

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 204.466 van 28 mei 2010
in de zaak A. 164.791/X-12.419.**

In zake: het autonoom overheidsbedrijf BELGOCONTROL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bob Martens
 kantoor houdend te 1050 BRUSSEL
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
 regering
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bart Bronders
 kantoor houdend te 8400 OOSTENDE
 Archimedesstraat 7
 bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

 de n.v. ASPIRAVI
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Peter Flamey en Pieter Jan Vervoort
 kantoor houdend te 2018 ANTWERPEN
 Jan Van Rijswijcklaan 16
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 augustus 2005, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 1 juni 2005 van de gewestelijke
stedenbouwkundige ambtenaren houdende het verlenen aan de n.v. ASPIRAVI van
de stedenbouwkundige vergunning voor het oprichten van vier windturbines met
bijhorende elektriciteitscabines op een perceel gelegen te Gistel, Oostendse Baan-St.
Jansdreef-Vaartstraat, kadastraal bekend sectie A, nrs. 435/a, 1286/b en 1321/c en
sectie E, nr. 460/b.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 153.776 van 16 januari 2006 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 juni 2006. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Barbara Speybrouck heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 januari 2010.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Callebaut, die loco advocaat Bob Martens verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Emmanuel Verhaest, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pieter Jan Vervoort, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Barbara Speybrouck heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De tussenkomende partij heeft op de voormelde percelen gelegen in de nabijheid van de E 40 en de Oostendse Baan-St. Jansdreef-Vaartstraat te Gistel een recht van opstal met eerste kooprecht voor het inplanten van windturbines.

4. De betrokken percelen zijn volgens het bij koninklijk besluit van 26 januari 1977 vastgestelde gewestplan Oostende-Middenkust gelegen in agrarisch gebied.

Ze zijn tevens gelegen in het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” dat vastgesteld werd bij besluit van de Vlaamse regering van 4 juli 2003. Dit gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan laat middels een overdruk op de basisbestemming van het gewestplan het inplanten van windturbines en de bijbehorende noodzakelijke infrastructuur toe in lijnvormige opstelling en evenwijdig met de autosnelweg E 40.

Onder “C Gebiedsgebonden bepalingen” van de stedenbouwkundige voorschriften van het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan wordt het volgende bepaald:

“Het visueel samenhangend totaalbeeld wordt vastgesteld op basis van de hiernavolgende bepalingen als afwegingskader voor de stedenbouwkundige vergunningsaanvragen.

1. Binnen de gehele ‘zone voor windturbines’ dienen minimum 5 turbines met elk een minimumvermogen van 1,5 Mega Watt (MW) te worden gerealiseerd;
2. Het eerste project binnen de ‘zone voor windturbines’ dient de realisatie te voorzien van minimum vier windturbines;
3. De inplanting gebeurt volgens een enkele lijnvormige opstelling evenwijdig met de naastliggende hoofdweg (A18-E40);
4. De maximale hoogte van de windturbines wordt vastgelegd op 120m tiphoogte (mast met hoogste stand rotorblad) ten opzichte van het maaiveld”.

In verband met de nabijheid van de luchthaven van Oostende wordt in het voormelde besluit van 4 juli 2003 het volgende gesteld:

“(…) gelet op het hoogteverschil tussen de Oostendse luchthaven (uitgangspunt van de berekening van de hoogtebeperking) en het plangebied in Gistel (is) het aangewezen (...) de maximale tiphoogte van de turbines te beperken tot 120m boven het maaiveld; dat hiermee vermeden wordt dat de inplanting van windturbines op de locatie in Gistel in conflict komt met de internationale verdragsregels van het verdrag van Chicago (ICAE)”.

In de bij het besluit gevoegde “toelichtingsnota” wordt in hetzelfde verband het volgende gesteld:

“II. Zone voor windturbines te Gistel
A Ruimtelijke afweging van de locatie te Gistel
(...) ”

De nabijheid van de luchthaven van Oostende leidt niet tot onoverkomelijke restricties die de inplanting van een zone voor windturbines onmogelijk maakt. Het vrijwaren van een ruime zone rondom de luchthaven als een obstakelvrije zone leidt tot de opname in de stedenbouwkundige voorschriften van een hoogtebeperking voor de in te planten turbines. De zuidelijke uitstulping van het luchthaventerrein die de mogelijkheid gaf tot de aanleg van een bijkomende puntpiste werd bij de recente gewestplanwijziging Oostende-Middenkust (BVR 13.07.2001) omgezet naar een bouwvrij agrarisch gebied. Hiermee kan deze puntpiste niet langer worden gerealiseerd en vormt ze niet lange een belemmering voor de zone voor windturbines te Gistel”.

5. Op 27 februari 2004 (datum van het ontvangstbewijs) dient de tussenkomende partij een aanvraag in tot het verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning voor het oprichten van vier windturbines met bijbehorende elektriciteitscabines op de voormelde percelen.

De windturbines hebben een ashoogte van maximaal 85 meter, een totale hoogte van maximaal 120 meter en een rotordiameter van maximaal 82 meter.

De ligging is voorzien als volgt:

“Oostendse baan (windturbines 1 en 2 en MS cabine 1); St Jansdreef (windturbines 5 en 6); Vaartstraat (MS cabine 2)”.

Bij de aanvraag wordt een milieunota gevoegd.

6. Tijdens het openbaar onderzoek wordt door een aantal omwonenden bezwaar ingediend. In zitting van 12 mei 2004 bespreekt en weerlegt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Gistel deze bezwaren, waarna het college de aanvraag gunstig adviseert en besluit het dossier over te maken aan de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar.

7. De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar verzoekt verschillende instanties om advies, waaronder onder meer de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Verkeer, Directoraat-generaal Luchtvaart, Directie Luchtruim en Luchthavens.

8. Op 8 maart 2004 verleent het Instituut voor Natuurbehoud een gunstig advies.

Op 22 maart 2004 stelt de afdeling Monumenten en Landschappen (voorheen het Instituut voor het Archeologisch Patrimonium) geen bezwaar te hebben op voorwaarde dat rekening wordt gehouden met “de meldingsplicht van toevalsvondsten”.

Op 26 maart 2004 verleent de afdeling Wegen en Verkeer West-Vlaanderen een gunstig advies.

Op 5 april 2004 verleent de afdeling Land een gunstig advies.

Op 9 april 2004 stelt de afdeling Monumenten en Landschappen West-Vlaanderen geen bezwaar te hebben “mits cabine 2 ook ingekleed wordt met schermgroen, én dat de eventuele draadafsluitingen in landschappelijk verantwoorde materialen zouden uitgevoerd worden”.

Op 10 mei 2004 verleent de afdeling Natuurlijke Rijkdommen en Energie een gunstig advies.

9. Op 29 april 2004 adviseert de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer, Luchtvaart, Luchtruim en Luchthavens de aanvraag “voorlopig negatief”. Het volgende wordt gesteld:

“Ik wil u hierbij schriftelijk bevestigen dat hoger genoemde adviezen als onbestaande moeten beschouwd worden.

Er is ons namelijk door Belgocontrol meegedeeld dat wat de 4 windturbines betreft (dossier 3820) er voorlopig negatief moet geadviseerd worden omwille van mogelijke interferenties met de radar van het vliegveld Oostende. Een studie wordt momenteel uitgevoerd om de correcte invloed van de windturbines op de radar te bepalen. Zodra de resultaten van de studie bekend zijn zal Belgocontrol haar definitief standpunt bekend maken (zie kopie van de brief van Belgocontrol in bijlage)”.

De als bijlage gevoegde brief van 7 april 2004 van de verzoekende partij heeft de volgende inhoud:

“Betreft: Oprichten van 4 windturbines te Gistel.

Dossier nr. 3820.

Geachte Heer,

In antwoord op uw brief met ref. C-AIR/BD/2004.0390 van 08/03/2004 en in aansluiting op ons schrijven van 30/03/2004 met ref. A/L/I/U/Wind-282/6489, deel ik u mede dat Belgocontrol voorlopig negatief adviseert op deze aanvraag.

Ons definitief advies wordt u overgemaakt van zodra de resultaten van de studie van de K.U.L., die de impact van windmolens op radarstations analyseert, bekend zijn”.

10. Op 30 juli 2004 richt de tussenkomenende partij een schrijven aan de verzoekende partij, waarin onder meer het volgende wordt aangegeven:

“Wij weten dat er momenteel een studie loopt om de invloed van een windmolen op een radar te onderzoeken. Aan de hand van het voorlopig advies dat de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Verkeer aan de afdeling ROHM overmaakte nemen wij aan dat u specifiek voor ons windmolenproject een evaluatie zal maken aan de hand van deze radarstudie.

Mocht blijken dat er een grondiger studie vereist is waarbij specifiek één type turbine wordt onderzocht, dan zijn wij bereid deze detailstudie uit te voeren. In dit geval zouden wij het op prijs stellen dat wij een vergadering plannen in uw kantoren waarbij we in uw aanwezigheid van deskundigen de detailstudie kunnen opstarten. De afdeling ROHM mag u op de hoogte stellen van het verloop van de studie, waarbij u aangeeft dat uw definitief advies met betrekking tot invloed op de radar na beëindiging van de detailstudie zal worden overgemaakt”.

In antwoord op dit schrijven stelt de verzoekende partij in een brief van 24 augustus 2004 gericht aan de tussenkomende partij het volgende:

“In antwoord op uw brief met ref. ASP.040317 van 30 juli 2004, deel ik u mede dat, uit de resultaten van de studie van de KUL blijkt dat, windmolens in deze zone valse echo's kunnen veroorzaken op de radarbeeldschermen van de luchtverkeersleiders te Oostende.

Vanuit veiligheidsstandpunt is dit onaanvaardbaar, bijgevolg adviseert Belgocontrol negatief op deze aanvraag.

U kan mij steeds kontakteren om samen naar alternatieve inplantingsplaatsen te zoeken”.

Op 13 september 2004 richt de tussenkomende partij het volgende schrijven aan Koen Joye, planologisch ambtenaar bij AROHM West-Vlaanderen:

“In aansluiting op ons telefonisch onderhoud van heden (...) sturen wij u als bijlage het schrijven dat wij vanwege Belgocontrol (...) mochten ontvangen samen met ons schrijven van 30 juli 2004 (...).

Zoals besproken willen wij in november, vroeger is niet mogelijk, een studie laten uitvoeren door prof. Van Lil (KU Leuven) om meer in detail na te gaan in welke mate de windturbines een storende hinder kunnen veroorzaken.

Wij verzoeken u dan ook om deze studie af te wachten vooraleer er een definitieve beslissing betreffende dit project wordt genomen.

