



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 71.278/1
van 27 april 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2015 tot aanwijzing van de Vlaamse en provinciale projecten ter uitvoering van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning’

Op 29 maart 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2015 tot aanwijzing van de Vlaamse en provinciale projecten ter uitvoering van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 19 april 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 april 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe te bepalen dat de Vlaamse Regering bevoegd is om in eerste administratieve aanleg een beslissing te nemen over alle aanvragen¹ met betrekking tot installaties voor het opwekken van elektriciteit door windenergie met een vermogen per windturbine van minstens 1.500 kW of meer.²

Hiertoe worden de bijlagen 1 en 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2015 ‘tot aanwijzing van de Vlaamse en provinciale projecten ter uitvoering van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning’ waarin respectievelijk de Vlaamse en provinciale projecten worden aangewezen, gewijzigd (artikelen 1 en 2 van het ontwerp).

Bij wijze van overgangsmaatregel wordt een omgevingsvergunningsaanvraag die ingediend is voor de inwerkingtreding van het ontworpen besluit, behandeld conform de regelgeving inzake de omgevingsvergunning zoals van kracht voor de datum van inwerkingtreding van het ontworpen besluit (artikel 3).

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 2, eerste lid, 9° en 11°, van het decreet van 25 april 2014 ‘betreffende de omgevingsvergunning’ waarnaar wordt verwezen in de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef. De eerste bepaling omschrijft ‘provinciale projecten’ als de door de Vlaamse Regering limitatief aangewezen projecten waarvoor de deputatie bevoegd is om in eerste administratieve aanleg een beslissing te nemen. De tweede bepaling omschrijft ‘Vlaamse projecten’ als de door de Vlaamse Regering limitatief aangewezen projecten waarvoor de Vlaamse Regering bevoegd is om in eerste administratieve aanleg een beslissing te nemen.³

¹ In bijlage 1 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2015 wordt verstaan onder aanvragen:

1° de aanvragen voor stedenbouwkundige handelingen met inbegrip van de voor het functioneren noodzakelijke aanhorigheden en de eventueel met het project inherent verbonden natuur- en waterbergingscompensaties en landschappelijke integratiemaatregelen;

2° de aanvragen voor het exploiteren van ingedeelde inrichtingen of activiteiten;

3° de aanvragen voor kleinhandelsactiviteiten;

4° de aanvragen voor wijzigingen van de vegetatie, vermeld in artikel 9bis, § 7, en artikel 13, § 4 en § 5, van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu.

² Voor installaties met een vermogen van meer dan 1.000 MW die aantakken op het openbare elektriciteitsnet (ontworpen punt 10°, a) van bijlage 1 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2015), is dit nu reeds het geval.

³ Voor gemeentelijke projecten verleent artikel 2, eerste lid, 5°, van het decreet van 25 april 2014 de Vlaamse Regering de bevoegdheid om de limitatieve lijst met gemeentelijke projecten op te stellen. De gemachtigde bevestigt dat er vooralsnog geen besluit is genomen dat dergelijke projecten oplist.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

4. Gevraagd wat de implicaties zijn van de beoogde herindeling van de betrokken installaties voor de omgevingsvergunningenprocedure, antwoordde de gemachtigde:

“Het verschil van deze herindeling is dat inrichtingen/installaties van meer dan 1.500 kW steeds aangevraagd moeten worden bij en behandeld worden door de Vlaamse Regering. Het onderscheid dat thans bestaat (in zeehavens / tot en met 4 turbines) zal dus verdwijnen.

In de huidige regeling worden immers volgende aanvragen op provinciaal niveau behandeld:

6° aanvragen met betrekking tot installaties voor het opwekken van elektriciteit door windenergie tot en met vier windturbines per aanvraag, met een vermogen per windturbine van meer dan 1.500 kW, buiten de grenzen van de zeehavens van Oostende, Zeebrugge, Gent en Antwerpen, zoals afgebakend in een ruimtelijk uitvoeringsplan;

Deze aanvragen zullen dus niet langer op provinciaal niveau behandeld worden, maar aangevraagd bij en (in voorkomend geval) vergund door de Vlaamse Regering.

