

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 201.111 van 22 februari 2010
in de zaak A. 194.315/X-14.440.**

In zake: Albert VERCAUTEREN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk Abbeloos
 kantoor houdend te 9200 DENDERMONDE
 Noordlaan 82-84
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de deputatie van de provincieraad van
 OOST-VLAANDEREN
2. de gemeente HAMME

Tussenkomende partij:

Eric DE RIDDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Roelandts en Eva De Witte
kantoor houdend te 9000 GENT
Kasteellaan 141
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 oktober 2009, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van:
 1. het besluit van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 2 juli 2009 houdende het voorwaardelijk inwilligen van het beroep ingesteld door Eric DE RIDDER tegen het besluit van 17 maart 2009 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme waarbij de vergunning wordt geweigerd tot wijziging van de verkavelingsvergunning in functie van het plaatsen van een windmolen met een hoogte van 12 m op een perceel gelegen te Hamme, (Moerzeke), Hebbestraat 112, kadastraal bekend sectie B, nr. 1385/a, en,
 2. het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme van 25 augustus 2009 houdende het verlenen van een

stedenbouwkundige vergunning aan Eric DE RIDDER voor het plaatsen van een windmolen op bovenvermeld perceel.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De eerste verwerende partij heeft een nota ingediend.

De tweede verwerende partij heeft een administratief dossier ingediend.

Auditeur Ann Van Mingeroot heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 januari 2010.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Vandendael, die loco advocaat Dirk Abbeloos verschijnt voor de verzoekende partij, bestuurssecretaris Marie-Anne De Geest, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, en advocaat Eva De Witte, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ann Van Mingeroot 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. Tussenkomst

3. Met een op 3 november 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt Eric De Ridder om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

IV. Feiten

4.1. Op 5 november 2008 (datum van het ontvangstbewijs) dient Eric De Ridder bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme een aanvraag in tot wijziging van de verkavelingsvergunning op 24 juli 1964 door de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen afgegeven aan Myncke-De Smet. Deze verkavelingsvergunning omvat 8 loten die intussen alle zijn bebouwd.

De aanvraag beoogt het plaatsen van een windmolen op lot 6 van deze verkaveling, in te planten op 4 m van de achterste perceelgrens en 6 m van de links aanpalende perceelgrens.

De verzoeker is eigenaar van het rechts aanpalende perceel.

4.2. Tijdens het openbaar onderzoek, dat wordt gehouden van 12 november tot 12 december 2008, dient de verzoeker een bezwaarschrift in.

Dit bezwaarschrift wordt op 2 februari 2009 als volgt samengevat en besproken door het college van burgemeester en schepenen:

“Het bezwaarschrift handelt over:

1. Aanvraag enkel ondertekend door dhr. De Ridder en niet door echtgenote
2. Verkavelingsvergunning is destijds toegestaan aangezien deze aanvaardbaar was en niet als storend voor de landelijke omgeving kan worden aanzien. Een groter storend element toevoegen (zoals een windmolen) kan dus niet.
3. Eenzijdige wijziging voor één perceel is onmogelijk.
4. Eigenaars van achterliggende percelen werden niet aangeschreven. Zich beperken tot ‘de polder’ omdat de achterliggende gracht van dien aard is dat ze als zelfstandig eigendomsentiteit kan worden beschouwd en beheerd wordt door de polder is nogal kort door de bocht.
5. Globale situering van verkaveling - in ‘landelijk gebied met specifieke agrarische geschiktheden’ volgens GRS Hamme - in nabijheid van natuurverbindingszone, zone voor hoge natuurwaarde / prioritair natuurgebied, zones met natuur ontwikkelingsfuncties en woonkern Moerzeke, volgens GRS Hamme.
6. Esthetische verantwoording - plaatsen van windmolen is inbreuk op 45/ regel en wordt te dicht bij perceelsgrens bezwaarindiener geplaatst.
7. Geluidshinder
8. Schaduw/slagschaduw/zon lichtschittering of reflectie - medische argumenten (epileptische aanvallen)
9. Milieu / natuur
10. De goedkoopst mogelijke manier om groene stroom op te wekken is zonne-energie
11. De meest fiscaal vriendelijke manier om groene stroom op te wekken: zonnepanelen

12. Visie op provinciaal niveau

13. Waardedaling van de naastliggende percelen.

Het bezwaarschrift wordt als volgt behandeld:

Het plaatsen van een windmolen bij deze vrijstaande woning in een landelijke omgeving kan inderdaad als een verzwaring van de huidige rechten aanzien worden, wat het karakter van de omgeving negatief zal beïnvloeden. De windmolen kan als storend element in deze omgeving aanzien worden.

Het bezwaarschrift kan op dit punt als ontvankelijk en gegrond beschouwd worden”.

4.3. De Polder Grembergen verleent een gunstig advies op voorwaarde dat binnen de strook van 5 m van de uiterste boord van de waterloop S061D geen bebouwingen of beplantingen uitgevoerd worden.