Wij vinden het storend en onbegrijpelijk dat een project in een zone die reeds meerdere jaren in onderzoek is (eerste aanvraag dateert reeds van voorjaar 2001) waarbij de overheid zelfs een Ruimtelijk Uitvoeringsplan heeft opgesteld en dat goedgekeurd heeft in de zomer van 2003 nu nog door een laattijdig advies in moeilijkheden geraakt”.

11. Op 13 januari 2005 wordt door Dave Trappeniers en Emmanuel Van Lil, in opdracht van de tussenkomende partij, een rapport opgesteld “Berekening van de effecten van het windturbinepark WND0011 (ASPIRAVI - Gistel) op de luchtvaartinstallaties van Oostende” (hierna: detailstudie Telemic).

In deze studie, specifiek betrokken op het windturbineproject te Gistel, wordt in de conclusie met betrekking tot het tweede hoofdstuk, dat betrekking heeft op de radareffecten, waaronder “Schaduwings”, “Effecten op de

nauwkeurigheid van de radar”, “Reflecties en valse echo’s” en “Doppler effecten” vallen, het volgende gesteld:

“Uit het tweede hoofdstuk leerden we dat, met uitzondering van een schaduwzone achter de windturbines, de effecten eerder minimaal zijn. Merk op dat objecten automatisch van het radarscherm verdwijnen indien ze zo ver van de radar staan dat ze voorbij de horizon van de radar liggen (kromming van de aarde doet obstakels met een hoogte van 125 m verdwijnen vanaf ca. 45 km van de radar). Uiteraard is dit enkel mogelijk indien de posities van de windturbines nog niet vast liggen”.

Verder wordt het volgende geconcludeerd:

“Het grootste probleem is echter het ontstaan van valse echo’s wanneer er zich vliegtuigen in de buurt van de radar en/of windturbines bevinden. Door de vrij korte afstand van de windturbines naar de radar (kleiner dan de ‘kritische’ afstand voor bepaalde types van valse echo’s) zal de volledige zone tussen de radar en de windturbines aanleiding geven voor het ontstaan van valse echo’s van laagvliegende vliegtuigen. Deze hoogte varieert van ca. 400 m aan de radarzijde tot ca. 200 m rondom de windturbines. In de onmiddellijke omgeving van de windturbine (straal van ca. 1 km) moet wel rekening gehouden worden met een hoogte van ca. 1000 m om het ontstaan van valse echo’s te vermijden”.

Nog in januari 2005 wordt, in opdracht van de tussenkommende partij, door J. Catrysse een “Studie over de mogelijke invloed op de luchthaveninstallaties van Oostende door de plaatsing van windturbines in Gistel” gemaakt (hierna: luchthavenstudie Ebos).

In de conclusie van deze studie wordt het volgende gesteld:

“In deze studie werd een samenvatting gemaakt van de detailstudie ‘Berekening van de effecten van het windmolenpark WND0011 (Aspiravi - Gistel), op de luchtvaartinstallaties van Oostende’, Telemic, ESAT, KU Leuven, dd. 22/12/2004, door ir. Trappeniers en Prof.dr.ir. Van Lil.

Bij onstentenis van publieke Belgische richtlijnen werd gebruik gemaakt van het document : ‘Wind Energy and Aviation Interests - Interim Guidelines’, ETSU W/14/00626/rep en uitgegeven onder de verantwoordelijkheid van DTI (Department of Trade and Industry), CAA (Civil Aviation Authority) and BWEA (British Wind Energy Association).

Bovendien werd rekening gehouden met de specifieke ligging van het project WND0011 langs de E40/A18 autosnelweg te Gistel tegenover de installaties van de luchthaven van Oostende en de aanvliegroutes die voor deze luchthaven gebruikt worden.

De mogelijke invloed van de windturbines op de radar, ILS, VHF radiocommunicatie en de VOR systemen werd hierbij bestudeerd en geëvalueerd.

Als conclusie kan gesteld worden dat deze inplanting enkel verwaarloosbare effecten genereert, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt”.

12. Op 18 januari 2005 richt de tussenkomende partij een schrijven aan de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer met het verzoek een definitief advies te verlenen. In dit schrijven wordt onder meer het volgende gesteld:

“Wij merken op dat:

(...)

- naast de stedenbouwkundige en milieuvergunningaanvraag voor de bouw en exploitatie van 4 windmolens aangevraagd op naam van de firma Aspiravi er ook nog aanvragen voor solitaire windmolens zijn op naam van enerzijds Electrawinds en anderzijds Gistelwind. Het volledige windmolenpark bestaat aldus uit een lijnopstelling van 6 windmolens.
- toen de aanvragen ingediend werden er nog geen zekerheid was over het windmolentype. Ondertussen heeft Aspiravi nv haar keuze gemaakt. Het wordt een Enercon E70 met volgende kenmerken: - tiphoogte 120m, rotordiameter 71m, op een stalen toren van 83,8m.

(...)

Om de mogelijke invloed van de windmolens te Gistel op de luchthaveninstallaties van Oostende te kennen, werd in opdracht van Aspiravi een studie opgemaakt door Prof.ir.J. Catrysse (KHBO) en Prof.dr.ir.E. Van Lil (KULeuven). Dit naar aanleiding van het negatieve advies dat Belgocontrol adviseerde in haar brief (...) dd. 24 augustus 2004.

De conclusie van de studie ‘Luchthavenstudie EBOS - project WND0011’ luidt:

Als conclusie kan gesteld worden dat deze inplanting enkel verwaarloosbare effecten genereert, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt”.

13. Op 4 februari 2005 beslist de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur het besluit van 17 juni 2004 van de bestendige deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen houdende het verlenen aan de tussenkomende partij van een milieuvergunning, voor een termijn verstrijkend op 17 juni 2024, “om een nieuw windmolenpark met vier windturbines” op de voormelde percelen te exploiteren, in beroep te bevestigen.

In het kader van de beroepsprocedure tegen het voormelde besluit van de bestendige deputatie verklaart de tussenkomende partij op de hoorzitting het volgende:

- “- eind augustus 2004 is er door de KULeuven een studie uitgevoerd in opdracht van Belgocontrol naar de mogelijke impact van windturbines op radarinstallaties voor de luchtvaart; wellicht heeft Belgocontrol zich op deze studie gebaseerd om te stellen dat er mogelijk een verstoring kan optreden van de radar van de luchthaven van Oostende;
- het windturbinepark ligt op 8 à 10 km van de luchthaven van Oostende;
 - de KULeuven heeft, op vraag van de NV Aspiravi, nu ook een meer specifieke studie opgestart naar de mogelijke verstoring van de radar van de luchthaven van Oostende, voor dit concrete windturbinepark te Gistel; het eindrapport werd ingediend begin januari 2005”.

In het voormelde besluit van 4 februari 2005 wordt daarover het volgende overwogen:

“Overwegende dat zowel Belgocontrol als het Directoraat-generaal Luchtvaart van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer een negatief advies hebben geformuleerd naar aanleiding van de stedenbouwkundige aanvraag voor één van de twee bijkomende turbines van het betrokken windturbinepark te Gistel; dat beide negatieve adviezen voortvloeien uit de resultaten van een studie die werd uitgevoerd door de Katholieke Universiteit Leuven; dat uit deze studie blijkt dat de windmolens in de betrokken zone valse echo's kunnen veroorzaken op de radarbeeldschermen van de luchtverkeersleiding van de luchthaven van Oostende; dat er ondertussen een meer specifieke studie werd uitgevoerd door de Katholieke Universiteit Leuven in opdracht van de NV Aspiravi; dat de eindconclusie van deze studie stelt dat de betrokken inplanting van de 4 windturbines enkel verwaarloosbare effecten genereert zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole van de luchthaven in het gedrang komt”.

14. Op 22 februari 2005 vindt een overlegvergadering plaats op het kabinet van de Vlaamse minister bevoegd voor ruimtelijke ordening met vertegenwoordigers van de tussenkomende partij, van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer en van de verzoekende partij. Dit overleg leidt niet tot een consensus. Er wordt afgesproken dat “bijkomend studiewerk zou verricht worden aangaande de impact op het operationele aspect van de luchthaven (Belgocontrol) en op het verschijnsel van meervoudige valse echo's (Aspiravi)”.

15. De bijkomende detailstudie, “Studie over de mogelijke meervoudige radar-reflecties bij de luchthaven van Oostende door de plaatsing van windturbines in Gistel” (hierna: luchthavenstudie Ebos meervoudige radar-reflecties), dateert van 7 april 2005.

Daarin concludeert J. Catrysse wat volgt:

“Uit een voorgaande studie kon reeds afgeleid worden dat enkel voor de meervoudige reflecties van type 2 & 4 (in de figuren aangegeven als ‘rode’ zone) een kans bestaat dat deze bij een normale uitbating van de luchthaven, ook effectief worden waargenomen.

Als besluit van onderhavige studie kan het volgende gesteld worden:
(...)

Daaruit blijkt dat de kans van een meervoudige reflectie uiterst miniem is, zeker bij de operationele IFR vlieghoogtes en de operationele aanvliegeroute/wachtlus in dit gebied.

8.5. Bovendien dient rekening gehouden te worden met de omwentelingstijd van de radarantenne, waarbij slechts om de 4 seconden opnieuw een waarneming in dezelfde richting wordt gemaakt. Zelfs bij een minimale snelheid van het vliegtuig van 250km/uur kan geconcludeerd worden dat een meervoudige reflectie slechts kortstondig zal waargenomen worden bij een normale vliegbeweging.

Als conclusie kan dus gesteld worden dat deze inplanting van windturbines in het project WND0011 van Aspiravi, enkel tot verwaarloosbare effecten zal leiden, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, en zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt”.

16. Op 12 april 2005 wordt nogmaals een overlegvergadering gehouden waarop “weerom geen consensus werd bereikt”.

17. Op 9 mei 2005 richt de verzoekende partij het volgende schrijven aan de bevoegde Vlaamse minister:

“Mijnheer de Minister,

Naar aanleiding van de vergaderingen op het Kabinet van Ruimtelijke Ordening van 22 februari en 12 april jongstleden tussen uw medewerkers, Aspiravi, Belgocontrol, het DGLV en de luchthavenuitbater van Oostende volgt hieronder een verduidelijking van het Belgocontrol advies zoals dit reeds eerder geformuleerd werd in het schrijven van Belgocontrol aan ASPIRAVI met ref. A/L/I/U/ Wind-294/7304 van 24/08/2004.

Belgocontrol baseert haar advies op de studie uitgevoerd door Prof. Van Lil van de K.U.Leuven (‘Computation of the effects of wind turbines on aeronautical radar and communication systems’). Deze studie werd in opdracht van Belgocontrol en Defensie aan de K.U.L. toevertrouwd precies met de bedoeling om de impact van windturbines op luchtvaartveiligheidssystemen, in casu radarinstallaties, te kunnen beoordelen.

