

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.987 van 18 december 2008
in de zaak A. 167.695/VII-35.027.**

In zake : Yvette TUYLS,
wonende te BOUTERSEM,
Lubbeekstraat 112

tegen :

het college van burgemeester en schepenen van de gemeente
BOUTERSEM.

DE RAAD VAN STATE, VIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Yvette TUYLS op 10 november 2005 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente BOUTERSEM van 13 september 2005 waarbij aan Charly DEKEYSER de toelating wordt verleend voor het gebruik van een vogelschrikkanon op percelen gelegen aan de Lubbeekstraat te Boutersem;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur P. SOURBRON;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 10 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 november 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. ERALY, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat C. PITTMVILS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur
P. SOURBRON;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De feiten

1.1. Op 29 augustus 2005 dient Charly DEKEYSER bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente BOUTERSEM een aanvraag in om de toelating te bekomen voor het gebruik van een vogelschrikkanon.

In de aanvraag wordt verduidelijkt dat het vogelschrikkanon zal dienen voor het verjagen van aalscholvers die zich regelmatig ophouden in de omgeving van de viskweekvijvers van de aanvrager.

1.2. Met een brief van 15 september 2005 wordt aan Charly DEKEYSER meegedeeld dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente BOUTERSEM op 13 september 2005 de gevraagde toelating verleend heeft. Luidens voormeld schrijven is de toelating verleend op voorwaarde dat :

- "- het toestel wordt gebruikt op minstens 300 meter van woningen en 200 meter van de openbare weg
- het kanon niet gebruikt wordt tussen 21.00 en 08.00 uur
- de toepassing van de algemene geluidsnormen voorzien in bijlage 2.2.1 van Vlarem II
- maximum 6 knallen per uur worden afgeschoten".

De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente BOUTERSEM vormt het voorwerp van het voorliggend annulatieberoep.

2. De ontvankelijkheid

2.1.1. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat verzoekster met de bewering dat de gemeente de aanvraag onvoldoende onderzocht heeft waardoor geen rekening gehouden is met de belangen van de aanpalende eigenaars -waarvan zij er een is- haar belang bij het beroep niet aantoot. Bovendien

volgt uit het feit dat verzoekster eigenares is van een aangrenzend perceel niet dat haar belang voldoende geïndividualiseerd is.

2.1.2. Verzoekster antwoordt dat haar eigendom grenst aan de vijvers van Charly DEKEYSER en dat het kanon op 100 meter van haar woning opgesteld wordt, zodat haar rust -zij werkt 's nachts- verstoord wordt. Zij stelt ook dat de verwerende partij geen openbaar onderzoek georganiseerd heeft met betrekking tot een aanvraag die een groot impact heeft op de leefomgeving van de omwonenden.

2.1.3. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat verzoekster haar belang had moeten aantonen in haar verzoekschrift en dat zij dat niet gedaan heeft. Zij voegt daaraan toe dat verzoekster met de vermelding dat haar woning in de omgeving van de visvijvers ligt, geen "voldoende geïndividualiseerd belang" aantoont.

2.1.4. Uit de documenten die verzoekster voorlegt, en die de verwerende partij niet betwist, blijkt dat de plaats waar verzoekster woont gelegen is in de onmiddellijke omgeving van de viskweekvijvers waarbij het vogelschrikkanon volgens de verleende vergunning opgesteld wordt. Rekening houdend met de nabijheid van het vergunde kanon bij haar woning heeft verzoekster, wegens de geluidshinder die zij van de kanonschoten ondervindt, een voldoende belang bij het beroep. Dat persoonlijk belang was aanwezig op het ogenblik van het indienen van het beroep. Dat verzoekster dat belang als zodanig niet geëxpliciteerd heeft in haar verzoekschrift belet niet dat de Raad van State -die desnoods ambtshalve het belang moet onderzoeken- met dat gegeven rekening houdt.

2.2.1. In een tweede exceptie werpt de verwerende partij op dat in het verzoekschrift tegelijkertijd de nietigverklaring en de schorsing van het bestreden besluit gevraagd wordt en dat het annulatieberoep daarom niet ontvankelijk is.

2.2.2. Het staat buiten kijf dat verzoekster de nietigverklaring van het bestreden besluit beoogt. Dat zij in haar verzoekschrift terloops ook om de schorsing van die beslissing vroeg -vraag die zij overigens in de memorie van wederantwoord beter geduid heeft- heeft geen invloed op de ontvankelijkheid van het beroep.

