



# Vlaamse windturbijnennormen onwettig volgens het Hof van Justitie, maar prompt gevalideerd door het Vlaams Parlement

HvJ EU (Grote Kamer) 25 juni 2020, nr. C-24/19, Mestdagh e.a.

Bij arrest van 25 juni 2020 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de sectorale normen voor windturbines, opgenomen in afdeling 5.20.6 van VLAREM II, beschouwd dienen te worden als een plan of programma in de zin van de Plan-MER-richtlijn.<sup>1</sup> Aan de vaststelling van deze normen door de Vlaamse Regering ging aldus ten onrechte geen plan-MER vooraf. Het Hof trekt daarmee, niet onverwacht,<sup>2</sup> de d'Oultremont-rechtspraak in verband met de Waalse windturbijnennormen door. Om een totale stilstand van de sector te vermijden, heeft het Vlaams Parlement prompt een decreet 'tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines' aangenomen. Het decreet van 17 juli 2020 valideert de sectorale normen voor het verleden en voor de toekomst voor een periode van drie jaar.<sup>3</sup> De Vlaamse Regering wordt geïnstrueerd om nieuwe sectorale normen vast te stellen, ditmaal voorafgegaan door een plan-MER. Actiecomités wetten alvast de messen.

## Waals precedent ...

Het d'Oultremont-arrest van het Hof van Justitie is intussen welbekend.<sup>4</sup>

Bij besluit van de Waalse Regering van 13 februari 2014 werden sectorale normen voor windturbines vastgesteld. In het kader van een beroep tot nietigverklaring van die normen, vraagt de Raad van State (RvS) aan het Hof van Justitie of dergelijke normen beschouwd dienen te worden als een 'plan of programma' in de zin van de Europese Plan-MER-richtlijn, in welk geval een voorafgaande

milieubeoordeling in overeenstemming met die richtlijn uitgevoerd had moeten worden.<sup>5</sup>

Bij arrest van 27 oktober 2016 beantwoordt het Hof van Justitie die vraag bevestigend.

- 1 Richtl. EP en Raad 2001/42/EG, 27 juni 2001, betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's.
- 2 G. VERHELST, "Waalse windturbines zetten Europese domino in gang. De algemene en sectorale milieuvoorwaarden in het vizier van de Plan-MER-richtlijn", *TOO* 2016, 532-535.
- 3 *BS* 24 juli 2020.
- 4 Zie naast de in vn. 2 aangehaalde commentaar P. DE SMEDT, "EU-

Hof zet deur open voor beoordelingsplicht milieueffecten van wetgeving", *De Juristenkrant* 2016, afl. 340, 6; P. DE SMEDT en M. STRUBBE, "Naar een algemene milieubeoordelingsplicht van wetgeving?", *TROS* 2018, 175-184; T. MALFAIT, "Sectorale voorwaarden voor windturbines en plan-mer-plicht: de soep...", *TOO* 2018, 154-157.

- 5 RvS 2 juni 2015, nr. 231.425, d'Oultremont.

Een milieubeoordeling wordt volgens artikel 3 van de Plan-MER-richtlijn opgesteld voor plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. De richtlijn is van toepassing op plannen of programma's (1) die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld, en (2) die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven.<sup>6</sup> Voor bepaalde plannen en programma's wordt de aanwezigheid van aanzienlijke milieueffecten in principe verondersteld. Dat is o.m. het geval voor plannen en programma's 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 de Project-MER-richtlijn<sup>7</sup> genoemde projecten.<sup>8</sup>

Nu de Plan-MER-richtlijn als essentiële doelstelling heeft te waarborgen dat plannen en programma's die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben aan een milieubeoordeling worden onderworpen, is een ruime uitlegging van de richtlijn volgens het Hof aangewezen.<sup>9</sup>

In de eerste plaats beantwoordt het Hof van Justitie in het d'Oultremont-arrest de vraag of een plan of programma noodzakelijk een *integraal* toetsingskader moet inhouden om 'een kader te vormen' voor de toekenning van een vergunning voor een project. De secto-

rale normen voor windturbines bepalen immers slechts een deel van het toetsingskader voor windturbines.