De problematiek van de invloed van windturbines op apparatuur die aangewend wordt in de luchtvaartnavigatie en voor de luchtverkeersleiding stelt zich in alle West-Europese landen. In de meeste landen worden er sedert een paar jaar namelijk talrijke projecten op het getouw gezet waarbij windmolenparken opgericht worden voor de productie van milieuvriendelijke energie. In elk van de betrokken landen is onderzoek aan de gang. Er wordt ook internationaal overleg georganiseerd met de bedoeling de eerste ervaringen in dit niet ontgonnen domein uit te wisselen en om eventueel tot internationale richtlijnen terzake te komen. Luchtverkeersleidingsdiensten kunnen dus vooralsnog niet terugvallen op ervaring om de resultaten van theoretische studies aan te vullen. In deze materie moet dan ook meer dan ooit het voorzichtigheidsprincipe gehanteerd worden.

Met behulp van een radar wordt de positie van een vliegtuig bepaald. Deze posities worden getoond op het radarbeeldscherm van de luchtverkeersleiders die aan de hand van deze informatie de vliegtuigen via radiocommunicatie onder meer naar de luchthaven van Oostende leiden.

De studie van de K.U.L. bewijst dat er door de geplande 4 windturbines te Gistel een zone met een risico op valse echo’s wordt gecreëerd rond de windturbines en dit ten gevolge van reflecties van signalen van de radar gesitueerd op de luchthaven van Oostende. De grootte van deze zone alsook de locatie ten opzichte van de luchthaven van Oostende vindt u in de figuren 1 en 3 in bijlage.

De dimensies van de zone hangen af van het aantal windturbines, de afstand radar-windturbine, de hoogte van de windturbine, de radardwarsdoorsnede van het vliegtuig, enz. Indien er een bewegende valse echo optreedt, lijkt het voor de verkeersleider alsof er twee vliegtuigen dicht bij elkaar vliegen hetgeen uit het oogpunt van veiligheid een onaanvaardbaar risico met zich meebrengt.

De zone waar er risico is op valse echo's bevindt zich bovendien in een luchtruim met heel wat luchtverkeer:

- het wachtpatroon ('holding pattern') voor de luchthaven van Oostende loopt dwars door de zone met valse echo's (...). Zowel kleinere als ook grotere vliegtuigen volgen deze route;
- Gistel is bovendien een referentiepunt voor kleinere vliegtuigen ('VFR flights'). Heel wat vliegtuigen van dit type volgen de baan Torhout-Gistel vooraleer te landen te Oostende.

Dit betekent dat heel wat vliegtuigen binnen deze zone aanleiding kunnen geven tot valse echo's.

Het meest storende fenomeen zijn de bewegende valse echo's op het radarbeeldscherm. Dit treedt op indien opnieuw een valse echo wordt gecreëerd nadat de radar, na een omwenteling van 4 s, het vliegtuig opnieuw detecteert. Voor de luchtverkeersleider lijkt dit dus alsof er zich een tweede vliegtuig in dezelfde buurt voortbeweegt.

Aspiravi haalde op de vergadering van 12 april aan dat de kans op bewegende valse echo's 'zo goed als onbestaande' is. Dit werd geargumenteed met behulp van de wetten van Snellius. Deze wetten zijn echter enkel van toepassing op rechthoekige platen. Nu is een vliegtuig uiteraard niet rechthoekig. Dit betekent bijgevolg dat de conclusies die door Aspiravi getrokken worden niet geldig zijn en dat er wel degelijk risico's op bewegende valse echo's bestaan. Dit standpunt werd trouwens niet alleen bevestigd door de radarexperten van Belgocontrol maar tevens door Prof. Van Lil op een vergadering die Belgocontrol met de K.U.L. gehouden heeft op 14/04/05, 2 dagen na de laatste vergadering op uw Kabinet.

Het effect van reflecties zou wel kunnen gereduceerd worden door radarabsorberend materiaal. Dit laatste is echter nog steeds in een onderzoeksfase zodat dit op korte termijn ook geen oplossing biedt. Dit is waarschijnlijk ook de reden waarom Aspiravi hier op de vorige vergadering niet verder is op ingegaan.

Bijgevolg, overwegende dat:

- de windturbines aanleiding geven tot zones met valse echo's;
- er heel wat luchtverkeer kan optreden in deze zones;
- de wetten van Snellius niet van toepassing zijn op vliegtuigen daar deze geen rechthoekige vorm hebben;
- bijgevolg er een risico is op bewegende valse echo's;
- radarabsorberend materiaal op korte termijn geen oplossing kan bieden;
- uit oogpunt van luchtvaartveiligheid bewegende valse echo's een onaanvaardbaar risico inhouden;

bevestigt Belgocontrol haar negatief advies tegenover de inplanting van de 4 windturbines te Gistel.

De veiligheid van de luchtvaart verzekeren behoort immers tot de taken van openbare dienst van Belgocontrol (art. 4 van het Tweede Beheerscontract tussen de Staat en Belgocontrol). De luchtverkeersleiding waarvoor zij instaat heeft o.m. als doel aanvaringen tussen luchtvaartuigen alsook botsingen tussen luchtvaartuigen en hindernissen op het manoeuvreerterrein te voorkomen (art. 4, §2, 1/ Tweede Beheerscontract -ICAO Annexe 11, Chapter 2, 2.2 Objectives of air traffic services). Elk gegeven dat de uitvoering van de luchtverkeersleiding in het gedrang brengt of zou brengen en bijgevolg een risico voor de veiligheid inhoudt, is dan ook onaanvaardbaar voor Belgocontrol.

Het is vanzelfsprekend, geachte heer Minister, dat, indien toch tot de constructie van de windturbines wordt besloten, Belgocontrol elke verantwoordelijkheid afwijst voor eventuele incidenten en/of ongelukken waarbij de windturbines een contribuerende factor zouden zijn".

18. Bij het bestreden besluit van 1 juni 2005 verlenen de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaren de gevraagde vergunning.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

19. In haar verzoekschrift doet de verzoekende partij gelden dat zij over het rechtens vereiste belang bij het beroep beschikt aangezien zij haar wettelijke taak om de veiligheid van het luchtverkeer te verzekeren, wenst te vrijwaren. Ze stelt dat de door het bestreden besluit vergunde windturbines een nefaste impact hebben op haar radaractiviteiten. Ze wijst daarbij op twee belangrijke nadelige invloeden van de windturbines op de verkeersleiding, met name dat “de masten van de windturbines (...) als vaste echo’s zichtbaar (worden) op het radarbeeld, met als gevolg dat de verkeersleiders ongewenste en verwarrende radarecho’s op hun scherm te zien krijgen” en dat “de weerkaatsing van de radargolven op de masten (...) de vliegtuigen (kunnen) raken (...) met als gevolg dat er gelijktijdig valse en echte bewegende radarecho’s op het scherm verschijnen” en dat “hetzelfde fenomeen (...) zich eveneens (kan) voordoen wanneer de weerkaatste golven op het vliegtuig de masten raakt”. Op die manier kan de positiebepaling en detectie van de aanwezige vliegtuigen ernstig verstoord worden, zodat het voor de verzoekende partij “onmogelijk (wordt) om haar taak van veiligheid van het luchtverkeer op een behoorlijke en punctuele manier uit te oefenen en te verzekeren”. Ze laat gelden dat ze “dit in haar adviesverlening ook zo (heeft) aangekaart, doch verweerder heeft dit zonder meer naast zich neergelegd”. Voorts voert de verzoekende partij aan dat ze “bij de vaststelling van het gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan Gistel” en in het kader van de milieuvergunning “ten onrechte niet betrokken werd bij het procesverloop” en dat “concrete onderzoeken aangaande de impact van de windturbines op radaractiviteiten (...) nog maar in zijn kinderschoenen stond”, zodat “er op dat ogenblik geen bezwaar (werd en kon) worden ingediend”. Zij stelt dat ze “enkel in het kader van de stedenbouwkundige vergunning betrokken (werd)” en dat “de stedenbouwkundige vergunning ook het startsein (vormt) van de uitvoering van het project”.

20. De tussenkomende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op wegens het ontbreken van het rechtens vereiste belang vermits er geen “direct of rechtstreeks causaal verband bestaat tussen het

aangevoerde nadeel en de bestreden stedenbouwkundige vergunning”. De tussenkomende partij verwijst “in de eerste plaats” naar het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” dat “op een gedetailleerde manier bepaalt hoeveel turbines worden ingepland in de desbetreffende zone”. Ze stelt vast dat de verzoekende partij geen bezwaar heeft ingediend tijdens het openbaar onderzoek naar aanleiding van de vaststelling van dit plan en dat ze dit gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan evenmin heeft aangevochten voor de Raad van State. Volgens de tussenkomende partij volgt uit de uiteenzetting van de verzoekende partij dat zij “het niet eens is met de inplanting van de windturbines op de zone voor windturbines zoals definitief vastgesteld in het GRUP”, zodat het nadeel waarop de verzoekende partij zich meent te kunnen beroepen niet voortvloeit uit de bestreden stedenbouwkundige vergunning “maar wel uit de beleidsopties die reeds op 4 juli 2003 worden genomen in het definitief vastgestelde GRUP dat niet werd aangevochten door verzoekende partij”. “In de tweede plaats” verwijst de tussenkomende partij naar de exploitatievergunning voor de vier windturbines die de bevoegde minister op 4 februari 2005 in beroep heeft bevestigd. Ze stelt dat “de hinder waarop verzoekende partij zich beroept eerder te maken heeft met de werking van de inrichting in kwestie en dus beoordeeld moet worden in het kader van de milieuvergunning”. Ze stelt vast dat de verzoekende partij geen bezwaar heeft ingediend tijdens het openbaar onderzoek, gevoerd in het kader van de voormelde milieuvergunning, evenmin heeft zij tegen de door de bestendige deputatie verleende milieuvergunning beroep ingesteld bij de bevoegde Vlaamse minister, noch heeft zij de uiteindelijk door de bevoegde Vlaamse minister verleende milieuvergunning aangevochten bij de Raad van State. De tussenkomende partij stelt dat het betoog van de verzoekende partij dat zij bij beide procedures niet werd betrokken, niet kan worden gevolgd aangezien “zowel in het kader van de afgifte van de milieuvergunning als in het kader van de vaststelling van het GRUP (...) alle plichtplegingen inzake openbaarheid en adviesverlening (werden) nageleefd” en “verzoekende partij (...) verondersteld (wordt) de wet te kennen, het Belgisch Staatsblad te lezen en de nodige waakzaamheid aan de dag te leggen teneinde haar belangen te vrijwaren”. Voorts doet ze gelden dat de verzoekende partij “niet onwetend (kon) zijn van de milieuvergunningsaanvraag gelet op het feit dat zij zich wel degelijk heeft geroerd tijdens de gelijktijdig gevoerde procedure voor de afgifte van de corresponderende stedenbouwkundige vergunning”. Ten slotte betoogt de tussenkomende partij dat de aangevoerde bezwaren betreffende de werking van de windturbines “alleszins kennelijk ongegrond zijn”. Ze verwijst naar een schrijven van de Federale Overheidsdienst Mobiliteit en Vervoer van 8 februari 2006 “waarin

uitdrukkelijk gesteld wordt dat het Directoraat-generaal Luchtvaart, in akkoord met Belgocontrol en EBOS ‘geen bezwaar heeft tegen het oprichten van 4 windturbines te Gistel’” en naar een schrijven van 23 februari 2006 waarin het Directoraat-generaal “andermaal (heeft) bevestigd dat de uitvoering van de bouwvergunning voor windturbines aanvaardbaar is (en) een voorstel van bebakening (heeft) geformuleerd”. Hieruit leidt de tussenkomende partij af dat “de bewering van verzoekende partij dat de werking van de windturbines een onaanvaardbaar risico zou veroorzaken voor de luchtvaartveiligheid (...) dus onmogelijk volgehouden (kan) worden”. De tussenkomende partij besluit dat de verzoekende partij niet beschikt over het rechtens vereiste belang bij haar verzoekschrift, “minstens (...) bij de in het verzoekschrift aangevoerde middelen”.

