RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.502 van 14 februari 2013
in de zaak A. 201.686/VII-38.239.

In zake : Johan REMMERIE
wonende te 9240 Zele
Pieter Gorusstraat 13
alwaar woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :
de BVBA KT PROJECTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim De Cuyper en Stefan Walgraeve
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 september 2011, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 30 juni 2011 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 21 oktober 2010, houdende het weigeren aan de BVBA KT Projects van de milieuvergunning voor het exploiteren van een windturbinepark met drie windturbines, gelegen aan de Waterstraat en de Neereindestraat te Zele, gedeeltelijk gegrond wordt verklaard, de beroepen

beslissing wordt opgeheven en, mits inachtneming van een aantal bijzondere voorwaarden, vergunning wordt verleend voor de exploitatie van twee windturbines.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 november 2011. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2013.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter-Jan Staelens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Roy Vander Cruyssen, die loco advocaten Wim De Cuyper en Stefan Walgraeve verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Op 21 mei 2010 dient de tussenkomende partij een milieuvergunningsaanvraag in voor de exploitatie van drie windturbines op percelen aan de Waterstraat en de Neereindestraat te Zele.

De verzoeker woont in de Pieter Gorusstraat te Zele op enkele honderden meters afstand van de geplande inrichting.

3.2. Op 21 oktober 2010 weigert de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen de gevraagde vergunning.

3.3. De tussenkomende partij stelt bij de Vlaamse regering administratief beroep in tegen die weigeringsbeslissing.

3.4. In het kader van de administratieve beroepsprocedure worden de nodige adviezen verleend.

3.5. Op 30 juni 2011 verklaart de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur het beroep gedeeltelijk gegrond, heft zij de weigeringsbeslissing van de deputatie van 21 oktober 2010 op en verleent zij, mits inachtneming van bijzondere voorwaarden, een milieuvergunning voor de exploitatie van twee windturbines.

Dit is het thans bestreden besluit.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Eerste exceptie

4. In een eerste exceptie betwisten de verwerende en de tussenkomende partij het belang van de verzoeker bij het voorliggende annulatieberoep, aangezien hij niet uiteenzet welke hinder hij persoonlijk zal ondervinden als gevolg van de geplande inrichting.

Beoordeling

5. De verzoeker stelt dat hij op 450 meter afstand woont van de geplande inrichting en dat hij als gevolg van de windturbines onder meer visuele hinder zal lijden. Dit wordt bevestigd door het administratief dossier, dat de geluidsstudie bevat die de tussenkomende partij bij haar administratief beroepschrift had gevoegd en waaruit blijkt dat de kortste afstand tussen de woningen in de Pieter Gorusstraat en één van de vergunde windturbines 430 meter bedraagt en dat zich daartussen nagenoeg uitsluitend open ruimte bevindt. Deze vaststelling volstaat reeds om het belang van de verzoeker bij het annulatieberoep te erkennen.

De exceptie wordt verworpen.

B. Tweede exceptie

6. In een tweede exceptie werpen de verwerende en de tussenkomende partij op dat het verzoekschrift geen behoorlijke uiteenzetting van de middelen bevat.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna : algemeen procedurereglement) dient de verzoekende partij in haar verzoekschrift een uiteenzetting te geven van de middelen die zij tot staving van het beroep tot nietigverklaring aanvoert.

Onder een middel in de zin van artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereglement wordt verstaan, de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel of rechtsbeginsel en van de wijze waarop die rechtsregel of dat rechtsbeginsel door de bestreden beslissing is geschonden.

8. Te dezen geeft de verzoeker volgende uiteenzetting in zijn verzoekschrift :

> "1
> Gelet op het feit dat de voorwaardelijk gunstige adviezen van 24 februari 2011 van de afdeling Milieuvergunningen van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie en van 1 maart 2011 van de gewestelijke milieuvergunningscommissie, niet werden meegedeeld aan de gemeente Zele en daardoor niet kon meegedeeld worden aan de betrokken partijen en ook niet aan verzoeker werd verzoeker geschaad in zijn rechten van verdediging en werden de adviezen niet tegenstelbaar gemaakt. Daardoor werden ook de basisregels van democratie met de voeten getreden en werd de betrokkenheid van de bewoners onmogelijk gemaakt zoals nochtans voorzien in punt 3.1.3. van de Omzendbrief: EME/2006/01- RO/2006/02. (bijlage B pag. 9 $ 3.1.3.) namelijk:
> > 'De aanvaardbaarheid van deze impact kan verschillen naargelang de ligging van het gebouw en naargelang de instemming of betrokkenheid van de bewoners'.
> Verzoeker werd ondermeer de inspraak ontzegd en werd de tegenstelbaarheid onmogelijk gemaakt doordat verzoeker alle bijkomende informatie werd ontzegd die aan de Vlaamse Regering werd meegedeeld sedert het in beroep gaan van de bvba KT Projects.
> 2
> Gelet op het feit dat in de Pieter Gorusstraat, Veldeken en Huiveldestraat de

norm van 39 DB(A) tijdens de nacht kan overschreden worden, is een totaal onaanvaardbaar element. (bijlage A-pag.2) Daarenboven ligt de P. Gorusstraat aan de West, Noord-Westkant van het molenpark. In het voorstel van de exploitant is daarmee geen rekening gehouden. Hij voorziet enkel beperkingen voor windrichtingen vanuit West-Noord-Zuid en met winden komende uit de zuid tot westelijke richting. De hinder komt wanneer de wind uit het Oosten, Zuid-Oosten komt, de plaats waar verzoeker woont.

