

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 115.025 van 24 januari 2003
in de zaak A. 127.026/VII-27.906.**

In zake : 1. d e c v b a D E W E S T - V L A A M S C H E
 ELEKTRICITEITSMAATSCHAPPIJ,
 2. de n.v. SPE,
 3. de n.v. VLAAMSE MILIEUHOLDING,
 "gezamenlijk vormend een tijdelijke handelsvennootschap
 overeenkomstig artikel 47 van het Wetboek van
 Vennootschappen"

die woonplaats kiezen bij
Advocaten C. DE WOLF en K. ROELANDT,
kantoor houdende te MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat B. BRONDERS,
kantoor houdende te OOSTENDE,
E. Beernaertstraat 106.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de cvba DE WEST-VLAAMSCHE ELEKTRICITEITSMAATSCHAPPIJ, de nv SPE en de nv VLAAMSE MILIEUHOLDING op 21 september 2002 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw van 18 juli 2002 houdende uitspraak over het beroep aangetekend tegen de beslissing van 21 maart 2002 van de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen houdende het verlenen van de vergunning aan de tijdelijke vennootschap Waterkracht Bovenschelde, Uitbreidingsstraat 62, 2060 Antwerpen, om een waterkrachtcentrale gelegen te 9700 Oudenaarde, Trekweg (Rechteroever Schelde), te exploiteren;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur P. PROVOOST;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 7 januari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 januari 2003;

Gehoord het verslag van Staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten C. DE WOLF en K. ROELANDT, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en van Advocaat V. VAN DE KEERE die, loco Advocaat B. BRONDERS, verschijnt voor het Vlaamse Gewest;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur P. PROVOOST;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De feiten

Overwegende dat de relevante gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft op 12 november 1999 een openbare aanbesteding uit voor een concessie voor het bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale ter hoogte van een nieuw te bouwen stuw op de Bovenschelde in Oudenaarde. De verzoekende partijen richten een tijdelijke handelsvennootschap op, onder de naam "Waterkracht Bovenschelde".

Op 15 december 2000 wordt beslist de concessie toe te kennen aan deze tijdelijke vennootschap.

1.2. Op 21 maart 2002 verleent de bestendige deputatie een milieuvergunning, voor een termijn van twintig jaar. Er worden bijzondere vergunningsvoorwaarden opgelegd om te verhelpen aan het probleem van de vissterfte. De concrete invulling van die voorwaarden wordt overgelaten aan het Instituut voor Bos- en Wildbeheer.

1.3. Wanneer blijkt dat er over die concrete invulling van de voorwaarden geen duidelijkheid kan komen voor het verstrijken van de termijn voor het indienen van een administratief beroep, tekent "Waterkracht Bovenschelde"

beroep aan, waarbij zij uitdrukkelijk vraagt dat de vergunningsvoorwaarden concreet zouden worden ingevuld.

1.4. Op 18 juli 2002 wordt de bestreden beslissing genomen. Als bijzondere vergunningsvoorwaarde wordt opgelegd :

"(...)

De exploitant dient bij de bouw van de waterkrachtinstallatie de nodige voorzieningen te treffen om eventueel later na een evaluatieperiode van drie jaar een wentelbaar scherm (modular inclined screen) te kunnen plaatsen, aangepast aan de vissoorten zoals omschreven in 'Layman's guidebook on how to develop a small hydro-site' (Celso Penche, European Small Hydropower Association for the Commission of the European Communities - Directorate General for Energy (DG XVII-97/010), june 1998 zie www.esha.be/layman2.pdf). Het bijhorende bypasskanaal dient uit te monden stroomafwaarts de waterkrachtcentrale in de Boven-Schelde.

Er dient een tweede bypass te worden voorzien vlak vóór het vuilopvangrooster van de centrale en deze dient uit te monden in de waterloop zelf, stroomafwaarts de waterkrachtcentrale en niet in de visnevengeul.

De exploitant dient de nodige infrastructuur te voorzien om monitoring mogelijk te maken. Deze infrastructuur (in de vorm van een bak, kooi, net en/of fuik) dient te worden bepaald in samenspraak met het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer en het Instituut voor Natuurbehoud. Het moet mogelijk zijn om de vis, gedurende een periode van maximaal één dag en minimaal één uur, levend op te vangen en dit zowel na het geleidingssysteem of goot als na de turbine.

De eerste drie jaar vinden er 20 monitordagen van 24 uren per jaar plaats. De monitoring dient te worden uitgevoerd door een deskundige, aanvaard door de administratie AMINAL, en op kosten van de exploitant. De opbouw van het evaluatieschema dient te worden bepaald in samenspraak met het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer en het Instituut voor Natuurbehoud. De resultaten van deze evaluatieperiode dienen te worden getoetst aan de volgende evaluatiecriteria:

- indien de verhouding tussen het aantal vissen die via het geleidingssysteem (twee bypassen) en het aantal vissen dat door de turbines passeert minder dan 80 % bypass/ 20 % turbine bedraagt (gemeten per soort in de groepen 'alle individuen samen' en 'alle reproductieve individuen') dan mag de maximaal aanvaardbare directe sterfte van door de turbines gaande vissen in de vermelde groepen maximum 5 % bedragen.