In haar memorie verwijst de tussenkomende partij nog naar het arrest nr. 153.776 van 16 januari 2006 waarbij de vordering tot schorsing wordt verworpen en waarin “uw Raad (...) zeer terecht (heeft) geoordeeld dat het beweerde nadeel niet voortvloeit uit de bestreden stedenbouwkundige vergunning maar wel uit het GRUP”.

Beoordeling

21. Uit het feit dat in het kader van het totstandkomen van de bestreden stedenbouwkundige vergunning aan de verzoekende partij advies werd gevraagd niettegenstaande daartoe geen wettelijke verplichting bestaat, dat verschillende studies werden uitgevoerd naar de effecten van de windturbines op de luchtvaartinstallaties, alsook dat overlegvergaderingen werden gehouden in aanwezigheid van de verzoekende partij, blijkt dat de verzoekende partij door de verwerende partij werd beschouwd als een instantie die, gelet op de haar wettelijk toebedeelde taak, mogelijk hinder kan ondervinden ten gevolge van de stedenbouwkundige vergunning.

In de gegeven omstandigheden getuigt de verzoekende partij hierdoor alleen al van het rechtens vereiste belang bij het aanvechten van de stedenbouwkundige vergunning die naar haar oordeel ten onrechte geen rekening houdt met het door haar verleende negatief advies.

22. Het feit dat de verzoekende partij het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” niet met een annulatieberoep heeft bestreden, doet hieraan geen afbreuk. Niettegenstaande dit plan, beschikt de vergunningverlenende overheid over een discretionaire bevoegdheid om de

gevraagde stedenbouwkundige vergunning, rekening houdend met de voormelde studies en adviezen, al dan niet te verlenen.

Het vereiste belang kan evenmin gelijkgesteld worden met de schorsingsvereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel. De verwijzing naar de verwerping van de vordering tot schorsing op grond van het ontbreken van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is dan ook niet dienend.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

23. De verzoekende partij voert de schending aan van het voorzorgsbeginsel als “algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht (...) voortvloeiende uit artikel 174, § 1 en § 2 juncto 95 van het EG-Verdrag; artikel 3 sub p, 6, 152, § 1 en 153, § 12 van het EG-Verdrag”, de omzendbrief van 17 juli 2000 EME/2000.01 Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines, het zorgvuldigheids- en het evenredigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quem ipse fecisti* en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet).

Samengevat voert de verzoekende partij in het eerste onderdeel van het middel aan dat, nu uit studies van de verzoekende partij en van de tussenkomende partij “blijkt dat het risico op valse echo’s bestaat, doch omtrent de ernst en de omvang van het risico (...) discussie” is, de verwerende partij de stedenbouwkundige vergunning had moeten weigeren op grond van het voorzorgsbeginsel, waaruit volgens de verzoekende partij volgt dat voorrang moet worden verleend aan onder meer veiligheidsbelangen boven economische belangen alsook dat “met absolute zekerheid moet worden aangetoond dat er geen risico’s worden gecreëerd voor de bewoners van de omgeving”. Minstens had zij voorzorgsmaatregelen moeten opleggen ter vrijwaring van de bescherming van de veiligheid, “bijvoorbeeld (door) stedenbouwkundige voorwaarden op te leggen, zoals het bedekken van de gondel en de toren van de windturbines met absorberend materiaal of het geven van een omgekeerd profiel”.

De verzoekende partij voert ook aan dat uit de overwegingen zelf van het bestreden besluit niet blijkt dat het voorzorgsbeginsel zou zijn

gerespecteerd. Meer bepaald blijkt uit het bestreden besluit niet dat “de afweging van de veiligheidsbelangen ten aanzien van de economische belangen” is gebeurd, noch “hoe de veiligheid ten alle tijde dient te worden verzekerd bij de oprichting van de windturbines”. De verzoekende partij stelt verder dat dit evenmin blijkt uit de opgelegde stedenbouwkundige voorwaarden “nu er geen bijzondere voorwaarden zijn opgelegd om de veiligheid te verzekeren”. Ten slotte stelt de verzoekende partij dat voor zover “de opgegeven motivatie de afweging zou zijn”, deze motivering “manifest incorrect” is. Zij verwijst in dit laatste verband naar het tweede middel.

Ten slotte voert zij aan dat nu in het bestreden besluit “geen afweging (wordt) gemaakt tussen de veiligheidsbelangen en de economische belangen” en de verantwoordelijkheid voor de veiligheid volledig bij de verzoekende partij wordt gelegd, er een “kennelijk onevenwicht ontstaat ten voordele van de economische belangen”. Zij stelt dat uit het bestreden besluit niet blijkt “waarom de locatie van deze zes windturbines aldaar zo noodzakelijk zou zijn, dat zij het verlagen van het beschermingsniveau van de veiligheid verantwoordt”. In dit verband verwijst zij ook nog naar het Windplan voor Vlaanderen waarin de locatie Gistel als een locatie 2, een voorwaardelijke locatie, wordt aangeduid en waaruit zij afleidt dat “het kennelijk onredelijk (is) om louter in het voordeel van economische belangen de locatie aldaar te vergunnen”.

Samengevat voert de verzoekende partij in een tweede onderdeel aan dat “het zorgvuldigheidsbeginsel aan het bestuur op(legt) dat zij tenminste de door haar ingewonnen adviezen en de aan haar voorgelegde studies nauwgezet en precies onderzoekt” en dat “het bestuur met kennis van zaken oordeelt”. De verzoekende partij meent dat de verwerende partij “zich baseert op een eenzijdig uitgevoerde studie door (...) de aanvrager”, terwijl een “andersluidend officieel rapport (van de verzoekende partij) voorligt”. Volgens de verzoekende partij beschikt de verwerende partij niet “over de nodige deskundigheid” om te oordelen over de voorgelegde “tegenstrijdige studies” zodat zij zich heeft laten leiden door een “aantal manifeste onjuistheden”. Om “op een oordeelkundige wijze” tot een beslissing te kunnen komen, had de verwerende partij een “derde deskundige” moeten aanstellen.

24. De tussenkomende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel. Vooreerst omdat de bestemming van de desbetreffende zone als zone voor windturbines rechtstreeks voortvloeit uit het definitief vastgestelde gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel”. Volgens de tussenkomende partij is de bestreden stedenbouwkundige

vergunning “slechts de nadere invulling van die bestemming als zone voor windturbines”. Nu volgens haar blijkt dat het bezwaar van de verzoekende partij gericht is tegen “(de werking van) welke windturbine dan ook in die desbetreffende zone” en gelet op de principiële vergunbaarheid van windturbines door het voormelde gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, ontbeert de verzoekende partij het vereiste belang bij het aangevoerde middel. Daarenboven stelt de tussenkommende partij dat de verzoekende partij zich in het kader van de stedenbouwkundige vergunningsprocedure niet kan beroepen “op bezwaren die zij in de eerste plaats zeker had moeten uiten in de milieuvergunningsprocedure hetgeen zij evenwel nagelaten heeft”. Ten overvloede verwijst zij andermaal naar de brieven van 8 februari 2006 en 23 februari 2006 van het Directoraat-generaal Luchtvaart waaruit “is gebleken dat de bezwaren betreffende het veiligheidsrisico van de turbines in werking voor de luchtvaart kennelijk ongegrond zijn”.

25. De verwerende partij repliceert dat het feit dat de verzoekende partij heeft nagelaten de milieuvergunning aan te vechten voor de Raad van State “geen rechtsgrond kan bieden om op basis van milieutechnische gegevens het toekennen van een stedenbouwkundige vergunning aan een bestemmingsconform project te verhinderen”. “Minstens” is zij van oordeel dat de kritiek van de verzoekende partij niet de bestreden stedenbouwkundige vergunning betreft maar het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” dat de verzoekende partij niet heeft aangevochten voor de Raad van State. Daarenboven stelt de verwerende partij dat “de beoordeling van een aanvraag tot verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning (...) in principe geen onderzoek dient te bevatten naar de gevolgen voor mens en milieu, zoals dit wel wordt vereist bij de aanvraag van een milieuvergunning” en dat “het voorzorgsbeginsel in hoofde van een stedenbouwkundige vergunningverlenende overheid niet zo ver uit(strekt) dat deze ook de ongekenne milieuaspecten van exploitatie van een constructie dient te voorzien”, zodat de argumenten van de verzoekende partij “niets te maken hebben met de stedenbouwkundige aspecten van het project” en “in se gericht (zijn) tegen een overtollige motivatie”. Volgens haar is de bestreden vergunning “voldoende zorgvuldig, evenredig en voorzichtig” gemotiveerd door te verwijzen naar de van toepassing zijnde “stedenbouwregelgeving, met oog op de goede ruimtelijke ordening”.

Beoordeling

26. De verzoekende partij heeft belang bij het middel waarin zij stelt dat haar “andersluidend officieel rapport” werd miskend door de verwerende partij die overeenkomstig het toentertijd geldende artikel 4 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO) bij de besluitvorming niet enkel rekening dient te houden met de ruimtelijke draagkracht, maar ook met onder meer de gevolgen voor het leefmilieu.