Het Hof stelt vast dat de sectorale normen voor windturbines een heel pakket criteria en modaliteiten vaststellen voor de goedkeuring en uitvoering van windturbineprojecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Het is volgens het Hof van Justitie niet vereist dat het plan of programma een *exhaustief* toetsingskader bepaalt.

In de tweede plaats gaat het Hof van Justitie na of het een beletsel vormt dat de sectorale normen voor windturbines in principe gelden voor het volledige grondgebied van het Waalse gewest, zonder concreet toegespitst te zijn op een bepaald gebied.

Het Hof van Justitie wijst erop dat plannen of programma's niet noodzakelijk gericht moeten zijn op de ruimtelijke ordening van een specifiek gebied. Er moet wel een bepaalde koppeling zijn met het grondgebied, maar het volstaat dat de plannen en programma's 'in breder opzicht zijn gericht op de ruimtelijke ordening van gebieden of zones in het algemeen'. Dat blijkt het geval te zijn voor de sectorale normen voor windturbines, die immers een nauwe band vertonen met het grondgebied van het Waalse gewest. Het Hof stelt bijvoorbeeld vast dat de geluidsnormen bepaald worden in functie van de bestemming van het gebied.

Latere arresten van het Hof van Justitie trekken deze ruime lezing van het begrip 'plannen en programma's' door.<sup>10</sup>

## Het Hof van Justitie ziet geen redenen om terug te komen op zijn rechtspraak.

In navolging van het arrest van het Hof van Justitie heeft de RvS de Waalse sectorale normen voor windturbines bij arrest van 16 november 2017 vernietigd, met dien verstande dat de gevolgen van het vernietigde besluit van de Waalse Regering van 13 februari 2014 definitief werden gehandhaafd gedurende een periode van drie jaar vanaf de kennisgeving van het arrest.<sup>11</sup> Deze tijdelijke handhaving werd als noodzake-

6 Het begrip 'plannen en programma's' wordt nader omschreven in art. 2, a) Plan-MER-richtlijn.

7 Richtl. EP en Raad 2011/92/EU, 13 december 2011, betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten.

8 Art. 3, tweede lid, a) Plan-MER-richtlijn. Er geldt een uitzondering voor plannen en programma's die het gebruik bepalen van kleine gebieden op lokaal niveau en voor plannen en programma's die slechts een kleine wijziging inhouden. Voor die plannen en programma's wordt geval per geval beoordeeld of zij aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Zie art. 3, derde en vijfde lid Plan-MER-richtlijn.

9 Zie overw. 37 tot 39 van het arrest d'Oultremont, met verwijzing naar de arresten HvJ EU 22 maart 2012, nr. C-567/10, Inter-Environnement Bruxelles e.a. en HvJ EU 10 september 2015, nr. C-473/14, Dimos Kropias Attikis.

10 In verband met een Brusselse gewestelijke stedenbouwkundige verordening: HvJ EU 7 juni 2018, nr. C-671/16, Inter-Environnement Bruxelles; in verband met een Waalse reglementaire afwijkingsbepaling: HvJ EU 7 juni 2018, nr. C-160/17, Thybaut e.a.

11 RvS 16 november 2017, nr. 239.886, d'Oultremont.



© Wikipedia

lijk beschouwd omdat een onmiddellijke vernietiging – met retroactief effect – de realisatie van de doelstellingen van de Hernieuwbare-energie richtlijn 2009<sup>12</sup> in het gedrang zou brengen. In latere arresten worden middelen gesteund op de onwettigheid van de ‘gehandhaafde’ Waalse windturbinesnormen verworpen onder verwijzing naar het absolute gezag van gewijsde dat kleefte aan het d’Oultremont-arrest van de RvS van 16 november 2017.<sup>13</sup>

Inmiddels werd in het Waalse gewest een plan-MER opgemaakt, dat samen met twee ontwerpbesluiten met nieuwe sectorale normen aan een openbaar onderzoek werd onderworpen van 17 februari 2020 tot en met 2 april 2020.<sup>14</sup> Wellicht zullen de nieuwe sectorale normen in Wallonië dus op de valreep – binnen de door de RvS opgelegde termijn van drie jaar – vastgesteld kunnen worden.