De verschillende stappen in de omgevingsvergunningenprocedure blijven ongewijzigd (indienen aanvraag, ontvankelijkheids- en volledigheidsonderzoek, onderzoek van het project (met advisering en openbaar onderzoek), beslissing over een vergunningsaanvraag – telkens op basis van dezelfde criteria, voorwaarden, aandachtspunten als in de procedure op provinciaal niveau.

Enige verschil is dat tegen de dossiers die vandaag de dag op provinciaal niveau behandeld worden, administratief beroep open staat bij de Vlaamse Regering. Dossiers die in eerste aanleg ingediend worden bij de Vlaamse Regering maken voorwerp uit van een enige aanleg. Hiertegen dient men in beroep te gaan bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen.”

Gevraagd hoe de ontworpen wijziging spoort met het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 ‘houdende vaststelling van de categorieën van projecten onderworpen aan milieueffectrapportage’, antwoordde de gemachtigde bovendien:

“Voorliggend besluit doet geen afbreuk aan de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004. Indien op basis van dat besluit een project-MER opgemaakt dient te worden, zal deze verplichting onverkort gelden, ongeacht de overheid die bevoegd is voor de behandeling van de vergunningsaanvraag.

Ongeacht het niveau dat een beslissing neemt over een vergunningsaanvraag, dient de beslissing als een project-MER is opgemaakt, volgende elementen te bevatten:

a) de gemotiveerde conclusie van de bevoegde overheid, vermeld in artikel 15 van het decreet van 25 april 2014, over de aanzienlijke effecten van het project op het milieu. Bij het nemen van de gemotiveerde conclusie wordt rekening gehouden met de resultaten van het onderzoek van de afdeling, bevoegd voor veiligheids-milieueffectenrapportage, vermeld in artikel 4.3.8, § 2, van het DABM, en met de adviezen, standpunten, opmerkingen en bezwaren die zijn uitgebracht in het kader van de gevolgde vergunningsprocedure;

b) een beschrijving van alle kenmerken van het project of de geplande maatregelen om aanzienlijke nadelige effecten op het milieu te vermijden, te voorkomen of te beperken en, indien mogelijk, te compenseren en, in voorkomend geval, monitoringsmaatregelen;

c) in voorkomend geval de vaststelling van de procedures voor de monitoring van de aanzienlijke nadelige milieueffecten die door de aanvrager uitgevoerd moeten worden, als er op basis van andere wetgeving geen andere monitoringsregeling is vastgesteld.”

5. Het laat zich aanzien dat de ontworpen regeling de bestaande inspraakmogelijkheden via het openbaar onderzoek en de milieueffectenrapportage onverlet laat. Wel wordt het hoorrecht in het kader van de administratieve procedure gewijzigd. De herindeling heeft immers als gevolg dat voortaan slechts één administratieve aanleg zal gelden voor de Vlaamse projecten die dat voorheen niet waren. Wel blijft een jurisdictioneel beroep mogelijk.

6. Artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet bevat, met betrekking tot het recht op de bescherming van het leefmilieu, een *standstill*-verplichting die eraan in de weg staat dat de bevoegde wetgever het beschermingsniveau dat wordt geboden door de van toepassing zijnde wetgeving, in aanzienlijke mate vermindert zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang.⁴

De voormelde *standstill*-verplichting kan echter niet zo worden begrepen dat ze de bevoegde overheid zou verbieden wijzigingen aan te brengen in het vergunningenstelsel inzake stedenbouw en milieu, zoals in de in bijlage 1 bij VLAREM II opgenomen indelingslijst. Zij verbiedt enkel maatregelen te nemen die een aanzienlijke achteruitgang zouden betekenen van het bij artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet gewaarborgde recht,⁵ zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang, maar zij onzegt de bevoegde overheid niet de bevoegdheid om te oordelen hoe dat recht op de meeste adequate wijze kan worden gewaarborgd.⁶