27. Ministeriële omzendbrieven zijn gericht aan administratieve overheden en bevatten richtsnoeren nopens de interpretatie en toepassing van de bestaande wetten en verordeningen. Zij hebben geen enkel bindend karakter, ongeacht of zij zijn bekendgemaakt of niet. De eventuele niet-naleving van de onderrichtingen vervat in de voormelde ministeriële omzendbrief van 17 juli 2000 kan derhalve niet tot de onwettigheid van de bestreden beslissing leiden, zodat het onderdeel van het middel afgeleid uit de schending van deze omzendbrief niet ontvankelijk is. De verzoekende partij kan het adagium “patere legem quem ipse fecisti” evenmin op ontvankelijke wijze invoeren omdat de door haar geschonden geachte ministeriële omzendbrief van 17 juli 2000 geen verordenende waarde heeft.

In zoverre de schending van het voorzorgsbeginsel als “algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht (...) voortvloeiende uit artikel 174, § 1 en § 2 juncto 95 van het EG-Verdrag; artikel 3 sub p, 6, 152, § 1 en 153, § 12 van het EG-Verdrag” wordt ingeroepen, is het middel eveneens onontvankelijk omdat de verzoekende partij nalaat uiteen te zetten hoe de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing het ingeroepen beginsel, dat door de verzoekende partij wordt afgeleid uit de aangehaalde internationaalrechtelijke bepalingen die aan de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Europese Raad opdragen om bij het uitoefenen van hun respectieve bevoegdheden op het vlak van onder meer de veiligheid uit te gaan van een hoog beschermingsniveau, heeft geschonden. Het onderdeel van het middel dat is afgeleid uit de schending van de motiveringswet wordt in dat licht eveneens verworpen, gelet op het feit dat de kritiek van de verzoekende partij erin bestaat dat het bestreden besluit volgens haar geen “afdoende motieven (blijkt) aan te geven waaruit blijkt dat zij het voorzorgsbeginsel wel zou hebben gerespecteerd”.

28. De zorgvuldigheidsplicht vereist dat het bestuur bij de feitenvinding slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen.

Het evenredigheidsbeginsel impliceert te dezen dat er geen kennelijke wanverhouding mag bestaan tussen het met de bestreden beslissing nagestreefde doel of het ermee bereikte resultaat en het door de verzoekende partij ingeroepen veiligheidsbelang. De Raad van State beschikt ter zake slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid, wat betekent dat hij enkel een volkomen in wanverhouding tot het ingeroepen veiligheidsbelang genomen beslissing als onwettig kan beschouwen.

29. Het bestreden besluit overweegt ter zake wat volgt:

“Op 02/03/2004 heb ik advies gevraagd aan Federale Overheidsdienst Mobiliteit & Vervoer. Een advies uitgebracht op 5/04/04 werd bij schrijven van 29/04/2004 ingetrokken. Door Belgocontrol was immers meegedeeld dat voorlopig ongunstig moest geadviseerd worden, omwille van mogelijke interferenties met de radar van Oostende.

Na de afronding van een studie door de KUL adviseerde Belgocontrol (bron: brief Belgocontrol dd. 24/08/04 aan Aspiravi) negatief omdat uit de resultaten van de studie bleek dat windturbines in deze zone valse echo's kunnen veroorzaken op de radarbeeldschermen van de luchtverkeersleiders te Oostende, wat als onaanvaardbaar werd beschouwd vanuit veiligheidsstandpunt. Hierop besliste Aspiravi een detailstudie te laten uitvoeren om meer in detail na te gaan in welke mate de windturbines een storende hinder kunnen veroorzaken. De resultaten van deze studie 'Luchthavenstudie EROS' luidt: 'Als conclusie kan gesteld dat deze inplanting enkel verwaarloosbare effecten genereert, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt'

Op een overlegvergadering dd. 22/02/05 op het kabinet van Minister Van Mechelen in aanwezigheid van vertegenwoordigers van de aanvrager, de Federale Overheidsdienst Mobiliteit & Vervoer en van Belgocontrol werd geen consensus gevonden. Afgesproken werd dat bijkomend studiewerk zou verricht worden aangaande de impact op het operationele aspect van de luchthaven (Belgocontrol) en op het verschijnsel van meervoudige valse echo's (Aspiravi).

Op basis van de navolgende overlegvergadering op het kabinet van Minister Van Mechelen op 12/04/05 (waarop weerom geen consensus werd bereikt) en de ontvangen documenten (enerzijds de brief dd. 9/05/05 van Belgocontrol aan Minister Van Mechelen, waarin het ongunstig advies wordt bevestigd; anderzijds de aangevulde studie 'luchthavenstudie EBOS 'meervoudige reflectie', waarbij bovenstaande conclusie wordt bevestigd) kan, zonder te diep in te gaan op de zeer technische inhoud van de discussie (wat eerder het voorwerp moet uitmaken van een afweging binnen de milieuvergunningsprocedure), volgende conclusie getrokken worden: Vliegtuigen in de omgeving van de windturbines kunnen aanleiding geven tot een valse echo. Zo'n valse echo (gevisualiseerd door een éénmalig oplichtend lichtje op het radarscherm) wordt gegenereerd door een specifieke weerkaatsing van radargolven op vliegtuig én windturbine volgens de wetten van Snellius, afhankelijk dus van de specifieke situering van radar, vliegtuig en turbine ten

opzichte van elkaar. De theoretische mogelijkheid dat twee opeenvolgende radarscans (dit is na 4 seconden) aanleiding geven tot 2 opeenvolgende valse echo's is zeer klein, gezien een vliegtuig aan een aanzienlijke snelheid door het luchtruim beweegt.

Een oordeelkundige en professionele uitbating door de deskundige luchtvaartleiding van Oostende moet in staat zijn om dergelijk zeldzaam en zeer kortstondig fenomeen te kunnen uitfilteren of interpreteren.

Bijkomend gelet op het feit dat vliegtuigen zich ter plaatse van de windturbines normaliter niet op de hoogte van de turbines vliegen; dat de turbines volgens gemaakte afspraken inzake luchtvaartveiligheid niet hoger zijn dan 120 m; gelet daarenboven op het feit dat de luchtvaartleiding in radiocontact staat met de vliegtuigen kan besloten worden dat de mogelijkheid op het voorkomen van een valse echo of van het zeer zelden voorkomen van een meervoudige echo geen gegronde redenen betekenen om voorliggende vergunning om redenen van veiligheid niet te verlenen”.

30. De verzoekende partij stelt dat de vergunningverlenende overheid haar beslissing steunt op de luchthavenstudies Ebos, terwijl volgens haar blijkt dat de conclusies van die studies in tegenspraak zijn met de conclusie van de studie van de K.U.L. en met de conclusie van de detailstudie Telemic. De verzoekende partij voert ook aan dat de luchthavenstudies Ebos “zelfs niet in overeenstemming zijn met de in bijlage gevoegde detailstudie”.

De verzoekende partij betoogt aldus in essentie dat er tegenstrijdige wetenschappelijke studies aan de verwerende partij voorlagen die haar ertoe verplichtten de stedenbouwkundige vergunning te weigeren, minstens stedenbouwkundige voorwaarden op te leggen of een beroep te doen op een derde-deskundige.

31. Vooreerst wordt vastgesteld dat de “wetenschappelijke studie van de K.U.L die (volgens de verzoekende partij) heeft aangetoond dat de risico's op valse echo's, gecreëerd door het voorliggend project, reëel en onaanvaardbaar zijn in het kader van de veiligheid van de luchtvaart”, niet voorlag aan de vergunningverlenende overheid, waaruit moet worden afgeleid dat de verzoekende partij kennelijk zelf van oordeel was dat deze studie geen relevantie had in het kader van de vergunningsprocedure. Het kan de vergunningverlenende overheid dan ook niet worden aangewreven er geen rekening mee te hebben gehouden. Deze studie ligt thans evenmin voor. De verzoekende partij betoogt dat het zogenaamde “reëel en onaanvaardbaar” karakter van dit risico (op valse echo's) eveneens zou blijken uit de detailstudie Telemic van 13 januari 2005 die door de tussenkomende partij werd opgedragen aan Dave Trappeniers en Emmanuel Van Lil “om meer in detail na te gaan in welke mate de windturbines een storende hinder kunnen veroorzaken”.

In deze studie, specifiek betrokken op het windturbineproject te Gistel, wordt voorafgaand in de conclusie uitdrukkelijk gesteld: “Uit het tweede hoofdstuk leerden we dat, met uitzondering van een schaduwzone achter de windturbines, de effecten eerder minimaal zijn”.

Verder wordt daarin geconcludeerd dat “(h)et grootste probleem (...) echter het ontstaan (is) van valse echo’s wanneer er zich vliegtuigen in de buurt van de radar en/of windturbines bevinden. Door de vrij korte afstand van de windturbines naar de radar (kleiner dan de ‘kritische’ afstand voor bepaalde types van valse echo’s) zal de volledige zone tussen de radar en de windturbines aanleiding geven voor het ontstaan van valse echo’s van laagvliegende vliegtuigen. Deze hoogte varieert van ca. 400 m aan de radarzijde tot ca. 200 m rondom de windturbines. In de onmiddellijke omgeving van de windturbine (straal van ca. 1 km) moet wel rekening gehouden worden met een hoogte van ca. 1000 m om het ontstaan van valse echo’s te vermijden”.

In januari 2005 wordt door J. Catrysse, eveneens in opdracht van de tussenkomende partij, de luchthavenstudie Ebos opgemaakt, waarin de specifieke vraag “in hoeverre deze windturbines de radionavigatiesystemen van de luchthaven te Oostende kunnen verstoren, of er minstens enige invloed op hebben” wordt behandeld. De effecten worden in deze studie onderzocht “aan de hand van de gedetailleerde studie die door het team van Prof. Van Lil, Telemic, ESAT, KULeuven werd uitgevoerd, aan de hand van het simulatieprogramma EPICS, dat daartoe specifiek werd ontwikkeld”.

In de conclusie van deze studie wordt gesteld dat bij het onderzoek “rekening (werd) gehouden met de specifieke ligging van het project WND0011 langs de E40/A18 autosnelweg te Gistel tegenover de installaties van de luchthaven van Oostende en de aanvliegroutes die voor deze luchthaven gebruikt worden”.

Op basis van het uitgevoerde onderzoek concludeert deze deskundige dat de inplanting van het project van zes windturbines te Gistel “enkel verwaarloosbare effecten genereert, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt”.

Naar aanleiding van de overlegvergadering van 22 februari 2005 wordt door alle betrokkenen afgesproken nog een aanvullende studie in opdracht van de tussenkomende partij te laten maken “aangaande de impact (...) op het verschijnsel van meervoudige valse echo’s”.

Op 7 april 2005 wordt door J. Catrysse de luchthavenstudie Ebos meervoudige radar-reflecties opgemaakt. Ook in deze studie wordt gebruik gemaakt van de voormelde detailstudie Telemic. Deze studie gaat “in detail in op het mogelijk voorkomen van (...) meervoudige radar-reflecties en de bijhorende effecten”.