### ... krijgt navolging in Vlaanderen

De d’Oultremont-rechtspraak van het Hof van Justitie deed ook in Vlaanderen behoorlijk wat stof opwaaien, zeker nu

de nationale rechters niet van plan leken om zich zonder slag of stoot neer te leggen bij het oordeel uit Luxemburg. Het Belgisch Grondwettelijk Hof besliste categoriek dat wetgevende handelingen (*sensu stricto*) niet onderworpen dienen te worden aan een plan-MER.<sup>15</sup> De Nederlandse RvS oordeelde al even categoriek dat de Nederlandse sectorale normen voor windturbines evenmin binnen het toepassingsgebied van de Europese Plan-MER-richtlijn vallen.<sup>16</sup> Beide hoge rechtscollages kwamen tot dit besluit zonder voorafgaandelijk een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof in Luxemburg. Gelet op dit verzet uit de doorgaans loyale Lage Landen, was het des te meer met spanning afwachten of het Hof van Justitie zijn rechtspraak zou handhaven.

In het Vlaamse gewest werden met het besluit van de Vlaamse Regering van 23 december 2011<sup>17</sup> voor het eerst sectorale normen voor windturbines opgenomen in VLAREM II. Voordien bepaalde VLAREM II uitdrukkelijk dat de algemene geluidsnormen niet van toepassing waren op windturbines, en werd het aan de vergunningverleners

de overheid overgelaten om geval per geval geluidsemisiegrenswaarden op te leggen in functie van de omgevingsituatie.<sup>18</sup> Wel waren in de toenmalige omzendbrief van 12 mei 2006<sup>19</sup> een aantal (niet-bindende<sup>20</sup>) richtlijnen opgenomen in verband met de inplanting van windturbines, waaronder ook normen

- 12 Richtl. EP en Raad 2009/28/EG, 23 april 2009, ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG.
- 13 Zie bv. RvS 4 juli 2019, nr. 245.098, Bollinger.
- 14 Deze documenten kunnen worden ingekeken op <http://environnement.wallonie.be/plan-exploitation-eoliennes/index.html> (laatste consultatie op 25 juli 2020).
- 15 GwH 28 februari 2019, nr. 33/2019. Zie ook H. SCHOUKENS, “Guerre des juges in the making: GwH niet in lijn met HvJ omtrent toepassing plan-MER op wetgeving”, *STORM* 2019/2, bijdrage 32.
- 16 RvS NL 3 april 2019, 201709167/1/R3 en 201807375/1/R3. Zie ook B. VAN WEERDT, “Nederlandse RvS zegt nee tegen plan-MER-plicht voor sectorale normen voor windturbines”, *STORM* 2019/2, bijdrage 22.
- 17 Art. 99 B.VI.Reg. 23 december 2011 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende de vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning en van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne, wat betreft de actualisatie van voormelde besluiten aan de evolutie van de techniek, *BS* 21 maart 2012.
- 18 Art. 5.20.5.1 VLAREM II, voorafgaand aan de wijziging door B.VI.Reg. 23 december 2011.
- 19 Omz. EME/2006/01- RO/2006/02 van 12 mei 2006 houdende een afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines, *BS* 24 oktober 2006.
- 20 Vaste rechtspraak, zie bv. RvS 29 november 2012, nr. 221.550, nv BW/W Real Estate.

inzake geluid en slagschaduw. De sectorale normen werden in 2011 ingevoerd om tegemoet te komen aan het ontbreken van eenduidige en rechtszekere richtlijnen.<sup>21</sup>

Het besluit van de Vlaamse Regering van 23 december 2011 waarbij afdeling 5.20.6 werd ingevoerd in Vlarem II werd niet aangevochten bij de RvS. Voorafgaand aan het d'Oultremont-arrest van 27 oktober 2016 werd de validiteit van deze sectorale normen niet in vraag gesteld. Integendeel werd aangenomen dat uit de naleving van de sectorale normen redelijkerwijze kon worden afgeleid dat, behoudens bijzondere omstandigheden, geen onaanvaardbare slagschaduw- of geluidshinder zou optreden.<sup>22</sup>