Het Agentschap voor Natuur en Bos verleent een gunstig advies en merkt ondermeer op: “De negatieve effecten van de windmolen op het vogel- en vleermuizenbestand zullen eerder beperkt zijn”.

Ook het Departement Landbouw en visserij verleent een gunstig advies.

4.4. De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar verleent op 13 maart 2009 een ongunstig advies en sluit zich aan bij de planologische en ruimtelijke motivering van het college van burgemeester en schepenen over de aanvraag.

4.5. Bij besluit van 17 maart 2009 weigert het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme de gevraagde vergunning tot wijziging van de verkavelingsvergunning.

Dit besluit is gemotiveerd als volgt:

“Beschrijving van de bouwplaats, de omgeving en de aanvraag.

De plaats der aanvraag is gelegen aan de volwaardig uitgeruste weg Hebbestraat te Moerzeke. Het betreft het landelijke gedeelte van de Hebbestraat. In de onmiddellijke omgeving staan 4 woningen langs de ene zijde Hebbestraat en 4 woningen langs de andere zijde met daarachter een tuinbouwbedrijf. Deze 8 woningen zijn onderdeel van een verkaveling, goedgekeurd voor opmaak gewestplan. De aanvraag omvat de wijziging van verkaveling voor lot 6 voor het plaatsen van een windmolen met paalhoogte 12 meter. Deze wordt opgericht op 6 meter van de linkse perceelsgrens en op 4 meter van de achterste perceelsgrens. De wiekdiameter is 3,7 meter.

Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening

Gezien de plaats der aanvraag gelegen is aan een volwaardig uitgeruste weg;

Gelet op het bezwaarschrift ingediend tijdens het openbaar onderzoek en de bovenstaande behandeling ervan, zijnde: ‘Het plaatsen van een windmolen bij deze vrijstaande woning in een landelijke omgeving kan inderdaad als een verzwaring van de huidige rechten aanzien worden, wat het karakter van de omgeving negatief zal beïnvloeden. De windmolen kan als storend element in

deze omgeving aanzien worden. Het bezwaarschrift kan op dit punt als ontvankelijk en gegrond beschouwd worden.’;

Gezien de essentie van de oorspronkelijke verkaveling aldus in het gedrang wordt gebracht; Gezien de aanvraag impact heeft op de woonomgeving, en op het straatbeeld;

Overwegende dat de aanvraag onstedenbouwkundig aanvaardbaar is;

Overwegende dat de goede ruimtelijke ordening zal worden verstoord;

Algemene conclusie

Vanuit stedenbouwkundig oogpunt zijn er aldus bezwaren tegen de inwilliging van de aanvraag”.

4.6. Op 27 april 2009 stelt Eric De Ridder beroep in tegen voormeld weigeringsbesluit bij de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen.

4.7. Bij het thans als eerste bestreden besluit van 2 juli 2009 willigt de deputatie het beroep in en verleent de gevraagde vergunning tot wijziging van de verkavelingsvergunning onder de erin opgelegde voorwaarde, met name dat de mast dient ingeplant te worden op 5 m in plaats van 4 m van de achterste perceelgrens.

4.8. Op 4 augustus 2009 (datum van het ontvangstbewijs) dient Eric De Ridder bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Hamme een aanvraag in tot het verkrijgen van de stedenbouwkundige vergunning voor het plaatsen van een windmolen op het perceel aan de Hebbestraat 112, kadastraal bekend sectie B nr. 1385/a, zijnde lot 6 van voormelde verkavelingsvergunning.

4.9. Bij het thans als tweede bestreden besluit van 25 augustus 2009 verleent het college van burgemeester en schepenen de gevraagde stedenbouwkundige vergunning.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De tussenkomende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering.

Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over de opgeworpen exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over deze exceptie dringt zich immers slechts op indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor schorsing zijn vervuld, hetgeen te dezen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Onderzoek van de vordering

6. Krachtens artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Ernst van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoeker de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het gewestplan Dendermonde, vastgesteld bij koninklijk besluit van 7 november 1978, van artikel 11.4.1. van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht en met machtsoverschrijding,

“Doordat, volgens de bestreden beslissing het onroerend goed waarop de bestreden beslissingen betrekking heeft gelegen is in agrarisch gebied zoals bepaald door het gewestplan Dendermonde.

En doordat, de bestreden beslissing geen motivering omvat omtrent de planologische bestaanbaarheid van een windmolen in een dergelijk gebied, doch enkel vermeldt te kunnen afwijken van bestemmingsvoorschriften.

En doordat, de verwerende partij geen enkele rechtsgeldige motivering aangeeft op welke wijze kan afgeweken worden van de bestemmingsvoorschriften.

Terwijl de verwerende partij onmogelijk de gevraagde wijziging van de verkavelingsvergunning kan verlenen zonder hetzij de planologische bestaanbaarheid van een windmolen in agrarisch gebied vast te stellen, hetzij de bepalingen weergeeft op basis waarvan zij meent dat zij kan afwijken van de bestemmingsvoorschriften inzake agrarisch gebied.