De mogelijkheid tot inspraak bij de vergunningenprocedures biedt een waarborg voor de vrijwaring van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu. Deze inspraak wordt in beginsel verwezenlijkt door de organisatie van een openbaar onderzoek. Het recht om te worden gehoord biedt een bijkomende mogelijkheid tot inspraak.⁷

⁴ GwH 3 december 2015, nr. 175/2015, B.4.2; GwH 18 juli 2019, nr. 113/2019, B.8.2; GwH 21 januari 2021, nr. 6/2021, B.4.2.

⁵ Het uit artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet voortvloeiende “*standstill*-beginsel” is wat het milieurecht betreft, voor het Vlaamse Gewest neergelegd in artikel 1.2.1, § 2, DABM dat bepaalt dat het milieubeleid onder meer berust op het *standstill*-beginsel (RvS 2 mei 2019, nr. 244.351, randnr. 32).

⁶ GwH 6 oktober 2016, nr. 125/2016, B.17.1.

⁷ GwH 15 juni 2017, nr. 73/2017, B.6 en B.7.

Gevraagd hoe het ontnemen van een administratieve aanleg verantwoord wordt in het licht van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu, opgenomen in artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet,⁸ antwoordde de gemachtigde:

“- Keuze voor Vlaamse Regering als bevoegde overheid

Meer en meer worden we met de neus op de feiten gedrukt: energievoorziening aan betaalbare prijzen en energiezekerheid zijn cruciaal in het functioneren van een hele maatschappij. Het algemeen belang vraagt dat we volop inzetten op de productie van hernieuwbare elektriciteit. Windenergie is daarbij essentieel. In tegenstelling tot zonne-energie kent windenergie immers geen seizoensgebonden fluctuaties. Ook wordt windenergie dag en nacht geproduceerd. Een vlotte vergunningverlening voor windenergie is dan ook van algemeen belang en van Vlaams strategisch belang. Net zoals andere voor Vlaanderen strategische infrastructuur (wegen havens, luchthavens, waterwegen, spoorwegen) kiezen we er dan ook voor om de Vlaamse Regering de bevoegde overheid te maken.

- Geen achteruitgang van het milieu

Een verschuiving van de bevoegdheid inzake vergunningverlening in eerste aanleg zal geen achteruitgang van het leefmilieu met zich meebrengen. De vergunningverlenende overheid is en blijft immers gebonden door dezelfde inhoudelijke beoordelingscriteria (stedenbouwkundige voorschriften en hun afwijkingsmogelijkheden, Vlaamse-normen, sectorale wetgeving, luchtvaarterfdienstbaarheden, mer-regelgeving, ...). Artikel 23 van de Grondwet wordt door de wijziging niet geschonden. Bovendien is nog steeds een beroepsmogelijkheid bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen (en in cassatie bij de Raad van State) voorhanden. De toegang tot de rechter, die gegarandeerd wordt door het verdrag van Aarhus, is dan ook ten volle gerespecteerd. (...).”

7. De afdeling Wetgeving merkte eerder in advies 68.883/1 van 6 april 2021 met betrekking tot het opheffen van een aantal administratieve beroepsmogelijkheden op:

“Het Grondwettelijk Hof heeft in arrest 131/2019 van 10 oktober 2019 geoordeeld dat de opheffing van het vorderingsrecht namens de provincie, het geboden beschermingsniveau in aanzienlijke mate had verminderd zonder dat daarvoor redenen voorhanden waren die verband hielden met het algemeen belang, wat een schending van artikel 23 van de Grondwet inhield.