Na het d'Oultremont-arrest werd in het kader van beroepen tegen windturbinevergunningen verleend met toepassing van de sectorale normen uit VLAREM II met de regelmaat van de klok ingeroepen dat ook deze normen voorafgegaan hadden moeten worden door een plan-MER. In het Mestdagh-arrest van 4 december 2018 met betrekking tot een windturbineproject van Electrabel langs de E40 in Aalter en Nevele stelde de Raad voor Vergunningsbetwistingen (RvVb) uiteindelijk een reeks prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.<sup>23</sup> In die prejudiciële vragen werd het Hof op een nauwelijks verholen manier uitgenodigd terug te komen op die rechtspraak. Opmerkelijk is wel dat in de prejudiciële vragen ook de mogelijke onderworpenheid van de omzendbrief van 12 mei 2006 aan de Plan-MER-richtlijn aan bod kwam (*cf. infra*).

Het Hof van Justitie ziet in het besproken arrest van 25 juni 2020 – uitgespro-

ken in Grote Kamer, voorgezeten door President Koen Lenaerts – geen reden om terug te komen op zijn rechtspraak en benadrukt andermaal dat een ruime uitlegging van het begrip 'plannen en programma's' in de zin van de Plan-MER-richtlijn vereist is om ervoor te zorgen dat plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben, onderworpen worden aan een plan-MER (overw. 46, 49 en 68 van het arrest).

Plannen en programma's waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma's bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald, moeten worden aangemerkt als 'voorgescreven' in de zin van de Plan-MER-richtlijn (overw. 52). Een restrictievere uitlegging zou lidstaten de mogelijkheid geven om de MER-plicht te omzeilen door doelbewust niet te bepalen dat de bevoegde autoriteiten dergelijke plannen of programma's 'verplicht' moeten vaststellen (overw. 48). Bovendien zijn ook wijzigingen van bestaande plannen en programma's onderworpen aan de richtlijn, en dergelijke wijzigingen zijn slechts zelden het gevolg van een wettelijke verplichting (overw. 43).

Dat de sectorale normen een 'algemeen' karakter hebben, verhindert evenmin dat zij kunnen worden gekwalificeerd als een plan of programma. Dit begrip kan immers ook betrekking hebben op normatieve handelingen. De omstandigheid dat een plan of programma een zeker niveau van abstractie vertoont en een doel van transformatie van een geografische zone nastreeft, vormt vol-

gens het hof 'een illustratie van haar programmatische of planificatieve dimensie' (overw. 61).

Het Hof van Justitie bevestigt zijn standpunt uit de d'Oultremont-zaak dat sectorale normen voor windturbines die voorschriften bevatten in verband met slagschaduw, geluid en veiligheid, beschouwd kunnen worden als een 'kader' voor de goedkeuring en de uitvoering van windturbineprojecten. Het betreft weliswaar geen exhaustief toetsingskader, maar wel een voldoende groot pakket aan criteria en modaliteiten (overw. 67 tot 71).

Ten slotte gaat het Hof van Justitie ook in op de mogelijkheid tot handhaving van de aangevochten vergunning die steunt op sectorale normen die in strijd met de Plan-MER-richtlijn tot stand zijn gekomen. Op dat punt is het arrest niet bijzonder duidelijk. Enerzijds wordt bevestigd dat het een nationale rechter is toegestaan de gevolgen van een nationale regeling die tot stand kwam in strijd met de Plan-MER-richtlijn niettemin te handhaven, wanneer daartoe een 'dwingende overweging van bescherming van het milieu' bestaat, met name 'indien de nietigverklaring

21 Voorstel van decreet tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines, *Parl. St.* VI. Parl. 2019-20, stuk 423, nr. 1, 5.

22 RvS 14 december 2017, nr. 240.181, nv Electrabel; RvS 11 juni 2015, nr. 231.519, nv W-Kracht; RvVb 23 april 2019, nr. RvVb-A-1819-0907, Van Dijk; RvVb 9 januari 2018, nr. RvVb/A/1718/0418, Vanhaelemeesch.

23 RvVb 4 december 2018, nr. RvVb-A-1819-0352, Mestdagh. Zie ook T. MALFAIT, "Vlaamse sectorale voorwaarden voor windturbines: d'Oultremont of *autrement?*", *STORM* 2019/2, bijdrage 29.