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen schendt.

Toelichting bij het eerste middel

De bestreden beslissing dient de motieven te vermelden op grond waarvan kan besloten worden vanuit planologisch oogpunt bestaanbaar is met het agrarisch bestemmingsgebied.

In de bestreden beslissing is hieromtrent het volgende te lezen:

‘De voorliggende aanvraag beoogt het wijzigen van de verkavelingsvoorschriften met betrekking tot het plaatsen van een windmolen, met een masthoogte van 12 m met een diameter van de rotor van 3,70 m.

Art 133. § 1. eerste lid van het DRO bepaalt dat het vergunningverlenende bestuursorgaan bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning of een verkavelingsvergunning in een gebied dat sorteert onder de voorschriften van een plan van aanleg, mag afwijken van de bestemmingsvoorschriften, indien het aangevraagde kan worden vergund op grond van de voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepalingen, vermeld in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 11 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, zoals de tekst ervan is vastgesteld bij het besluit van 11 april 2008.

Het besluit van de Vlaamse regering tot vaststelling van de nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, definitief goedgekeurd op 11 april 2008, met typevoorschriften voor gewestelijke rups bepaalt voor agrarisch gebied dat, voor zover ze door hun beperkte impact de realisatie van de algemene bestemming niet in het gedrang brengen, het aanbrengen van windturbines eveneens toegelaten is,

Bijgevolg bestaat er geen legaliteitsbelemmering

De Omzendbrief RO 200911 betreffende het beoordelingskader voor de inplanting van kleine en middelgrote windturbines van 30 april 2009 vermeldt onder meer.: (...)’

Klaarblijkelijk is het onderzoek naar de planologische bestaanbaarheid volledig gebaseerd op artikel 133, §1, eerste lid van het DRO.

Deze bepaling luidt als volgt:

‘§ 1. Indien een verkavelingsaanvraag de aanleg van nieuwe verkeerswegen, de tracé wijziging, verbreding of opheffing van bestaande gemeentelijke verkeerswegen omvat en het college van burgemeester en schepenen meent dat de vergunning kan worden verleend, dan neemt de gemeenteraad een besluit over de wegen alvorens het college van burgemeester en schepenen over de vergunningsaanvraag beslist binnen de termijn bepaald in artikel 113. Wat de aanleg van de wegen betreft, kan de verkavelingsvergunning gelijkgesteld worden niet de stedenbouwkundige vergunning mits wat dit onderdeel betreft de aanvraag voldoet aan de volledigheidsvereiste zoals bepaald in toepassing van artikel 107, eerste lid. De procedureregels blijven deze van een verkavelingsaanvraag.

Heeft de gemeenteraad over de wegen geen beslissing moeten nemen of zich van beslissing over de zaak van de wegen onthouden en is beroep ingesteld tegen de verkavelingsvergunning, dan roept de gouverneur van de provincie de gemeenteraad samen op verzoek van de bestendige deputatie. De gemeenteraad moet dan over de wegen een besluit nemen en dit meedelen binnen een termijn van 60 dagen, te rekenen vanaf de samenroeping door de gouverneur.

§ 2. Het bestaan van door ‘s mensen toedoen gevestigde erfdienstbaarheden of van bij overeenkomst vastgestelde verplichtingen met betrekking tot het grondgebruik die met de inhoud van de verkavelingsvergunningsaanvraag in strijd zijn, worden in die aanvraag vermeld. De vergunning doet de bedoelde erfdienstbaarheden en verplichtingen tenietgaan, onverminderd het recht op schadeloosstelling van de houders van die rechten ten laste van de aanvrager.’

Het is voor verzoeker een raadsel hoe op de grond deze bepaling de gevraagde verkavelingswijziging kan worden toegelaten. Meer zelfs, deze bepaling lijkt niet eens van toepassing te zijn.

In de bestreden beslissing wordt de inhoud van dit artikel weergegeven dat evenwel andersluidend is dan artikel 133, §1, eerste lid van het DRO.

Na onderzoek van de betrokken regelgeving (wat reeds op zich leidt tot een schending van de motiveringsplicht) lijkt de weergegeven inhoud van dit artikel gelijkenissen te vertonen met artikel 4.4.9., §1, van de Vlaamse codex ruimtelijke ordening (hierna: VCRO):

‘Het vergunningverlenende bestuursorgaan mag bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning of een verkavelingsvergunning in een gebied dat sorteert onder de voorschriften van een plan van aanleg, afwijken van de bestemmingsvoorschriften, indien het aangevraagde kan worden vergund op grond van de voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepalingen, vermeld in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 11 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, zoals de tekst ervan is vastgesteld bij het besluit van 11 april 2008.

Het eerste lid laat geen afwijkingen toe op de voorschriften van het plan van aanleg die betrekking hebben op de inrichting en het beheer van het gebied.

§2. Voor de toepassing van §1, eerste lid, geldt dat een bestemmingsvoorschrift van een plan van aanleg alleszins vergelijkbaar is met een categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding, indien deze concordantie vermeld wordt in de tabel, opgenomen in artikel 7.4.13, eerste lid, of in de concordantielijst, bepaald krachtens voornoemd artikel 7.4.13, tweede lid.

De Vlaamse Regering kun overige concordanties vaststellen.’

Opnieuw blijkt dat de voormelde bepaling de bestreden beslissing, en meer specifiek de planologische bestaanbaarheid, niet kan schragen.

Verweerster heeft de bestreden beslissing genomen op 2 juli 2009. Op dat ogenblik was bovenvermelde bepaling nog niet van toepassing. De VCRO trad immers pas in werking op 1 september 2009.

Het is evident dat niet verwezen kan worden naar regelgeving die op het moment van het nemen van de beslissing, niet van toepassing is, laat staan dat dergelijke motivering als afdoende kan aanzien worden.

In zoverre enkel en alleen wordt verwezen naar het besluit van de Vlaamse regering van 11 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, wijst verzoeker naar het toepassingsgebied van dit besluit zoals opgenomen in artikels 3 en 4 van het besluit:

‘Bij dit besluit is een niet-normatieve bijlage gevoegd die typebepalingen bevat die kunnen worden gebruikt bij de redactie van stedenbouwkundige voorschriften van een gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan.’

‘Dit besluit is van toepassing op de gewestelijke, provinciale of gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen waarvoor de uitnodiging voor de eerste plenaire vergadering wordt verstuurd na de inwerkingtreding van dit besluit.’

Dit besluit is enkel van toepassing op ruimtelijke uitvoeringsplannen, meer bepaald met betrekking tot de redactie van de stedenbouwkundige voorschriften van een gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan.

Er is in casu evenwel geen sprake van een ruimtelijk uitvoeringsplan, zoals ook bevestigd worden in de bestreden beslissing:

‘- De bouwplaats is niet gelegen binnen de grenzen van een bijzonder plan van aanleg of ruimtelijk uitvoeringsplan.’

Uit het bovenstaande concludeert verzoeker dat op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing geen enkele regelgevende bepaling van toepassing was die de planologische bestaanbaarheid van een windmolen in het vermelde agrarisch gebied kan verantwoorden.

Het kan bovendien niet betwist worden dat een windmolen in agrarisch gebied principieel niet toegestaan is. Dit wordt ook bevestigd in de bestreden beslissing waarbij gewag wordt gemaakt van een afwijking van de bestemmingsvoorschriften. Deze afwijking zou niet vereist zijn als de aanvraag planologisch verenigbaar zou zijn met het bestemmingsgebied agrarisch gebied.

In extenso wordt in de bestreden beslissing geciteerd uit de omzendbrief RO 2009/1 van 30 april 2009 betreffende het beoordelingskader voor de inplanting van kleine en middelgrote windturbines.

Daargelaten het feit dat deze omzendbrief niet kan aanzien worden als een reglementaire omzendbrief en derhalve niet bindend is ten opzichte van een rechtsonderhorige zoals verzoekende partij, kan een omzendbrief onmogelijk een afwijking van een bestemmingsvoorschrift zoals opgenomen in het gewestplan en de uitvoeringsbesluiten van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening rechtvaardigen.

De aanvraag tot wijziging van de verkavelingsvergunning is planologisch niet verenigbaar met het bestemmingsgebied, minstens blijkt niet uit de bestreden beslissing zelf op grond van welke overwegingen verweerster de mening is toegedaan dat de aanvraag planologisch verenigbaar is met het bestemmingsgebied.

Het is bovendien niet zo dat de planologisch bestaanbaarheid niet onderzocht dient te worden bij de wijziging van een verkavelingsvergunning. Dit blijkt ondermeer blijkt uit onderstaande overwegingen van het (...) van uw raad dd. 21 december 1998:

‘Overwegende dat krachtens artikel 2, eerste en tweede lid, van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, de plannen van aanleg bindende en verordenende kracht bezitten, en dat er alleen mag van worden afgeweken in de gevallen en in de vormen door dit decreet bepaald; dat krachtens artikel 55, § 2, van voornoemd decreet betreffende de ruimtelijke ordening, de bepalingen tot regeling van de verkavelingsvergunning mede toepasselijk zijn op de wijziging ervan, onverminderd de vervulling van de in deze bepaling opgelegde formaliteiten;

Overwegende dat de stelling van de verwerende partij dat ‘bij de behandeling van een aanvraag tot wijziging van een goedgekeurde niet vervallen verkaveling (..) geen legaliteitsonderzoek (dient) te gebeuren naar het gewestplan’ omdat ‘door de goedkeuring van die verkaveling (..) die grond het statuut van bouwgrond (verkreeg)’ waaraan ‘niet meer geraakt (kan) worden’, niet overtuigt; dat, voor zover in de huidige stand van het onderzoek kan worden nagegaan, het decreet betreffende de ruimtelijke ordening niet bepaalt dat bij het verlenen van een vergunning tot wijziging van een verkavelingsvergunning kan worden afgeweken van de plannen van aanleg; dat het middel gericht tegen het eerste bestreden besluit ernstig is; dat bedoeld besluit, alsmede het tweede bestreden besluit, dat hierin zijn rechtsgrond vindt, moet worden geschorst’.

Beoordeling

8. De verzoeker voert in het middel in essentie aan dat het besluit van de deputatie geen motivering bevat aangaande de planologische bestaanbaarheid van een windmolen met de bestemming agrarisch gebied, en nalaat de bepalingen aan te duiden op grond waarvan een afwijking van de bestemmingsvoorschriften inzake agrarische gebieden wordt toegekend.

9. In de toelichting bij het middel gaat de verzoeker er ten onrechte van uit dat de verwijzing naar en het citeren van art. 133, § 1 (lees: 133/1, § 1) van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO) in het bestreden besluit zou steunen op een vergissing.

Bij artikel 36 van het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, en vergunningen- en handhavingsbeleid werd de bepaling van art. 133/1, § 1 DRO gewijzigd in de zin zoals vermeld in het bestreden besluit.

Art. 112, laatste lid van voormeld decreet van 27 maart 2009 (Boek XV Inwerkingtredingsbepaling) bepaalt tevens dat de mogelijkheden, vermeld in het door artikel 36 vervangen artikel 133 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, “benut kunnen worden vanaf de datum van de bekendmaking van dit decreet in het Belgisch Staatsblad”, zijnde 15 mei 2009.

10. Het middel dat ten onrechte uitgaat van de premisse dat art. 133, § 1 DRO zoals weergegeven in het bestreden besluit, op het ogenblik van het nemen van het bestreden besluit niet bestond, mist derhalve juridische grondslag.

11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoeker de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 19, laatste lid van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de

ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, van artikel 43, § 2, eerste lid van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, de motiveringsplicht en met machtsoverschrijding,

“Doordat, de bestreden beslissing geen motivering omvat omtrent de verenigbaarheid van de op te richten windmolen met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving.

Terwijl de verwerende partij onmogelijk een stedenbouwkundige (verkavelings)vergunning kan verlenen zonder de verenigbaarheid van de op te richten constructie met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving te onderzoeken.

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen schendt.

Toelichting bij het tweede middel

De bestreden beslissing bevat geen afdoende motivering met betrekking tot de verenigbaarheid van de op te richten constructie met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving.

In de bestreden beslissing werd deze verenigbaarheid als volgt beoordeeld:

‘2.6.3. De goede ruimtelijke ordening

Voor de kleine windturbines dient een ander vergunningenbeleid gevoerd te worden dan voor de middelgrote en grote windturbines, Wanneer de toelaatbaarheid van kleine windturbines wordt nagegaan, dient rekening gehouden te worden niet de omgeving waarin de turbines worden voorzien.

De specifieke aard en kenmerken van de omgeving hebben immers een bepalende invloed op het al dan niet hinderlijk zijn van kleine turbines. De kleine windturbine dient hier aldus in samenhang te worden bekeken met de woning waarbij ze wordt aangevraagd. Het gaat in voorliggende aanvraag immers om de elektriciteitsvoorziening ten behoeve van het eigen verbruik van één enkele woning. Vanuit die vaststelling gaan we er van uit dat de windturbine een ondergeschikte aanhorigheid is bij de basisinrichting op het perceel, dus bij de woning op het terrein. De beoogde kleine windturbine heeft door zijn beperkte masthoogte van 12 m en rotordiameter van 3,70 m een eerder beperkte impact op de omgeving, dit zowel op het vlak van ruimtelijk effect als op vlak van milieueffect als geluidshinder, slagschaduw, en dergelijke. De impact op de omgeving is ook afhankelijk van de vorm en het type van turbine.

De kleine windturbine wordt in voorliggende aanvraag ingeplant, achteraan het perceel van de aanvrager, op 6 m uit de linkse perceelsgrens en op 4 m van de achterste perceelsgrens. Deze grens betreft de rand van een waterloop van 3^e categorie.

Het advies werd gevraagd van het polderbestuur van de Polder Grembergen. Het advies uitgebracht op 9 januari 2009 is gunstig op voorwaarde dat binnen de strook van 5 m van de uiterste boord van de waterloop S061 D geen bebouwingen of beplanting uitgevoerd worden. Deze voorwaarde dient bij een gunstige beoordeling van de aanvraag strikt gevolgd te worden.