In de conclusie van de studie wordt gesteld dat uit het onderzoek blijkt dat “de kans van een meervoudige reflectie uiterst miniem is, zeker bij de operationele IFR vlieghoogtes en de operationele aanvliegeroute/wachtlus in dit gebied”, alsook dat “bovendien (...) rekening (dient) gehouden te worden met de omwentelingstijd van de radarantenne, waarbij slechts om de 4 seconden opnieuw een waarneming in dezelfde richting wordt gemaakt (...) (z)elfs bij een minimale snelheid van het vliegtuig van 250km/uur kan geconcludeerd worden dat een meervoudige reflectie slechts kortstondig zal waargenomen worden bij een normale vliegbeweging”, zodat de inplanting van de windturbines “enkel tot verwaarloosbare effecten zal leiden, dan wel aanvaardbare afwijkingen bij een normale uitbating van de luchthaven, en zonder dat daarbij fundamenteel de veilige verkeerscontrole in het gedrang komt”.

32. Anders dan de verzoekende partij wil doen aannemen, lagen aan de verwerende partij geen tegenstrijdige studies voor en evenmin “eenzijdig uitgevoerde rapporten door de aanvrager”, doch studies, uitgevoerd in opdracht van de tussenkommende partij, zulks met medeweten van en zelfs in samenspraak met onder meer de verzoekende partij, die de effecten van de windturbines “minimaal” en “verwaarloosbaar” achten en de risico’s op valse echo’s geenszins een onaanvaardbaar karakter hebben gegeven. De deskundigheid van de personen die deze studies hebben opgemaakt, wordt door de verzoekende partij niet betwist.

33. Uit al deze studiegegevens maakt de verwerende partij in het bestreden besluit “zonder te diep in te gaan op de zeer technische inhoud van de discussie” vooreerst op dat “de theoretische mogelijkheid dat twee opeenvolgende radarscans (dit is na 4 seconden) aanleiding geven tot 2 opeenvolgende valse echo’s (...) zeer klein (is), gezien een vliegtuig aan een aanzienlijke snelheid door het luchtruim beweegt” en vervolgens dat “een oordeelkundige en professionele uitbating door de deskundige luchtvaartleiding van Oostende (...) in staat (moet) zijn om dergelijk zeldzaam en zeer kortstondig fenomeen te kunnen uitfilteren of interpreteren”. In bijkomende orde neemt de verwerende partij aan “dat vliegtuigen zich ter plaatse van de windturbines normaliter niet op de hoogte van de turbines

vliegen”, “dat de turbines volgens gemaakte afspraken inzake luchtvaartveiligheid niet hoger zijn dan 120m”, en “dat de luchtvaartleiding in radiocontact staat met de vliegtuigen” en besluit daaruit “dat de mogelijkheid op het voorkomen van een valse echo of van het zeer zelden voorkomen van een meervoudige echo geen gegronde redenen betekenen om voorliggende vergunning om redenen van veiligheid niet te verlenen”.

Deze overwegingen worden door de verzoekende partij niet weerlegd.

34. In de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen dat de door de verzoekende partij bekritiseerde motieven aangaande luchtvaartveiligheid afdoende zijn en gesteund worden op een correcte feitenvinding na een grondig onderzoek van de door de verzoekende partij in de loop van de vergunningsprocedure opgeworpen problematiek. De verzoekende partij toont niet aan dat er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de bestreden stedenbouwkundige vergunning en het door haar ingeroepen veiligheidsbelang.

Het middel is in zoverre ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

35. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook van de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij stelt dat de formele motiveringsplicht wordt geschonden doordat het bestreden besluit niet aangeeft “op grond van welke precieze, juiste en pertinente motieven” het afwijkt van het negatief advies van 9 mei 2005 “en zelfs van de detailstudie van ir. Trappeniers en Prof ir. Van Lil”, alsook doordat het bestreden besluit is gesteund op “manifeste onjuistheden”.

36. De tussenkomenende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel. Zij verwijst “naar haar uiteenzetting in het kader van de onontvankelijkheid van het verzoekschrift en de onontvankelijkheid van het eerste middel”.

37. De verwerende partij repliceert dat de bestreden vergunning door te verwijzen naar de van toepassing zijnde “stedenbouwregelgeving, met oog op de goede ruimtelijke ordening” pertinent, afdoende en draagkrachtig gemotiveerd is en dat in het tweede middel “opnieuw een loutere milieutechnische kritiek (wordt) geleverd”.

Beoordeling

38. De verzoekende partij heeft belang bij het middel waarin zij een decisief motief voor het verlenen van de stedenbouwkundige vergunning bekritiseert.

39. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet bepalen dat elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat deze afdoende moeten zijn.

De formele motiveringsplicht houdt evenwel niet in dat wanneer de overheid zich in haar besluit niet aansluit bij een advies, zij verplicht is het advies te weerleggen. Het volstaat dat het besluit duidelijk de redenen weergeeft die het verantwoorden en waaruit kan worden afgeleid waarom het advies in andersluidende zin niet wordt gevolgd.

Overeenkomstig het beginsel van de materiële motiveringsplicht moeten er voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan, wat onder meer inhoudt dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. Deze motieven moeten blijken uit het bestreden besluit zelf, dan wel uit de stukken van het administratief dossier.

40. De verzoekende partij steunt haar middel in essentie op dezelfde argumenten als deze die zij heeft aangehaald in het eerste middel.

Zij argumenteert dat haar negatief advies gesteund is op de wetenschappelijke studie van de K.U.L. waarbij zou zijn aangetoond dat het betrokken windturbineproject “een reëel en onaanvaardbaar risico op echo’s creëert (dat) de operationaliteit van de luchtverkeersleiding ernstig in het gedrang brengt”. Zij stelt dat dit risico ook blijkt uit de detailstudie Telemic. Verder stelt zij andermaal dat de luchthavenstudies Ebos eenzijdige studies zijn die zijn uitgevoerd

door de aanvrager, alsook dat de verwerende partij de inhoud van de luchthavenstudies niet “op een objectieve en deskundige wijze” heeft laten toetsen en dat de verwerende partij zelf niet “over de nodige deskundigheid beschikt om hierover een oordeel te vellen”. Verder wijst zij er nogmaals op dat de luchthavenstudies Ebos intern tegenstrijdig zijn met de detailstudie Telemic zodat het bestreden besluit eveneens afwijkt van de detailstudie Telemic.

41. Omwille van de bij de bespreking van het eerste middel uiteengezette redenen, kunnen de argumenten van de verzoekende partij niet worden bijgetreden. De verzoekende partij maakt bijgevolg geenszins aannemelijk dat de feitelijke vaststellingen die in het bestreden besluit worden weergegeven en de gevolgtrekkingen die daaruit worden afgeleid, manifest onjuist zijn en kennelijk onredelijk zijn. Deze overwegingen vinden steun in de voormelde luchthavenstudies Ebos waarvan de conclusies over de effecten van de windturbines niet worden tegengesproken door de conclusies van de voormelde detailstudie Telemic.

Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

42. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4.3.1 en 4.3.2 van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, zoals gewijzigd bij decreet van 18 december 2002 (hierna: DABM), van de artikelen 1, 4/ en 2, §1 van het besluit van 10 december 2004 van de Vlaamse regering houdende vaststelling van de categorieën van projecten onderworpen aan milieueffectrapportage (hierna: MER-besluit) en artikel 3, i) van de Bijlage II bij het MER-besluit, van artikel 7, 5/ van het besluit van 28 mei 2004 van de Vlaamse regering betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning, van artikel 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: het natuurbehoudsdecreet), van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en van het zorgvuldigheidsbeginsel. De verzoekende partij vraagt tevens de toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

De verzoekende partij argumenteert in een eerste onderdeel dat voor het betrokken project van zes windturbines een project-MER diende te worden opgesteld, hetgeen te dezen niet is gebeurd. Volgens de verzoekende partij diende

dit nochtans te gebeuren omdat enerzijds “de zes windturbines worden opgericht op geringe afstand van de naderingsradar van Oostende” en deze zone moet worden aanzien als een “bijzonder beschermd gebied of kwetsbaar gebied” en anderzijds omdat het betrokken windturbineproject “potentiële aanzienlijke effecten” kan hebben op de radaractiviteiten van de luchthaven van Oostende, meer bepaald door het creëren van valse echo’s. Zij verwijst daarvoor naar de studie van de K.U.L. en naar de detailstudie Telemic.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat voor het betrokken “grootschalig windturbinepark” een project-MER diende te worden opgesteld nu het is gelegen in de nabijheid van “bijzonder beschermde gebieden” in de zin van artikel 1, 4/ van het MER-besluit, minstens diende het bestreden besluit een passende beoordeling te bevatten overeenkomstig artikel 36ter, §3, lid 1 van het natuurbehoudsdecreet.

Zij verwijst ter zake naar GEN-gebieden, Habitat-gebieden, overstromingsgebieden en vogelrichtlijngebieden die in de nabijheid van het windturbinepark zijn gelegen. Verder wijst zij er op dat het betrokken gebied door het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen wordt aangeduid als “buitengebied”. In haar memorie van wederantwoord voegt zij daar aan toe dat het project ook in de nabijheid ligt van beschermd erfgoedgebied. Volgens haar is het “weinig waarschijnlijk” en “ongeloofwaardig” dat een “grootschalig windturbinepark geen potentiële aanzienlijke effecten kan hebben op de vele omringende bijzonder beschermde gebieden”. Zij meent ook dat de milieunota, naast het feit dat daarin geen, of minstens een foutieve, afweging wordt gemaakt ten aanzien van de bijzonder beschermde gebieden, diende te worden aangevuld met “informatie vanwege de autoriteiten en het publiek die gevolgen kunnen ondervinden van het project”. De verzoekende partij meent dat het bestreden besluit “op geen enkel ogenblik een passende beoordeling maakt omtrent de wezenlijke impact op de vele omringende bijzonder beschermde gebieden, noch nagaat of er een betekenisvolle aantasting van het gebied is”.

43. De tussenkomende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste middelonderdeel omdat zij “noch het GRUP, noch de milieuvergunning voor de windturbines heeft aangevochten”.

De verwerende en de tussenkomende partij werpen op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het tweede middelonderdeel. De tussenkomende partij betoogt vooreerst dat de verzoekende partij “noch tegen het GRUP noch tegen de verleende milieuvergunning in beroep is gegaan bij de Raad

van State”. Zowel de verwerende als de tussenkomen de partij argumenteren dat “nu het natuurbehoud (...) niet tot haar wettelijke opdracht behoort”, de verzoekende partij, als luchtverkeersleiding, geen belang heeft “om op te treden tegen de beweerde verstoring van speciale beschermingszones”.

44. De verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord aan dat haar belang “erin (ligt) aan te tonen dat een MER had moeten worden opgesteld”.