© Wikipedia

van die handeling een rechtsvacuüm zou dreigen te creëren dat in strijd is met de verplichting voor de betrokken lidstaat om uitvoeringsmaatregelen vast te stellen voor een andere Unierechtshandeling die gericht is op milieubescherming' (overw. 90). Daarbij wordt verwezen naar de criteria van het arrest Inter-Environnement Wallonie van 28 februari 2012, namelijk:

- de bestreden bepaling van nationaal recht is een maatregel waarmee naar behoren uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht inzake milieubescherming;
- de vaststelling en de inwerkingtreding van een nieuwe bepaling van nationaal recht zouden het niet mogelijk maken de nadelige gevolgen voor het milieu te voorkomen die uit de nietigverklaring van de bestreden bepaling van nationaal recht voortvloeien;
- de nietigverklaring van de bestreden bepaling van nationaal recht heeft tot gevolg dat er met betrekking tot de uitvoering van het Unierecht inzake milieubescherming een rechtsvacuüm ontstaat dat nadeliger is voor

het milieu, in die zin dat die nietigverklaring zou resulteren in een lager niveau van bescherming en zelfs zou indruisen tegen de wezenlijke doelstelling van het Unierecht;

- de uitzonderlijke handhaving van de gevolgen van de bestreden bepaling van nationaal recht mag slechts zolang duren als absoluut noodzakelijk is om de maatregelen te treffen die de vastgestelde onregelmatigheid verhelpen.<sup>24</sup>

In zijn conclusie was advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona van oordeel dat aan deze criteria was voldaan (overw. 134 van zijn conclusie). Hij had ook voorgesteld om de prejudiciële vragen in die zin te beantwoorden.

Het Hof van Justitie verwijst weliswaar naar die criteria, maar gaat vervolgens enkel in op de vraag of de bevoorradingsszekerheid inzake elektriciteit een dwingende reden zou kunnen zijn om de aangevochten vergunning te handhaven. Nu de bevoorradingsszekerheid potentieel een passe-partout oplevert die systematische ontwijking van de Plan-

MER-richtlijn toelaat, wordt daarover – begrijpelijk – een streng standpunt ingenomen. De bevoorradingsszekerheid kan enkel worden aangegrepen om een vergunning te handhaven indien de nietigverklaring van de vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie.<sup>25</sup>

De vraag naar de mogelijkheid om individuele vergunningen verleend na toepassing van de sectorale normen uit VLAREM II te handhaven, is inmiddels zonder belang, nu de decreetgever ervoor gekozen heeft om de sectorale normen voorlopig te valideren.

### Decretale validatie

Geconfronteerd met de mogelijk verstrekkende gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie van 25 juni 2020, werd door een aantal parlementairen van de meerderheidspartijen op 14 juli 2020 reeds een voorstel van decreet 'tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines' ingediend in het Vlaams Parlement.<sup>26</sup> Het voorstel werd op 15 juli 2020 na spoedbehandeling aangenomen in plenaire vergadering. Het decreet van 17 juli 2020 tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* op 24 juli 2020, wat meteen de datum van inwerkingtreding is (art. 5).

24 HvJ EU 28 februari 2012, Inter-Environnement Wallonie en Terre Wallonne, nr. C-41/11, overw. 63 en beschikkend gedeelte.

25 Overw. 92 en 95, met verwijzing naar het arrest HvJ EU 29 juli 2019, nr. C-411/17, Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen.

26 *Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, stuk 423, nr. 1.

Het decreet verklaart de sectorale normen geldig met ingang vanaf de datum van de inwerkingtreding ervan. De geldigverklaring geldt 'tot de datum van inwerkingtreding van de nieuwe sectorale normen voor installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van windenergie die de Vlaamse Regering na uitvoering van een milieueffectenbeoordeling goedkeurt en houdt in alle geval op te bestaan na een periode van maximaal drie jaar vanaf de inwerkingtreding van dit artikel' (nieuw art. 5.4.15, eerste lid DABM). Afdeling 5.20.6 van VLAREM II blijft aldus geldig tot en met 24 juli 2023. Ook de omzendbrief van 12 mei 2006 wordt geldig verklaard met ingang vanaf de datum van inwerkingtreding ervan, en dit tot de datum van inwerkingtreding van Omzendbrief RO/2014/02.<sup>27</sup>

De geldigverklaring is beperkt tot de schending van de Plan-MER-richtlijn. Andere grondwettigheidskritieken of strijdigheden met het Europees recht kunnen dus nog steeds worden opgeworpen (nieuw art. 5.4.15, derde lid DABM).