Naar aanleiding van het openbaar onderzoek werd één bezwaarschrift ingediend. Omtrent het bezwaarschrift wordt het volgende standpunt ingenomen :

- het plaatsen van een windmolen bij de vrijstaande woning op het perceel in een landelijke omgeving kan in onderhavig geval niet als een verzwaring van de huidige rechten aanzien worden;
- het open karakter van de achterliggende omgeving wordt niet in het gedrang gebracht;
- de windmolen kan aldus niet als storend element in deze omgeving aanzien worden;
- er bestaat voldoende afstand tussen de windmolen en de woningen op de vier percelen binnen de verkaveling aan deze zijde van de weg, De eerder beperkte slagschaduw welke de windturbine met zich meebrengt zal zich gelet op de oriëntatie, bijkomend op de achterliggende percelen situeren i.p.v. in de tuinzones van de loten in de verkaveling, Ook wat betreft geluidshinder kan gesteld worden dat de stelling van appellant bijgetreden wordt dat bij het gekozen type windturbine dankzij de speciaal ontworpen wieken, de lage draaisnelheid en de aanwezigheid van geluidsisolators tussen mast en paal, de windmolen uiterst stil draait en dat het geluid niet te onderscheiden zou zijn van ruisende bladen in de wind.

Het bezwaarschrift kan als ongegrond beschouwd worden,

De goede ruimtelijke ordening wordt niet in het gedrang gebracht, mits rekening te houden met de bemerkingen in het advies van het polderbestuur Polder Grembergen, inzake de inplanting t.o.v de waterloop, Het advies stelt dat binnen de strook van 5 m van de uiterste boord van de waterloop S061D geen bebouwingen of beplanting uitgevoerd worden.

De mast dient teneinde aan dit voorwaardelijk advies tegemoet te komen, aldus ingeplant te worden op 5 m i.p.v. 4 m van de achterste perceelsgrens.'

Verzoeker stelt vast dat de bestreden beslissing nalaat de onmiddellijke omgeving in concreto te beschrijven en in haar beoordeling te betrekken.

Hierboven wordt enkel gesproken over de bewuste windturbine en zijn eerder beperkte impact op de omgeving. Het belang van de kenmerken van de omgeving wordt onderstreept, doch dit leidt niet tot een beschrijving van de onmiddellijke omgeving en de weerslag van de gevraagde wijziging op de onmiddellijke ruimtelijke ordening:

'Wanneer de toelaatbaarheid van kleine windturbines wordt nagegaan, dient rekening gehouden te worden met de omgeving waarin de turbines worden voorzien.

De specifieke aard en kenmerken van de omgeving hebben immers een bepalende invloed op het al dan niet hinderlijk zijn van kleine turbines.'

Uw Raad heeft reeds meermaals geoordeeld dat de vergunningverlenende overheid, bij het beoordelen van een aanvraag op haar overeenstemming met de goede ruimtelijke ordening, rekening dient te houden met de links- en rechtsaanpalende en de omliggende percelen:

'Wat betreft de beoordeling van de verenigbaarheid van een aanvraag met de goede plaatselijke ordening volgt uit de voornoemde bepalingen dat de stedenbouwkundige vergunning duidelijk de met de plaatselijke aanleg of de ruimtelijke ordening verband houdende redenen moet opgeven waarop de vergunningverlenende overheid haar beslissing steunt.

Wat die beoordeling betreft, dient de vergunningverlenende overheid op de eerste plaats rekening te houden met de ordening in de onmiddellijke omgeving. Deze beoordeling dient in concreto te geschieden en uit te gaan van de bestaande toestand. Al naar gelang de aard en de omvang van de aanvraag kan ook rekening worden

gehouden met de ordening in een ruimere omgeving. De ordening in de ruimere omgeving is daarbij uiteraard minder doorslaggevend en mag er alleszins niet toe leiden dat de ordening in de onmiddellijke omgeving, die de plaatselijke aanleg het meest bepaalt, buiten beschouwing wordt gelaten.'

(...)

'Het bestreden besluit verduidelijkt niets over de bouwdiepte en de omvang van de aanpalende percelen en onderzoekt niet hoe de kenmerken van de voorliggende aanvraag in te passen zijn in het betrokken binnengebied, rekening houdend met de links en rechtsaanpalende percelen en met de achterliggende percelen.'

(...)

'Nog daargelaten de vraag of de voorbeelden in het bestreden besluit vergelijkbaar kunnen zijn met de voorliggende aanvraag en nog daargelaten de vraag of de opsomming op zich de verenigbaarheid van de aanvraag met de ordening zou kunnen verantwoorden, dient ook hier met de verzoekende partijen vastgesteld te worden dat, hoewel ook gewezen wordt op een aantal bebouwingen in de nabije omgeving, in het bestreden besluit niet gerept wordt over de onmiddellijk aanpalende percelen links, rechts en in de Cumontstraat.

Naast een beschrijving van de omgeving in volgende bewoordingen 'Het pand in aanvraag behoort tot een gebouwenrij in aaneengesloten bouwwijze. (..) Het gabarit ervan varieert tussen twee en vier bouwlagen in het verticale voorgevelvlak afgedekt met een hellende bedaking waarvan enkele met dakuitbouwen' worden die percelen en hun configuratie niet in concreto geschetst, laat staan effectief bij de beoordeling betrokken.

Er wordt evenmin overwogen waarom die percelen buiten beschouwing worden gelaten of eventueel niet kunnen opwegen tegen de aangevoerde elementen uit de ruimere omgeving die wel bij de beoordeling worden betrokken.. '

(...)

In casu wordt er geen rekening gehouden met de kenmerken van de links- en rechtsaanpalende en al helemaal niet met de percelen in het plangebied van de verkaveling die liggen aan de overkant van de straat.

Bovendien is er een inconsistentie aanwezig in de vermelde overwegingen van de bestreden beslissing.

Enerzijds wordt de windmolen aanzien als een 'ondergeschikte aanhorigheid (...) bij de woning op het terrein', anderzijds stelt verweerder dat er 'voldoende afstand' bestaat 'tussen de windmolen en de woningen op de vier percelen binnen de verkaveling aan deze zijde van de weg' (waaronder dus de woning van Eric De Ridder).

Bovendien valt in de bestreden beslissing te lezen dat in eerder landelijk gebied kleine turbines steeds dienen te worden opgericht in de onmiddellijke nabijheid van woningen, wat niet het geval blijkt te zijn.

Tenslotte wordt in de bestreden beslissing niet eens vermeld wat de afstand is tussen de windturbine en de woning van de aanvrager.

Voor het overige, is er enkel sprake van algemene en gestandaardiseerde formuleringen die zonder meer voor talrijke gevallen kunnen gelden:

- '- het plaatsen van een windmolen bij de vrijstaande woning op het perceel in een landelijke omgeving kan in onderhavig geval niet als een verzwarende van de huidige rechten aanzien worden;
- het open karakter van de achterliggende omgeving wordt niet in het gedrang gebracht;
- de windmolen kan aldus niet als storend element in deze omgeving aanzien worden;'

De overheid mag zich niet aan de motiveringsplicht onttrekken door vage bewoordingen te gebruiken. De motivering moet relevant en precies zijn, toegespitst op de concrete situatie.

Het bovenvermelde kan geenszins aanzien worden als een afdoende motivering met betrekking tot de verenigbaarheid van de op te richten constructie met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving. Hieruit blijkt niet dat de overheid haar beoordelingsbevoegdheid effectief en met kennis van zaken heeft uitgevoerd.

Integendeel, de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening in de eerste bestreden beslissing blijkt enkel een loutere toepassing te zijn van de betrokken omzendbrief RO 2009/1, vanuit de vaststelling dat het landelijk gebied betreft.

De onzorgvuldigheid waarmee de bestreden beslissing is genomen blijkt tevens uit het feit dat er niet eens werd onderzocht welke de afstand is tussen de inplanting van de windmolen en de woning van de verzoeker, die nochtans een bezwaarschrift indiende in de administratieve procedure”.

Beoordeling

13. De verzoeker stelt dat het bestreden besluit geen motivering bevat met betrekking tot de verenigbaarheid van de op te richten windmolen met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving, dat het bestreden besluit nalaat de onmiddellijke omgeving in concreto te beschrijven en in haar beoordeling te betrekken, en rekening te houden met de links- en rechtsaanpalende en omliggende percelen evenals met de percelen in het plangebied van de verkaveling die liggen aan de overkant van de straat, en dat niet eens wordt vermeld wat de afstand is tussen de windturbine en zijn woning en de overwegingen in het bestreden besluit zich beperken tot vage bewoordingen.

14. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een aanvraag met de goede plaatselijke ordening dient de vergunningverlenende overheid in de eerste plaats rekening te houden met de ordening in de onmiddellijke omgeving. Deze beoordeling dient in concreto te geschieden en uit te gaan van de bestaande toestand. Al naar gelang de aard en de omvang van de aanvraag kan ook rekening gehouden worden met de ordening in een ruimere omgeving. Daarbij is de ordening in de ruimere omgeving uiteraard minder doorslaggevend en mag zij er alleszins niet toe leiden dat de ordening in de onmiddellijke omgeving, die de plaatselijke aanleg het meest bepaalt, buiten beschouwing wordt gelaten.

Het komt de Raad van State niet toe zijn beoordeling van de eisen van een goede plaatselijke aanleg of ruimtelijke ordening in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid. De Raad van State is in de uitoefening van het hem opgedragen wettigheidsstoezicht op een voor hem aangevochten stedenbouwkundige vergunning, enkel bevoegd om na te gaan of de

bevoegde overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot het bestreden besluit is kunnen komen.

15. In het verzoekschrift heeft de verzoeker verduidelijkt dat met “bestreden beslissing” het besluit van deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen wordt bedoeld, waarin het tweede bestreden besluit zijn rechtsgrond vindt.

16. Het bestreden besluit van de deputatie vermeldt onder de hoofding “2.1. Beschrijving van de omgeving, de bouwplaats en het project”, wat volgt:

“Het goed situeert zich in het zuidelijke deel van het grondgebied van de gemeente Hamme, binnen de deelgemeente Moerzeke, op ongeveer 250m van de grens met de stad Dendermonde, op ca 1,5 km ten westen van de dorpskern van Moerzeke en op 500 m ten oosten van de gewestweg N41. Het perceel ligt op ongeveer 300m ten noorden van de rivier ‘De Schelde’.

Het perceel is gelegen langsheen de Hebbestraat, een volwaardig uitgeruste gemeenteweg en maakt deel uit van het landelijke gedeelte van deze weg.

De omgeving van het perceel wordt gekenmerkt door twee groepjes van vier woningen, aan iedere zijde van de Hebbestraat één groepje en achter de vier bebouwde percelen aan de overzijde van de weg is een tuinbouwbedrijf gelegen.

Het perceel maakt als lot 6 deel uit van een op datum van 24 juli 1964 door de deputatie goedgekeurde en niet vervallen verkaveling met referentie 10.151.511V. Het heeft een perceelsbreedte van 18 m aan de straat en een diepte van ca 63m links en 70m rechts.

Het werd bebouwd met een vrijstaande ééngezinswoning, type bungalow en een blokhut. De woning dateert van 1971. Het linkse en rechtse aanpalende perceel, welke deel uitmaken van dezelfde verkaveling, werden eveneens al bebouwd met een vrijstaande ééngezinswoning. De verkaveling dateert van voor de opstelling van het gewestplan Dendermonde.

Voorliggende aanvraag beoogt het wijzigen van de verkavelingsvoorschriften met betrekking tot het plaatsen van een windmolen, met een masthoogte van 12m met een diameter van de rotor van 3,70 m.

De windmolen zou ingeplant worden, achteraan links op het perceel nr. 1385A, op 6 m uit de linkse perceelsgrens en op 4 m van de achterste perceelsgrens. Deze grens betreft de rand van een waterloop van 3^e categorie”.

Onder de hoofding “2.6.3. de goede ruimtelijke ordening” overweegt het bestreden besluit wat volgt:

“...

De beoogde kleine windturbine heeft door zijn beperkte masthoogte van 12m en rotordiameter van 3,70 m een eerder beperkte impact op de omgeving, dit zowel op het vlak van ruimtelijk effect als op het vlak van milieueffect als geluidshinder, slagschaduw en dergelijke. De impact op de omgeving is ook afhankelijk van de vorm en het type van turbine.

De kleine windturbine wordt in voorliggende aanvraag ingeplant, achteraan het perceel van de aanvrager op 6m uit de linkse perceelsgrens en op 4m van de achterste perceelsgrens. Deze grens betreft de rand van een waterloop van 3^e categorie.

...

Naar aanleiding van het openbaar onderzoek werd één bezwaarschrift ingediend. Omtrent het bezwaarschrift wordt het volgende standpunt ingenomen :

- het plaatsen van een windmolen bij de vrijstaande woning op het perceel in een landelijke omgeving kan in onderhavig geval niet als een verzwaring van de huidige rechten aanzien worden;
- het open karakter van de achterliggende omgeving wordt niet in het gedrang gebracht,
- de windmolen kan aldus niet als een storend element in deze omgeving aanzien worden,
- er bestaat een voldoende afstand tussen de windmolen en de woningen op de vier percelen binnen de verkaveling aan deze zijde van de weg. De eerder beperkte slagschaduw welke de windturbine met zich meebrengt zal zich gelet op de oriëntatie, bijkomend op de achterliggende percelen situeren ipv in de tuinzones van de loten van de verkaveling.

Ook wat betreft geluidshinder kan gesteld worden dat de stelling van appellant bijgetreden wordt dat bij het gekozen type windturbine dankzij de speciaal ontworpen wieken, de lage draaisnelheid en de aanwezigheid van geluidsisolators tussen mast en paal, de windmolen uiterst stil draait en dat het geluid niet te onderscheiden zou zijn van ruisende bladen in de wind.

Het bezwaarschrift kan als ongegrond beschouwd worden.

...”.

17. In tegenstelling tot wat de verzoeker in het verzoekschrift voorhoudt blijkt uit hetgeen voorafgaat dat het bestreden besluit de onmiddellijke omgeving met de aanpalende percelen concreet bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening heeft betrokken, dat de configuratie van de verkaveling met telkens vier woningen aan elke kant van de Hebbestraat wordt beschreven en derhalve aan de vergunningverlenende overheid bekend is en dat het bestreden besluit geenszins is beperkt tot algemene en gestandaardiseerde formuleringen.

De bewering van de verzoeker dat de hiervoor aangehaalde motivering van het bestreden besluit geenszins aanzien kan worden als een afdoende motivering met betrekking tot de verenigbaarheid van de op te richten constructie met de ruimtelijke aanleg van de onmiddellijke omgeving kan op het eerste gezicht dan ook niet worden bijgetreden.

18. Het tweede middel is niet ernstig.

19. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat niet is voldaan aan een van de door artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging te kunnen bevelen. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van Eric DE RIDDER tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens.

Johan Bovin.