Beoordeling

45. De verzoekende partij heeft in principe belang bij het middelonderdeel waarin zij doet gelden dat het bestreden besluit diende te worden voorafgegaan door een project-MER. Het feit dat zij noch het GRUP, noch de milieuvergunning heeft bestreden voor de Raad van State, neemt haar belang bij dit middelonderdeel niet weg. Zij heeft evenzeer belang bij het middelonderdeel waarin zij de ontstentenis opwerpt van een passende beoordeling voor wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszones nabij de luchthaven van Oostende.

46. De verzoekende partij betwist niet dat conform de artikelen 1, 4/ en 2, §1 van het MER-besluit en artikel 3, i) van de Bijlage II bij het MER-besluit, de kwestieuze stedenbouwkundige aanvraag voor de inplanting van de vier windturbines en zelfs de verschillende stedenbouwkundige aanvragen voor de inplanting van de zes windturbines samen genomen, niet onderworpen zijn aan een project-MER.

Artikel 2, §1 van het MER-besluit bepaalt wat volgt:

“De categorieën van projecten waarvoor overeenkomstig artikel 4.3.2. §1, §2 en §3 van het decreet een project-MER moet worden opgesteld, zijn vermeld in bijlage I en bijlage II van dit besluit”.

Bijlage II bij het MER-besluit somt de categorieën van projecten op die aan een project-MER worden onderworpen maar waarvoor de initiatiefnemer een gemotiveerd verzoek tot ontheffing kan indienen. Artikel 3, i) bepaalt het volgende:

“Installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie voorzover de activiteit betrekking heeft:
- op 20 windturbines of meer, of

- op 4 windturbines of meer, die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied”.

De bijzonder beschermde gebieden worden aangeduid in artikel 1, 4/ van het MER-besluit. “Radarzones” vallen niet onder deze bijzonder beschermde gebieden.

47. De verzoekende partij betoogt dat de artikelen 1, 4/ en 2, §1 van het MER-besluit en artikel 3, i) van de Bijlage II bij het MER-besluit niet in overeenstemming zijn met het DABM. Doordat in het voormelde artikel 1, 4/ “radarzones” niet als een “bijzonder beschermd gebied” zijn opgenomen en aldus een onwettige beperking wordt ingevoerd en doordat het voormelde artikel 3, i) slechts projecten van “4 windturbines of meer, die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen hebben op een bijzonder beschermd gebied” onderwerpt aan een project-MER, worden volgens de verzoekende partij de “criteria en/of drempelwaarden” zo vastgesteld dat “in de praktijk een volledige categorie van projecten (zoals te dezen projecten voor windenergie nabij radarzones) bij voorbaat aan de verplichting tot milieueffectbeoordeling wordt onttrokken”. De verzoekende partij meent dat de in de Bijlage II bij het DABM omschreven criteria “voldoende ruim zijn omschreven zodat alle projecten die aanzienlijke effecten kunnen hebben voor het milieu, onderworpen zijn aan de Mer-plicht”. Artikel 4.2.2, §1 DABM staat de Vlaamse regering toe aan de hand van deze criteria een lijst van MER-plichtige projecten op te stellen, “doch geenszins (om) voorafgaand projecten absoluut (...) uit (te) sluiten, die aanzienlijke effecten hebben”. Volgens de verzoekende partij vindt haar zienswijze bevestiging in de richtlijn 85/337/EEG betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (hierna: MER-richtlijn), alsook in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Bijgevolg kan volgens haar, op grond van artikel 159 van de Grondwet, geen rekening worden gehouden met de beperking die wordt opgelegd in “artikel 3, i) juncto artikel 1, 4/ van de Bijlage II bij het MER-besluit”. Zij meent dan ook dat de voormelde artikelen van het MER-besluit zo moeten worden gelezen dat “ook windturbineparken van meer dan vier turbines, die aanzienlijke effecten kunnen hebben op de radaractiviteiten, Mer-plichtig zijn” en bijgevolg dat een project-MER diende te worden voorgelegd “voor het ganse project bestaande uit zes windturbines”. Daaraan gekoppeld stelt de verzoekende partij dat de formele motiveringsplicht, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel zijn geschonden nu vooreerst in het bestreden besluit geen afweging is gemaakt aangaande het toepassingsgebied van de MER-plicht en er

daarenboven kennelijk geen zorgvuldig onderzoek is gevoerd “naar effecten van dit project op de omgeving”.

De verzoekende partij vraagt op grond van artikel 234 van het EG-Verdrag de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Moeten de artikelen 4, lid 2; 2, lid 1 en 1, lid 1 van de richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, zo worden uitgelegd, dat het een lidstaat is toegestaan projecttypes of criteria en/of drempelwaarden zodanig vast te stellen (of niet vast te stellen), dat een specifiek project, zoals een windenergiepark in de nabijheid van radaractiviteiten wordt vrijgesteld, ofschoon er sprake is van potentiële aanzienlijke effecten?”.

48. Artikel 159 van de Grondwet bepaalt dat “de hoven en rechtbanken (...) de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe(passen) in zoverre zij met de wetten overeenstemmen”. Uit de duidelijke en ondubbelzinnige formulering van dat grondwetsartikel blijkt dat de erin gestelde regel enkel geldt voor de met rechtspraak belaste organen en niet voor het actief bestuur. De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaren die het bestreden besluit hebben genomen, zijn opgetreden als orgaan van het actief bestuur en niet als een met rechtspraak belast orgaan.

De Raad van State kan de toepassing van het volgens de verzoekende partij onwettige artikel 1, 4/ van het MER-besluit in combinatie met artikel 3, i) van de Bijlage II bij het MER-besluit enkel weigeren als de verzoekende partij op ontvankelijke wijze en op goede gronden de onwettigheid ervan aanvoert en dit binnen de perken waarin de onwettigheid is ingeroepen. De Raad van State is op grond van artikel 159 van de Grondwet evenwel niet bevoegd om, zoals de verzoekende partij vraagt, artikel 1, 4/ van het MER-besluit in combinatie met artikel 3, i) van de Bijlage II bij het MER-besluit “zodanig” te lezen dat “ook windturbineparken van meer dan vier turbines, die aanzienlijke effecten kunnen hebben op de radaractiviteiten, Mer-plichtig zijn”. Voorts is de exceptie van onwettigheid van het MER-besluit onontvankelijk omdat de verzoekende partij niet uiteenzet hoe dit MER-besluit “niet in overeenstemming is met het DABM” en/of de MER-Richtlijn en zich in feite beperkt tot een loutere opportunistiekritiek die de onwettigheid van het MER-besluit niet aantoont en waarvan de Raad van State in de uitoefening van het hem opgedragen wettigheidstoezicht niet bevoegd is kennis te nemen en erover uitspraak te doen. Er is dan ook geen aanleiding tot het stellen van de door de verzoekende partij voorgestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

In zoverre de verzoekende partij voor het eerst in de memorie van wederantwoord de schending aanvoert van de voormelde omzendbrief EME/2000.01 van 17 juli 2000, is het middelonderdeel alleen daarom reeds onontvankelijk.

Het eerste onderdeel wordt integraal verworpen.

49. De verzoekende partij beperkt zich in het tweede middelonderdeel tot de beweringen “dat het weinig waarschijnlijk is dat het grootschalig windturbinepark (...) geen aanzienlijke impact kan hebben op de nabijgelegen bijzonder beschermde gebieden”, dat het “ongeloofwaardig is dat een grootschalig windturbinepark geen potentiële aanzienlijke effecten kan hebben op de vele omringende bijzonder beschermde gebieden” en “dat de milieunota (bij de vergunningsaanvraag) (...) niet aantoonst dat er zich geen aanzienlijke effecten kunnen voordoen ten aanzien van de bijzonder beschermde gebieden”.

50. Uit de gegevens van het dossier blijkt wat volgt:

- uit de toelichtingsnota bij het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan blijkt dat een afweging is gemaakt ten aanzien van bepaalde nabijgelegen gebieden (waaronder de poldergebieden, de vogelgebieden, erfgoedgebieden, pleistergebieden), alsook dat een afweging is gemaakt ten aanzien van de locatie in “buitengebied”;
- uit de milieuvergunning van 17 juni 2004 blijkt dat de afdeling Milieuvergunningen van de administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer van het departement Leefmilieu en Infrastructuur en het Instituut voor Natuurbehoud een gunstig advies hebben verleend en in het besluit wordt aangegeven dat “in het kader van de opmaak van dit RUP reeds in belangrijke mate rekening werd gehouden met essentiële criteria als ruimtelijke inpassing, landschappelijke impact, afstand tot woningen en interactie met avifauna”;
- bij de stedenbouwkundige aanvraag voor het betrokken windturbineproject werd een omstandige milieunota gevoegd waarin eveneens dieper is ingegaan op de milieu-impact van het project;
- bij de voormelde milieunota is een positief advies van het Instituut voor Natuurbehoud van respectievelijk 26 april 2001 en 5 november 2003 gevoegd;
- in het kader van het onderzoek van de stedenbouwkundige aanvraag is advies gevraagd aan verschillende instanties, waaronder de afdeling Land, de afdeling Monumenten en Landschappen en het Instituut voor Natuurbehoud, die allen een gunstig advies hebben verleend.

Uit de voormelde documenten blijkt onder meer dat het project voldoet aan de algemene randvoorwaarden met betrekking tot buffers rond officieel beschermde gebieden. Daarenboven blijkt uit het advies van het Instituut voor Natuurbehoud van 4 februari 2005 dat daarin uitgebreid wordt ingegaan op de impact van het windturbineproject op “de broedvogelpopulaties, de pleisterende en foeragerende vogelsoorten, en trekroutes”.

Gelet op al deze gegevens, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat het vergunde windturbineproject een aanzienlijke invloed heeft of kan hebben op de betrokken bijzonder beschermde gebieden en evenmin dat bij de stedenbouwkundige aanvraag voor het betrokken windturbineproject onvoldoende onderzoek zou zijn gevoerd naar de milieueffecten van het project en bijgevolg geen passende beoordeling daaromtrent werd uitgevoerd.

Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

51. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet “doordat het (gewestelijk) ruimtelijk uitvoeringsplan onwettig is wegens schending van” het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht, de omzendbrief van 17 juli 2000 EME/2000.01 Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines waarin de toepassing van het voorzorgsbeginsel is voorgeschreven, het voorzorgsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quem ipse fecisti, artikel 36ter van het natuurbehoudsdecreet en bij toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing dient te worden verklaard.