Een nieuw artikel 5.4.16 DABM instrueert de Vlaamse Regering om 'nieuwe' sectorale normen voor windturbines vast te stellen, die ten laatste op 24 juli 2023 in werking dienen te treden. Die sectorale normen worden onderworpen aan een voorafgaand plan-MER.

In het voorstel van decreet wordt ruim aandacht besteed aan de verenigbaarheid van de retroactieve validatie met de Grondwet en met het Europees recht. Niettemin valt het te verwachten dat de decretale validatie zal worden gecontesteerd bij het Grondwettelijk Hof.

Iedere persoon die doet blijken van het vereiste belang, kan binnen een termijn van zes maanden na de publicatie in het *Belgisch Staatsblad* een beroep tot nietigverklaring instellen bij het Grondwettelijk Hof.<sup>28</sup> Voor zover de validatie van de sectorale normen aanleiding zou geven tot een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, kan de betrokkene ook de schorsing vorderen binnen een termijn van drie maanden na de publicatie in het *Staatsblad*.<sup>29</sup> Daarnaast kunnen in lopende gedingen tegen windturbinevergunningen verleend na toepassing van de sectorale normen ook prejudiciële vragen gesteld worden aan het Grondwettelijk Hof.

### 'Nieuwe' sectorale normen in aantocht

De Vlaamse Regering krijgt aldus werk op de plank. Ten laatste tegen 24 juli 2023 dienen nieuwe sectorale normen in werking te treden die wel werden voorafgegaan door een plan-MER. Er is dus enige spoed mee gemoeid. Het Waalse precedent toont aan dat een periode van drie jaar geenszins overdreven is om tot nieuwe sectorale normen te komen.

Of de 'nieuwe' sectorale normen inhoudelijk sterk zullen verschillen van de huidige normen, valt af te wachten. Een van de indieners van het voorstel van validatiedecreet bepleitte tijdens de behandeling in plenaire vergadering alleszins reeds een herziening van de rekenmethodiek in verband met de geluidsemissies van windturbines. Tezelfdertijd werd erop gewezen dat de bestaande Vlaamse normen inzake slagschaduw en geluid vergelijkbaar zijn met – en op bepaalde punten zelfs strenger zijn dan – de normen die in de buurlanden worden gehanteerd.

Een belangrijk verschilpunt is wel dat de Vlaamse regelgeving geen echte afstandsregel hanteert, waarbij een minimale tussenafstand tussen windturbines en bewoonde gebouwen of woongebieden wordt ingesteld, wat in sommige buurlanden wel het geval is. In de oude omzendbrief van 12 mei 2006 werd een tussenafstand van 250 meter vooropgesteld, maar daarvan kon worden afgeweken, en de omzendbrief was hoe dan ook niet bindend voor de vergunningverlenende overheden (cf. *supra*). Overigens is dergelijke afstandsregel ook in de buurlanden niet onomstreden. De plannen om in Duitsland op het federale niveau een algemeen bindende minimale tussenafstand van 1 km op te leggen, werden inmiddels opnieuw afgezwakt omdat het potentieel inzake onshorewindenergie daardoor te zeer zou worden aangetast.<sup>30</sup> In Polen werd een tussenafstand van tienmaal de tiphoogte van de windturbines op-

27 Op 25 april 2014 werd de thans geldende Omzendbrief RO/2014/02 houdende bepaling van een afwegingskader en randvoorwaarden voor de oprichting van windturbines uitgevaardigd, en werd de Omzendbrief van 12 mei 2006 opgeheven (BS 13 juli 2016).