Vermits niet met zekerheid kan worden gesteld dat deze zienswijze van het Grondwettelijk Hof kan worden getransponeerd op de opheffing van een administratieve beroepsmogelijkheid voor belanghebbende derden, maar evenmin kan worden uitgesloten, verdient het aanbeveling in de memorie van toelichting een verantwoording dienaangaande in het licht van artikel 23 van de Grondwet op te nemen.”⁹

De keuze voor de Vlaamse Regering als bevoegde overheid in eerste en enige administratieve aanleg voor aanvragen met betrekking tot installaties voor het opwekken van

⁸ Welke vraag zich des te meer lijkt te stellen in geval van toepassing van de vereenvoudigde vergunningsprocedure waarin er geen openbaar onderzoek is en dus evenmin inspraak door de organisatie van een openbaar onderzoek wordt verzekerd.

⁹ Adv.RvS 68.883/1 van 6 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 18 juni 2021 ‘tot wijziging van het Bodemdecreet van 27 oktober 2006, het Mestdecreet van 22 december 2006 en het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalcringen en afvalstoffen, wat betreft het opheffen van administratieve beroepsmogelijkheden’, opmerking 4.2 (*Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 755/1).

elektriciteit door windenergie met een vermogen per windturbine van 1.500 kW of meer, houdt evenzeer de opheffing van een administratieve beroepsmogelijkheid in, zodat het om voormelde redenen niet kan worden uitgesloten dat de ontworpen wijzigingen als een aanzienlijke achteruitgang van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu zouden worden beschouwd.

Indien deze wijzigingen in het licht van artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet een aanzienlijke achteruitgang zouden inhouden ten opzichte van de bestaande wetgeving, zullen de stellers van het ontwerp moeten kunnen aantonen dat die maatregelen redelijk gerechtvaardigd zijn in het licht van de nagestreefde doelstelling van algemeen belang.

Artikelen 1 en 2

8. De vraag rijst hoe de ontworpen wijziging om ‘installaties voor het opwekken van elektriciteit door windenergie met een vermogen per windturbine van 1.500 kW of meer’ aan te wijzen als Vlaams project spoort met rubriek 20.1.6., 1°, b) en c) van de indelingslijst opgenomen in bijlage 1 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (VLAREM II). In de VLAREM II indelingslijst zijn *inrichtingen* voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie met een *elektrisch* vermogen *tot en met* 1.500 kW klasse 2-inrichtingen. De inrichtingen met een elektrisch vermogen van meer dan 1.500 kW zijn klasse 1-inrichtingen.

De ontworpen bepaling maakt tot Vlaams project de *installaties* voor de productie van elektriciteit door windenergie met een *vermogen* per windturbine van *1.500 kW of meer*.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde:

“Terecht wordt opgemerkt dat in de indelingslijst van titel II van het VLAREM gesproken wordt over inrichtingen, waarbij inrichtingen met een **elektrisch** vermogen **van meer dan** 1500 kW als klasse 1 beschouwd worden.

De ontworpen bepaling wordt daarom inderdaad beter afgestemd met de formulering in de indelingslijst. Voorgesteld wordt om in voorliggend besluit de Vlaamse Regering bevoegd te maken voor ‘*installaties voor het opwekken van elektriciteit door windenergie met een **elektrisch** vermogen per windturbine van **meer dan** 1.500 kW*’.

De term ‘installaties’ blijft o.i. best behouden in het kader van de ontworpen regeling (en niet de term ‘inrichting’). Die term ‘inrichting’ is immers een loutere milieuterm, en de Vlaamse lijst gaat over meer dan enkel het milieu-aspect.

Overeenkomstig artikel 15, §1, 3^{de} lid van het decreet betreffende de omgevingsvergunning is de deputatie slechts bevoegd voor klasse 1-inrichtingen ‘*die noch een Vlaams noch een gemeentelijk project of een onderdeel van een van beide zijn*’. Dit maakt duidelijk dat de bevoegde overheid in deze dossiers dus de Vlaamse overheid zal zijn, niettegenstaande windturbines van meer dan 1.500 kW als klasse-1 gelden.”

Met dit tekstvoorstel kan worden ingestemd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME