een gunstig advies voor zover de maximale tiphoogte van 230 m AGL niet overschreden wordt. Defensie geeft aan dat bebakening conform de normen van categorie E noodzakelijk is. Voor wat betreft de radar, is een aanpassing van de parameters van de radar noodzakelijk voor en tijdens de installatie van de windturbines en is de opmaak van een evaluatieverslag van de radarprestaties na installatie van de windturbines vereist.
- Team EV geeft aan dat de latere effectieve windturbines op de locaties gegeven in tabel II.1 van de veiligheidsstudie moeten voldoen aan de technische kenmerken opgenomen in deel II.2.1 van de veiligheidsstudie.
- Fluxys geeft aan dat er moet voldaan worden aan de karakteristieken vermeld in de veiligheidsstudie en het sectormanagement beschreven in addendum.
- Het Agentschap voor Natuur en Bos verleent een ongunstig advies. Ze geven onder andere het volgende aan:
 - In het MER ontbreekt enig onderzoek tot de effecten van de wiekoverdraai op de natuur en de mogelijke maatregelen om de effecten van voorkomen wiekoverdraai afdoend te milderen.
 - Wat betreft de effectgroep verstoring vogelsoorten vertoont de gehanteerde methodiek meerdere onvolledigheden en onregelmatigheden. Een uitgebreide wetenschappelijke studie is vereist om deze methodologie wetenschappelijk te kunnen onderbouwen.
 - De gehanteerde correctiefactor kan naar beste wetenschappelijke inzichten niet gehanteerd worden.
 - De in het MER bepaalde populatiegrootte vertoont onvolledigheden en kan niet sluitend gehanteerd worden in de mortaliteitsberekening.
 - Wat betreft de effectgroep 'direct verlies van ecotopen/leefgebied' is de grootte van het effect en hoe deze zich verhouden tot de leefgebieden en impact op deze soorten niet in onderzoek opgenomen.
 - De door initiatiefnemer opgenomen effectenanalyse en -beoordeling over de impact op avifauna kan niet afdoend een betekenisvolle verstoring van de aanwezige (weide)vogelpopulaties uitsluiten. Huidige methodologie steunt hierbij op louter één studie met terreininventarisaties over 3 jaar van 3 verschillende partijen waartoe

niet bewezen wordt dat er geen risico's zijn op mogelijke impact op de vogelpopulaties. In toepassing voor Vlaanderen dient vanuit de voorzorgsprincipe aangenomen te worden dat deze voor windturbines zeer gevoelige soorten een groot risico kennen en een betekenisvolle verstoring hierbij niet kan uitgesloten worden.

Een uitgebreide wetenschappelijk studie (BACI studie) is hierbij vereist om deze effectenonderzoek en -beoordeling wetenschappelijk te kunnen onderbouwen.

Het cumulatief onderzoek van indirect verlies van leefgebied (zonder toepassing van de correctiefactor) geeft aan dat het project wel degelijk in zowel gemiddelde en worst-case berekening de schadedrempel van 1% overschrijdt voor deze gevoelige vogelsoorten. Een sterk negatief effect (-3) is hierbij van toepassing.

- Voor wat betreft de impact op vleermuizen, werden geen inventarisaties opgenomen voor WT2 en WT6. Het algemene effect van verstoring op vleermuizen van de geplande windturbines wordt als sterk negatief (-3) beoordeeld. Binnen de toets wordt daarom als maatregel het opnemen van een stilleg-module bij de windturbines, echter deze milderende maatregel is in het INBO-rapport opgenomen voor situaties waar de locatie van windturbine op meer dan 100m van deze begeleidende natuurelementen bevinden en is hierbij onvoldoende om een betekenisvol verstoring van deze populaties volledig te vermijden.
- Zoals aangegeven in bespreking ontwerpтекst-MER kan ANB zich naar de beste wetenschappelijke inzichten zich niet akkoord verklaren met gevoerd onderzoek en effectbeoordeling. Men kan hierbij (cumulatief) sterk negatief effect (= betekenisvol) op de vogel- en vleermuispopulaties niet uitsluiten.
- Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat de vergunningsaanvraag/vergunningsplichtige activiteit in strijd is met de beschermingsbepalingen ten aanzien van beschermde soorten zoals bepaald in het Soortenbesluit van 15/05/2009.

Op basis van bovenstaande analyse van de ontvangen informatie, concludeert Team Mer dat het project-MER onvoldoende informatie bevat om tot een onderbouwde effectinschatting te komen voornamelijk mbt de discipline biodiversiteit.

(...)

3. Afkeuring van het project-MER

Op basis van de bovenstaande toetsing keurt het Team Mer het voorliggende project-MER af.

..."

4.

Uit de motivering van de eerste bestreden beslissing blijkt dat het team Mer het project-MER in overeenstemming acht met het scopingsadvies van 4 juni 2020 maar niettemin oordeelt dat op basis van de ontvangen informatie, het project-MER niet voldoende informatie bevat om tot

een onderbouwde effectinschatting te komen. Weliswaar motiveert het team Mer die conclusie door te verwijzen naar “*voornamelijk (...) de discipline biodiversiteit*” maar uit de bestreden beslissing blijkt niet dat een andere discipline aanleiding heeft gegeven tot de definitieve conclusie om het project-MER niet goed te keuren. De eerste bestreden beslissing duidt daarentegen onmiskenbaar de overwegingen uit het advies van het Agentschap voor Natuur en Bos aan als de reden om het project-MER af te keuren. In die optiek zoekt het team Mer met de eerste bestreden beslissing dan ook op determinerende wijze aansluiting bij het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022 en de daarin vervatte conclusies.

Het loutere feit dat een beslissing steunt op een advies van een daarvoor bevoegde en gespecialiseerde instantie, met name het Agentschap voor Natuur en Bos, doet geen afbreuk aan het feit dat het team Mer er nog steeds toe gehouden is dit advies te controleren op haar waarachtigheid of juistheid, zowel in feite als in rechte, en met de nodige zorgvuldigheid de daarin vervatte conclusies moet beoordelen. Artikel 4.3.8, §2 DABM legt aan het team Mer een zelfstandige kwaliteitsbeoordeling op die haar weerslag moet kennen in de beslissing tot afkeuring van het project-MER. Bij de uitoefening van die bevoegdheid moet het team Mer de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen, en in het bijzonder haar beslissing afdoende en draagkrachtig motiveren.

De motieven in de eerste bestreden beslissing geven echter geen blijk van een dergelijke zelfstandige kwaliteitsbeoordeling. In de eerste bestreden beslissing beperkt het team Mer zich louter en alleen tot een weergave van de overwegingen uit het advies van het Agentschap voor Natuur en Bos. Bovendien zijn de motieven in de eerste bestreden beslissing tegenstrijdig. Het team Mer oordeelt immers dat het project-MER voldoet aan de vereisten van het scopingsadvies van 4 juni 2020 maar sluit zich tegelijkertijd klaarblijkelijk aan bij de overwegingen van het advies van het Agentschap voor Natuur en Bos van 8 juni 2022. Niettemin meent het Agentschap voor Natuur en Bos, in het bijzonder bij de beoordeling over de methodiek van de effectgroep ‘verstoring vogelsoorten’, dat de gehanteerde methodiek in het project-MER niet het voorstel van het scopingsadvies volgt. Nochtans verplicht de formele motiveringsplicht de verwerende partij om in de bestreden beslissing duidelijk de redenen te vermelden waarop ze haar oordeel steunt. Die motieven moeten afdoende en draagkrachtig zijn. De tegenstrijdige motivering in de eerste bestreden beslissing voldoet niet aan die vereisten.

5.

Bij gebrek aan een eigen kwaliteitsbeoordeling door het team Mer, is het niet aangewezen dat de Raad het eerste middelonderdeel van de verzoekende partijen beoordeelt. In dat middelonderdeel bekritisieren de verzoekende partijen immers de inhoudelijke beoordeling van het project-MER door het Agentschap voor Natuur en Bos in haar advies van 8 juni 2022.

In het licht van de afwezigheid van motieven die doen blijken van een eigen beoordeling door het team Mer, kan de Raad de intrinsieke degelijkheid van het project-MER enerzijds en de overwegingen in het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos anderzijds, niet beoordelen op het gevaar af zich in de plaats te stellen van het team Mer. Het staat aan het team Mer om zich in een eventuele herstelbeslissing wel over de degelijkheid van het project-MER en de eventuele opmerkingen van het Agentschap voor Natuur en Bos uit te spreken indien ze alsnog tot de afkeuring van het project-MER wenst te besluiten.

6.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

VI. Beslissing

1. De bestreden beslissing wordt vernietigd.
2. De Raad beveelt de verwerende partij een nieuwe beslissing te nemen en dit binnen een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de dag na de dag van de betekening van dit arrest.
3. De kosten van het beroep bestaande uit het rolrecht van de verzoekende partijen, bepaald op 600 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro verschuldigd aan de verzoekende partijen, komen ten laste van de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken in zitting van 10 augustus 2023 door de derde kamer.

De griffier,

De voorzitter van de derde kamer,

Kengiro VERHEYDEN

Filip VAN ACKER