28 Art. 3 §1 Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

29 Art. 21, tweede lid, Bijz. Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

30 "Länder sollen selbst über Mindestabstand für Windräder entscheiden", *Die Zeit* 18 mei 2020 (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-05/grossekoalition-windraeder-mindestabstand-erneuerbare-energien>) en "Bundestag legt Mindestabstand für Windräder fest", *Die Zeit* 18 juni 2020 (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-06/windkraft-abstandsregel-windraeder-bundestag-solardeckel-energiewende>).

gelegd, maar de verenigbaarheid van die afstandsregel met de Europese Hernieuwbare-energie richtlijnen<sup>31</sup> wordt in twijfel getrokken (cf. *infra*).

Inhoudelijk vloeien uit het arrest van het Hof van Justitie en het decreet van 17 juli 2020 alleszins geen beperkingen of richtlijnen voort. De enige bindende verplichtingen bestaan erin dat de Vlaamse Regering de vaststelling van de nieuwe sectorale normen moet laten voorafgaan door een plan-MER, en dat het besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van de nieuwe sectorale normen ten laatste op 24 juli 2023 in werking moet zijn getreden. Vanaf die datum houdt de decretale validatie ook op gelding te hebben.

Zoals steeds beschikt de overheid over een ruime discretionaire beoordelingsvrijheid bij de opmaak van nieuwe regelgeving, hetgeen haar in staat stelt rekening te houden met alle betrokken belangen. In haar besluitvorming zal de Vlaamse Regering rekening moeten houden met het plan-MER en met de opmerkingen en commentaren op het MER. Op haar rust de bijzondere motiveringsplicht omschreven in artikel 4.1.7, tweede lid DABM. Die motiveringsplicht weegt des te zwaarder wanneer wordt gechopt voor het alternatief dat volgens het plan-MER de meeste betekenisvolle negatieve effecten dreigt te genereren.<sup>32</sup>

Juridisch dient rekening te worden gehouden met het standstillbeginsel uit artikel 23 van de Grondwet. Dit beginsel houdt een verbod in voor de decreetgever om het beschermingsniveau van het leefmilieu, dat wordt gewaarborgd door de van toepassing zijnde wetgeving, in

aanzienlijke mate te verminderen zonder dat daarvoor redenen voorhanden zijn die verband houden met het algemeen belang.<sup>33</sup>

Tevens dient rekening te worden gehouden met de bepalingen van de Europese Hernieuwbare-energie richtlijnen 2009 en 2018, die streefcijfers inzake het aandeel hernieuwbare energie in de totale elektriciteitsproductie bepalen. De lidstaten beschikken over een zekere beoordelingsmarge bij de keuze van de maatregelen die zij passend achten om deze streefcijfers te behalen. Volgens deze richtlijnen dienen de nationale regels voor toestemmings-, certificerings- en vergunningsprocedures die worden toegepast op centrales voor de productie van hernieuwbare energie, evenwel evenredig en noodzakelijk te zijn.<sup>34</sup> In een recent arrest van 28 mei 2020<sup>35</sup> was het Hof van Justitie van oordeel dat de richtlijn zich niet principiële verzet tegen een nationale regeling die een minimumafstand tussen windturbines en woongebouwen vereist, maar de nationale rechter moet wel onderzoeken of de regeling voldoet aan voormelde principes (overw. 69 en 70). De nationale rechter zal daarbij met name rekening moeten houden *'met het feit dat deze regeling op nationaal niveau is vastgesteld en de plaatselijke autoriteiten elke beoordelingsbevoegdheid ontnemt met betrekking tot de mogelijkheid om af te wijken van het vereiste dat voor de plaatsing van een windturbine een minimumafstand tussen deze windturbine en woongebouwen geldt'* (overw. 82). Een bindende afstandsregel die niet toelaat rekening te houden met de plaatselijke omstandigheden zou dus strijdig kunnen zijn met de Hernieuwbare-energie richtlijn.