De verzoekende partij stelt dat het bestreden besluit zich ertoe beperkt “het voorliggend project, dat deel uitmaakt van een grootschalig windmolenpark bestaande uit zes windturbines van elk meer dan 1,5MW” te toetsen aan het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel”, hetgeen “geen juist beeld geeft van de impact van het voorliggend project op de omgeving”. Samengevat meent de verzoekende partij dat “op grond van het voorzorgs- en het zorgvuldigheidsbeginsel, reeds toepassing kon worden gemaakt van (...) Richtlijn (2001/42/EG) (niettegenstaande deze Richtlijn op dat ogenblik nog niet was omgezet in interne reglementering)”, zodat voorafgaandelijk aan het vaststellen van het betrokken gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan een plan-MER

moest worden opgesteld. Zij wijst er in dit verband op dat het betrokken windturbineproject “is gelokaliseerd in de nabijheid van verscheidene bijzondere beschermingszones, alsook van de luchthaven van Oostende”. De verzoekende partij meent dat het voormelde gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan onwettig tot stand is gekomen, waardoor het buiten toepassing moet worden verklaard.

Volgens de verzoekende partij is het bestreden besluit bijgevolg gesteund op “onwettige motieven (...), hetgeen in strijd is met de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet” en diende het bestrokkene windturbineproject te worden getoetst aan het geldende gewestplan en de nabije omgeving.

52. De tussenkomenende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het aangevoerde middel.

Beoordeling

53. Het feit dat de verzoekende partij het in het middel onwettig geachte gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” niet met een annulatieberoep heeft bestreden, ontnemt haar niet de mogelijkheid thans tegen het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan de exceptie ex artikel 159 van de Grondwet aan te voeren.

54. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat het vergunde project zich situeert op percelen die volgens de geldende bestemmingsvoorschriften gelegen zijn in agrarisch gebied waar eveneens het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel” van kracht is, vastgesteld bij besluit van de Vlaamse regering van 4 juli 2003, hetwelk ter plaatse in overdruk op de basisbestemming van het gewestplan de inplanting en exploitatie van windturbines en de bijbehorende noodzakelijke infrastructuur toelaat.

In het bestreden besluit wordt onder meer het volgende gesteld:

“STEDENBOUWKUNDIGE BASISGEGEVENS UIT PLANNEN VAN AANLEG

(...)

Bepaling van het plan dat van toepassing is op de aanvraag

Voor het gebied van de voorliggende aanvraag zijn zowel het gewestplan als het ruimtelijk uitvoeringsplan (overdruk) van toepassing. Voor de behandeling van de aanvraag zelf is in hoofdzaak het ruimtelijk uitvoeringsplan van belang.

Overeenstemming met dit plan

De aangevraagde windturbines (en bijhorende plaatselijke verhardingen en leidingen) zijn in overeenstemming met dit ruimtelijk uitvoeringsplan.

De 4 turbines maken deel uit van een groter geheel waarbij het plangebied van het ruimtelijk uitvoeringsplan maximaal wordt ingevuld voor de ontwikkeling van een windturbinepark bestaande uit 6 grote turbines, ingeplant parallel met de autosnelweg. De vier turbines van de voorliggende aanvraag betreffen de eerste twee en de laatste twee van deze rijopstelling. De stedenbouwkundige vergunning voor de twee middenste turbines werden ondertussen aangevraagd door andere projectontwikkelaars.

Het beoogde windturbinepark zal aldus bestaan uit 6 analoge constructies die in drie groepjes van twee opgesteld zullen staan evenwijdig met de autosnelweg. De turbines staan per twee op 350 m van elkaar ingeplant op ongeveer 135 m uit de as van de A18. De tussenafstand tussen de eerste en tweede groep bedraagt 765 m, tussen de tweede en derde groep is deze afstand 702 m, wat als een visueel samenhangend totaalbeeld kan beschouwd worden.

Het totaalbeeld beantwoordt aan de stedenbouwkundige bepalingen:

1. In de gehele zone kunnen 6 turbines geplaatst worden met als individueel vermogen meer dan 1.5 MW.
2. Voorliggende bouwaanvraag is de eerste stap in de realisatie van het totaalbeeld en omvat 4 windturbines.
3. De inplanting gebeurt volgens een enkele lijnvormige opstelling evenwijdig met de naastliggende hoofdweg
4. De maximale hoogte ten opzichte van het maaiveld is 120m tiphogte (mast met hoogste stand rotorblad).

Door de beperkte omvang van de inplantingszone van de turbines vormt de aanvraag geen beletsel tot redelijke benutting van de agrarische bestemming van de gronden. Ook kan gesteld dat de impact op de landbouwstructuren vrij beperkt is, mede doordat de ontsluitingswegenis tot het noodzakelijke wordt beperkt door optimaal gebruik van de bestaande wegenis; tevens wordt de nieuwe wegenis aangelegd naast bestaande begrenzingen (cf. ligging naast waterloopjes). Bovendien wordt deze wegenis uitgevoerd in semi-permanente verharding (steenslag) en in hoofdzaak beperkt tot een breedte van 3 meter.

De middenspanningscabines (en bijhorende plaatselijke verhardingen en leidingen) zijn gelegen buiten het ruimtelijk uitvoeringsplan en zijn niet overeenkomstig de agrarische bestemming volgens het gewestplan.

Afwijkings- en uitzonderingsbepalingen

Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied (artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen)

(...)

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

Voorliggend project vormt de aanzet en hoofdbestanddeel van een windturbinepark conform het daartoe ontworpen gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan en conform de ruimtelijke principes van het ruimtelijk structuurplan Vlaanderen. Het betreft een verantwoorde inplanting in lijnopstelling, gebundeld met een kern in het buitengebied én langs een structurerende lijninfrastructuur, ver van zonevreemde woningen en buiten alle negatieve buffers rond natuurgebieden.

Omwille van de oordeelkundige inplanting van de middenspanningscabines (telkens in de hoek van percelen) alsook omwille van hun bescheiden volume, kan gesteld worden dat hun ruimtelijke impact op de omgeving alsook op de landbouwstructuren minimaal is, zodat ze kunnen vergund worden gebruik makend van voormeld artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de

gewestplannen. Hierbij kan een streekeigen groenscherm de inpassing in de directe omgeving verzekeren.
(...)”.

Uit de voormelde motivering blijkt dat “voor de behandeling van de aanvraag zelf (...) in hoofdzaak het ruimtelijk uitvoeringsplan van belang (is)”, zodat de aanvraag werd getoetst aan het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel”.

55. Artikel 3.2 van de richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma’s (hierna: SEA-richtlijn) luidt als volgt:

“Onverminderd lid 3, wordt een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma’s

- a) die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, energie, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten, of
- b) waarvoor, gelet op het mogelijk effect op gebieden, een beoordeling vereist is uit hoofde van de artikelen 6 of 7 van Richtlijn 92/43/EEG”.

Artikel 13.1 SEA-richtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen in werking treden om vóór 21 juli 2004 aan deze richtlijn te voldoen. De lidstaten stellen de Commissie onverwijld in kennis van de genomen maatregelen”.

Overeenkomstig artikel 13 SEA-richtlijn diende deze richtlijn aldus uiterlijk op 21 juli 2004 in de interne rechtsorde te zijn omgezet.

Door middel van het decreet van 18 december 2002 tot aanvulling van het DABM met een titel betreffende de milieueffect- en veiligheidsrapportage, werd de SEA-richtlijn gedeeltelijk in de Belgische interne rechtsorde omgezet.

Artikel 4.2.1 DABM, zoals van toepassing op het ogenblik van het nemen van het bestreden besluit, luidt als volgt:

“Voorgenomen plannen en programma’s worden, alvorens ze kunnen worden goedgekeurd, aan een milieueffectrapportage onderworpen in de gevallen bepaald in dit hoofdstuk”.

Artikel 4.2.2, §§ 1 tot 3 DABM, zoals van toepassing op het ogenblik van het nemen van het bestreden besluit, luidt als volgt:

“§ 1. De Vlaamse regering wijst, aan de hand van de criteria die worden omschreven in de bij dit decreet gevoegde bijlage I, de plannen en programma's aan die worden onderworpen aan de in dit hoofdstuk bedoelde vorm van milieueffectrapportage.

§ 2. De Vlaamse regering beslist geval per geval en aan de hand van de criteria die worden omschreven in de bij dit decreet gevoegde bijlage I, of andere plannen en programma's dan die vermeld in §§ 1 en 3 al dan niet worden onderworpen aan de in dit hoofdstuk bedoelde vorm van milieueffectrapportage omdat zij aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.

§ 3. De Vlaamse regering wijst de plannen en programma's aan die niet worden onderworpen aan de in dit hoofdstuk bedoelde vorm van milieueffectrapportage omdat de desbetreffende besluitvormingsprocedure de in artikel 4.1.4, § 2, opgesomde essentiële kenmerken van de milieueffectrapportage heeft”.

Er werd door de Vlaamse regering met betrekking tot het toepassingsgebied van de plannen en programma's die in de Vlaamse regelgeving in aanmerking kunnen komen voor de uitvoering van de planmilieueffectenrapportage (hierna: plan-MER) geen uitvoeringsbesluit uitgevaardigd, zodat ten tijde van het vaststellen van het kwestieuze gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan het omzetten van de SEA-richtlijn onvolledig was gebeurd en de relevante bepalingen van het DABM aldus nog niet operationeel waren. Bovendien was de omzettingstermijn op dat ogenblik nog niet verstreken.

Het feit dat in het Belgisch Staatsblad van 20 juni 2007 (Ed. 3) het decreet van 27 april 2007 houdende wijziging van titel IV van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en van artikel 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: het decreet van 27 april 2007) werd bekendgemaakt, doet niets af aan die vaststelling. Dit decreet, dat zo is opgesteld dat het niet meer nodig is om een uitvoeringsbesluit uit te vaardigen dat het toepassingsgebied van de plan-MERplicht afbakt, geldt immers pas sinds 1 december 2007, zodat het sowieso niet meer van toepassing kan zijn op het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zone voor windturbines Gistel”.

56. De verzoekende partij betwist niet dat uit het voormelde volgt dat het uitvoeren van een plan-MER nog niet wettelijk verplicht was toen het voormelde gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan werd vastgesteld bij besluit van de Vlaamse regering van 4 juli 2003. De verzoekende partij toont niet aan dat het voorzorgen/of het zorgvuldigheidsbeginsel in die omstandigheden geschonden zijn door “bij de voorbereiding van het GRUP (g)een plan-Mer” te hebben laten opmaken.

Om de in het randnummer 27 vermelde redenen is de exceptie van onwettigheid gesteund op de schending van de voormelde omzendbrief en het beginsel patere legem quem ipse fecisti onontvankelijk.

In zoverre de onwettigheidsexceptie gesteund wordt op de schending van artikel 36ter, § 3, eerste lid van het natuurbehoudsdecreet, is ze onontvankelijk omdat de verzoekende partij nalaat uiteen te zetten hoe het kwestieuze gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan deze decretale bepaling zou schenden.

De exceptie op grond van artikel 159 van de Grondwet en bijgevolg het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig mei 2010, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Roger Stevens