3. Ten gronde

3.1. In het derde onderdeel van het eerste middel voert verzoekster aan dat de verwerende partij het zorgvuldigheidsprincipe miskend heeft. Zij betoogt dat het bestuur de verplichting heeft om bij het treffen van een beslissing de noodzaak ervan te toetsen aan de mogelijkheden waarover zij beschikt en dat het bij die afweging rekening moet houden met de bestaande situatie en de hinder voor de aanpalende eigenaars.

3.2. De verwerende partij stelt dat het middel niet ontvankelijk is waar het in algemene bewoordingen naar de rechtspraak van de Raad van State verwijst. Volgens haar zet verzoekster ook niet uiteen waaruit de schending van het aangevoerd beginsel bestaat en op welke wijze het bestreden besluit daarmee strijdt.

Ten gronde betwist de verwerende partij dat zij onzorgvuldig zou hebben gehandeld. Zij heeft het bestreden besluit getroffen met inachtneming van de omzendbrief van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw waarin criteria opgenomen zijn voor het verlenen van een toelating voor een vogelschrikkanon, zij heeft die omzendbrief in een gemeentelijk reglement verankerd en de normen zijn in het bestreden besluit overgenomen. Volgens haar blijkt uit niets dat zij geen rekening zou hebben gehouden met de belangen van verzoekster, maar heeft zij uiteindelijk vastgesteld dat er voor Charly DEKEYSER geen alternatief voorhanden was om de vissen in zijn vijver te beschermen tegen aalscholvers, die ter plaatse talrijk aanwezig zijn. Zij heeft aldus de terechte vraag van Charly DEKEYSER ingewilligd op een wijze die de hinder voor de buurtbewoners zo veel mogelijk beperkt, volgens de richtlijnen van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw.

3.3. In de memorie van wederantwoord repliceert verzoekster dat zij in het verzoekschrift verwezen heeft naar het onzorgvuldig bestuur en de niet correcte toepassing van de wetgeving en dat zij zulks voldoende gepreciseerd heeft. Zij voegt daaraan toe dat de verwerende partij geen alternatief in overweging genomen heeft, hoewel dat er wel degelijk is en zij verwijst daarvoor naar een document, opgemaakt in 2004 door de "Milieucel V.V.H.V." waarin onder meer de "mogelijkheden tot beperkingen van de schade" behandeld worden.

3.4. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij dat verzoekster nooit duidelijk uiteengezet heeft op welke wijze het bestuur het

zorgvuldigheidsbeginsel geschonden zou hebben en dat zij niet verantwoordelijk kan worden gesteld wanneer de beneficiant van de vergunning de gestelde voorwaarden niet naleeft. Wat de grond betreft stelt de verwerende partij dat de bestreden beslissing conform is aan de omzendbrief van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw en dat in die omzendbrief reeds een evenwicht gezocht is tussen de belangen van de gebruiker van een kanon en deze van de omwonenden. Door naar die omzendbrief te verwijzen heeft het bestuur het besluit afdoende gemotiveerd. Het niet expliciet vermelden van de afwezigheid van alternatieven betekent niet dat de verwerende partij geen zorgvuldige belangenafweging zou hebben gemaakt, al was het maar door zich aan te sluiten bij de ministeriële omzendbrief.

3.5. Het verzoekschrift verwijst naar de schending van de zorgvuldigheidsverplichting. Verzoekster acht dit beginsel van behoorlijk bestuur geschonden omdat de verwerende partij niet nagegaan heeft of de getroffen maatregel, in het licht van de mogelijkheden waarover zij beschikte en met afweging van de betrokken belangen, wel verantwoord kan worden. Het middel is voldoende duidelijk uiteengezet.

3.6. Blijkens artikel 45 van het op 24 maart 1994 aangenomen algemeen politiereglement van de gemeente BOUTERSEM, -een voorschrift met betrekking tot lawaaihinder- is het "behoudens voorafgaande machtiging van het college van burgemeester en schepenen, verboden (...) luchtkanonnen te gebruiken". Met het bestreden besluit wordt dat verbod op vraag van Charly DEKEYSER opgeheven om hem in de mogelijkheid te stellen "de grote hoeveelheid aalscholvers" die zijn "viskweekvijvers (...) volledig leeg()eten" te verjagen. De voorwaarden waaronder de afwijking wordt verleend zijn overgenomen uit een ministeriële omzendbrief van 25 mei 2004.

3.7. Bij het treffen van een discretionaire beslissing moet het bestuur zorgvuldig handelen. Zo moet het, wanneer onderscheiden belangen in het geding zijn, onderzoeken welke mogelijkheden het ter beschikking heeft om het beoogde doel te bereiken en welke maatregel de belangen op een voor elkeen aanvaardbare wijze verzoent.

3.8. Op het nakomen van die zorgvuldigheidsverplichting dient evenwel gerichter te worden toegezien wanneer het bestuur geroepen wordt om een afwijking te verlenen op een ingesteld verbod, zoals te dezen de vraag om, ondanks het principieel verbod op het gebruik van luchtkanonnen in de gemeente Boutersem,

een luchtkanon te gebruiken om de aalscholvers van de viskweekvijvers weg te houden.

Teneinde de rechten die het door de gemeenteraad ingesteld principieel verbod gegenereerd heeft niet volledig te ondergraven, moet het bestuur bij de afweging van de respectieve belangen uitgaan van de maximale bescherming van de personen die van de afwijking last zullen ondervinden. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel is het bestuur verplicht bij de beoordeling van de gevraagde afwijking na te gaan of, gelet op de concrete gegevens van de zaak, geen andere maatregel met een gelijkaardig effect de hinder voor de omwonenden zo veel mogelijk kan beperken.

3.9. De verwerende partij moet het bewijs leveren dat zij dit onderzoek gevoerd heeft. Uit het overgelegde dossier blijkt zulks niet. De verwerende partij verwijst naar de gemaakte vaststelling dat er geen alternatief voorhanden was om het probleem van Charly DEKEYSER op te lossen, maar zij bewijst helemaal niet op grond van welk onderzoek zij die vaststelling heeft kunnen maken. Er bestaat geen vermoeden dat de verwerende partij het vereiste onderzoek gevoerd heeft.

3.10. De verwerende partij verwijst naar de toepassing van de ministeriële omzendbrief van 25 mei 2004, waarin de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw, wegens de lawaaihinder die mensen in de maanden mei en juni ondervonden van vogelschrikkanonnen gebruikt voor de bescherming van de gewassen en in de fruitteelt, de gemeenten aanzette om bij gemeentereglement een verbod op het gebruik van vogelschrikkanonnen in te stellen en te voorzien in de mogelijkheid van een individuele afwijking "in uitzonderlijke gevallen en als er geen evenwaardig alternatief voorhanden is" en mits bepaalde voorwaarden vervuld worden.

Los van de vaststelling dat een omzendbrief op zich de rechtsgrond niet kan vormen voor het handelen van de gemeentelijke overheid in individuele gevallen, wordt vastgesteld dat deze omzendbrief zelf verwijst naar het uitzonderlijk karakter van de afwijking en naar het verplicht onderzoek van evenwaardige alternatieven. Daaruit volgt dat de omzendbrief zelf reeds aanstuurde op een degelijk onderzoek van de verschillende belangen. Bovendien beoogt de omzendbrief het tegengaan van de lawaaihinder veroorzaakt door luchtkanonnen die gedurende de lente in de land- en tuinbouw worden gebruikt om opgroeiende gewassen te beschermen, terwijl in dit geval de verleende afwijking blijkbaar niet

dienovereenkomstig beperkt is tot een beperkte periode van het jaar. Ook dat beoordelingsgegeven rechtvaardigde een nadere studie van de aanvraag tot afwijking.

3.11. Het bestreden besluit is, doordat de aanvraag niet onderzocht werd in functie van de hinder die de afwijking op het ingestelde verbod voor de omwonenden zou veroorzaken en doordat geen onderzoek gebeurd is van de mogelijke alternatieven die mogelijk tot minder hinder voor de omwonenden hadden kunnen zorgen, onzorgvuldig tot stand gekomen. Het middel is, in de voormelde zin, gegrond,

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente BOUTERSEM van 13 september 2005 waarbij aan Charly DEKEYSER de toelating wordt verleend voor het gebruik van een vogelschrikkanon op percelen gelegen aan de Lubbeekstraat te Boutersem.

Artikel 2.

Dit arrest zal worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien december tweeduizend en acht, door de VIIe kamer, die was samengesteld
uit :

de HH.	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
Mevr.	E. IMPENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

E. IMPENS.

L. HELLIN.