Voor alle betrokken partijen is het hoe dan ook van belang dat de Vlaamse Regering spoedig werk maakt van het plan-MER en de nieuwe sectorale normen. Een wijziging van de slagschaduwnorm of de geluidsnorm kan immers een fundamentele impact hebben op de rendabiliteit en dus de haalbaarheid van bepaalde projecten. Niet alleen buurtcomités en belangengroepen maar ook ontwikkelaars van windturbineprojecten hebben dus nood aan rechtszekerheid. Ook voor het Vlaamse gewest zelf is het van belang spoedig duidelijkheid te bekomen. Artikel 3 van de Europese Hernieuwbare-energie richtlijn 2018 bepaalt dat de lidstaten tegen 2030 gezamenlijk minstens 32 % van hun energie uit hernieuwbare bronnen dienen te behalen. Het Belgisch nationaal energie- en klimaatplan (NEKP) gaat, wat België betreft, uit van een aandeel hernieuwbare energie van 17,5 % tegen 2030.<sup>36</sup> Het Vlaams Ener-

31 Richtl. EP en Raad 2009/28/EG, 23 april 2009, ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG (Hernieuwbare-energie richtlijn 2009), met ingang van 1 juli 2021 vervangen door Richtl. EP en Raad (EU) 2018/2001, 11 december 2018, ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (Hernieuwbare-energie richtlijn 2018).

32 RvS 20 september 2013, nr. 224.750, Vanmassenhove.

33 Zie bv. GwH 25 januari 2012, nr. 11/2012, GwH 20 december 2012, nr. 159/2012 en GwH 17 oktober 2019, nr. 145/2019.

34 Art. 13.1 Hernieuwbare-energie richtlijn 2009 en art. 15.1 Hernieuwbare-energie richtlijn 2018.

35 HvJ EU 28 mei 2020, nr. C-727/17, Eco-Wind.

36 <https://www.nationaalenergieklimaatplan.be/nl> (laatste consultatie op 25 juli 2020).





© Wikipedia

gie- en Klimaatplan 2021-2030 gaat voor onshorewindenergie uit van een toename van de productiecapaciteit van 2.736 Gigawattuur (GWh) in 2020 tot 4.994 GWh in 2030.<sup>37</sup> Werkbare sectorale normen zullen vereist zijn om die doelstellingen te behalen.

### Quid omzendbrief?

Ten slotte nog een korte bemerking over de reeds lang opgeheven omzendbrief

van 12 mei 2006 die in het Mestdagharrest van het Hof van Justitie van 25 juni 2020 aan bod komt.

De vergunningsaanvraag voor de bouw van vijf windturbines langs de E40 in Aalter en Nevele die aanleiding gaf tot het tussenarrest van de RvVb van 4 december 2018, werd ingediend op 25 maart 2011. Op dat ogenblik was de omzendbrief van 12 mei 2006 nog van toepassing.

In het arrest van het Hof van Justitie is er duidelijk verwarring over het al dan niet bindend karakter van de omzendbrief van 12 mei 2006. Zo wordt aangenomen dat het op grond van deze omzendbrief toegelaten zou zijn af te wijken van de in VLAREM II bepaalde sectorale normen (overw. 59), en dat de omzendbrief bindend zou zijn voor de vergunningverlenende overheden (overw. 77). Het Hof van Justitie laat het evenwel over aan de nationale rechter om na te gaan wat de juiste juridische aard van de omzendbrief is. Met name zal de nationale rechter moeten onderzoeken *'of een handeling als de omzendbrief van 2006 verplichte rechtsgevolgen kan hebben voor derden'* (overw. 76).

Nu de betreffende omzendbrieven – zowel deze van 2006,<sup>38</sup> als de thans geldende omzendbrief van 2014<sup>39</sup> – geen bindende kracht hebben, lijkt er geen sprake te zijn van een strijdigheid met de Plan-MER-richtlijn. De validatie van de oude omzendbrief lijkt dan ook overbodig.

### Gregory Verhelst

37 [https://omgeving.vlaanderen.be/sites/default/files/atoms/files/2019-12-09\\_VEKP.pdf](https://omgeving.vlaanderen.be/sites/default/files/atoms/files/2019-12-09_VEKP.pdf) (laatste consultatie op 25 juli 2020).

38 *Cf. supra.*

39 Vaste rechtspraak, zie bv. RvVb 5 november 2019, nr. RvVb-A-1920-0238, stad Bilzen en gemeente Riemst; RvVb 11 september 2018, nr. RvVb/A/1819/0042, stad Wervik.