- indien op dezelfde wijze gemeten het afleidingssysteem meer dan 80 % effectief is dan wordt maximum 10 % directe sterfte aanvaard van door de turbines gaande vissen.

Indien blijkt dat de door de exploitant voorgestelde maatregelen niet voldoen aan de evaluatiecriteria dan dient een wentelbaar scherm en/of een visgeleidingssysteem te worden geplaatst. De keuze en de uitvoeringstermijn dient te worden bepaald in overleg met het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer en het Instituut voor Natuurbehoud.

Na de evaluatieperiode van drie jaar dient de exploitant om de 5 jaar, een jaarmonitoring te doen, bestaande uit 20 monitordagen van 24 uren. Deze monitoring wordt eveneens getoetst aan de evaluatiecriteria en indien nodig worden er bijkomende maatregelen genomen om de vereiste efficiëntie te halen".

Dit onderdeel van de beslissing wordt bestreden;

2. Beoordeling

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen; dat alleen rekening kan worden gehouden met hetgeen terzake in het verzoekschrift werd uiteengezet en gestaafd; dat de Raad van State geen acht kan slaan op hetgeen in later ingediende geschriften of ter terechtzitting nog door de verzoekende partij wordt bijgebracht;

Overwegende dat de verzoekende partijen met betrekking tot het moeilijk te herstellen, ernstig nadeel het volgende uiteenzetten :

"(...)

Verzoekende partij werd, in de vorm van een Tijdelijke Handelsvennootschap, uitsluitend opgericht m.o.o. de indiening van een offerte voor het bekomen van voormelde concessie. Bij beslissing d.d. 15 december 2000 werd de betreffende opdracht aan Verzoekende Partij gegund.

Het bestreden besluit verplicht Verzoekende Partij de nodige voorzieningen te treffen om eventueel later na een evaluatieperiode van drie jaar een wentelbaar scherm te kunnen plaatsen.

Het inbouwen van voormeld scherm is echter uitermate duur. Volgens de cijfers uit het rapport van VITO, bevestigd door de heer Ned Taft, President of Alden Research Laboratory Inc., bekomt men dan voor onderhavig project een kostprijs van 2 tot 6 miljoen euro. Dit is voor Verzoekende Partij financieel volstrekt niet haalbaar!

De in het bestreden besluit opgenomen maatregelen maken het onderhavige project echter bij het begin onrendabel - het grootste gedeelte van de investering is immers de bouwkundige kost, zodat de opgelegde maatregel *onmiddellijk* een buitensporige *meerkost* inhoudt aangezien het bouwkundig gedeelte niet achteraf kan worden uitgevoerd -, zodat het voortbestaan van Verzoekende Partij als economische entiteit zonder meer in het gedrang wordt gebracht. Immers, Verzoekende Partij werd enkel opgericht voor de uitvoering van onderhavig project, zodat de economische rendabiliteit ervan bepalend is voor haar voortbestaan.

Bovendien is de opdracht gegund onder de vorm van een concessie voor openbare werken d.w.z. een overeenkomst waarbij de exploitatierisico's door de concessiehouder (in casu Verzoekende Partij) worden gedragen (zie o.a. interpretatieve mededeling d.d. 12 april 2000 van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautair recht, blz. 8).

Het onderhavige nadeel beperkt zich dus niet tot een louter financieel verlies, maar bestaat erin dat het voortbestaan van Verzoekende Partij in het gedrang komt.

Het is vaste rechtspraak van Uw Raad dat wanneer de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het voortbestaan van een onderneming of vennootschap

in gevaar dreigt te komen, het nadeel niet van louter financiële aard is en als ernstig en moeilijk te herstellen wordt aanvaard (...)"

Overwegende dat de bestreden beslissing niet het inbouwen van het wentelbaar scherm oplegt, maar wel de nodige voorzieningen die bij de bouw van de installatie moeten worden getroffen om eventueel later na een evaluatieperiode van drie jaar dergelijk scherm te kunnen plaatsen; dat het vermelden van de kostprijs van dit scherm dan ook niet onmiddellijk relevant is; dat de verzoekende partijen verder geen concrete gegevens verschaffen die het mogelijk maken na te gaan of de bestreden beslissing inderdaad het project onrendabel maakt; dat, los van de vraag of een financieel nadeel te dezen als moeilijk herstelbaar kan worden beschouwd, de verzoekende partij wel een -benaderend- bedrag aangeeft van de eventuele kostprijs, maar geen informatie geeft nopens de omzet en de winst die zij van de voorgenomen exploitatie verwacht, zodat de Raad van State niet kan nagaan of het voorgenomen project economisch al dan niet verantwoord is; dat het aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel derhalve niet in aanmerking kan worden genomen;

Overwegende dat niet is voldaan aan de tweede door artikel 17 § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarde; dat de vordering tot schorsing moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vierentwintig januari tweeduizend en drie, door :

de H.	E. BREWAEYS,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	C. PETERS,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. PETERS.

E. BREWAEYS.