3

De omzendbrief meldt duidelijk dat de geluidshinder maximaal 39 DB is in een landelijk gebied indien niet kan voldaan worden aan de eerste voorwaarde, namelijk dat het specifieke geluid 5 dB(A) lager moet liggen dan het achtergrondgeluid.

Verzoeker die in een landelijk gebied woont aanvaardt geen supplementaire geluidshinder t.o.v. het achtergrondsgeluid die 's nachts groter is dan overdag, Inderdaad:

Verzoeker stelt nu vast dat metingen uitgevoerd werden na het eerste ongunstig advies en meegedeeld werden aan de Vlaamse Regering in de beroepsakte van 25 november 2010. De gemiddelde waarden op 2 meetpunten waren 34,2 en 38.7dB(A) zie (pag 8 van de besluiten- bijlage A).

Door het aanvaarden van de 39 dB(A) gedurende de nacht wanneer het achtergrond geluid 34.2 à 38.7 is verhoogt s'nachts de geluidsdruk met 4,8 à 0.3 dB(A). Die bijkomende druk s'nachts is dus groter dan overdag. Overdag wordt echter geen of praktisch geen bijkomende geluidshinder toegelaten vermits het specifieke geluid afkomstig van de turbines 5 dB(A) lager moet liggen dan het achtergrondgeluid.

Indien 's nachts geen verhoogde geluidsdruk zou toegelaten worden mag het geluid van de turbines niet hoger zijn dan 29 of 33 dB(A). Volgens exploitant is dit niet haalbaar! (pag. 8 bijlage A)

4

In de vergunning wordt bij de behandeling (berekeningen en simulaties) van het geluid en slagschaduw helemaal geen rekening gehouden met de inplanting van de 2+1=3 turbines. De studie waarover sprake in de besluiten spreekt enkel over de impact van 2 turbines (zie pag 8 en 9) en de studie van het bureau Verhas houdt eveneens enkel rekening met 2 turbines. Het is nochans een must om de studie uit te voeren op basis van de implanting van de 3 turbines om de impact op de omgeving te kennen, en dit zowel op gebied van geluid als van slagschaduw.

5

- De gemeente Zele heeft op 01.12.2010 kennis gekregen van de beroepsakte, dd. 25 november 2010 met daaraan gehecht een studie uitgevoerd door het bureau Hugo Verhas.

In het besluit van de Vlaamse Regering wordt hiervan geen melding gemaakt. In deze studie is er sprake van 4 meetpunten en helemaal geen sprake van metingen van achtergrond geluid.

Nadien moet er nog een studie gemaakt geweest zijn wat blijkt uit de tekst op pag. 8, 1ste par. van de besluiten (- bijlage A)

> 'dat als gevolg hiervan in overleg met de exploitant op 25 januari 2011 een aangepaste geluidssimulatie gevraagd …. ; dat dit in een

aanvullende nota op 14 februari 2011 door de exploitant doorgestuurd werd'

Verzoeker werd op geen enkele wijze op de hoogte gebracht over die bijkomende metingen en had geen mogelijkheid om te weten te komen welke erkende deskundige die metingen en simulatie heeft uitgevoerd en heeft niet de mogelijkheid gehad om die metingen te controleren en eventueel te onderzoeken op eventuele fouten, gezien het een deskundige betreft die aangesteld en betaald is door KT Projects.

- Nergens wordt een datum meegedeeld waarop de datum van laatste ijking van de apparatuur heeft plaats gehad.

- In het besluit wordt melding gemaakt van 2 meetpunten waar in het advies van bureau Verhas sprake is van 4 meetpunten. Waar die meetpunen genomen werden blijft onbekend. Verzoeker is hier ontegensprekelijk het recht op informatie, het recht op inspraak, ontzegd geworden, zoals reeds vermeld bij het begin van dit verzoekschrift.

6

De Vlaamse Regering stelt vast dat die norm dient verstrengd te worden wat er op wijst dat de huidige reglementering geen voldoende bescherming geeft aan de bewoners in de nabijheid van de windmolens.

De actuele omzendbrief dateert van 2006 en sindsdien werden geen aanpassingen utgevoerd

Momenteel bestaat er een voorstel tot een wijziging van ontwerp. De Vlaamse Regering heeft namelijk nieuwe sectorale milieuvoorwaarden in het Vlarem vastgelegd voor windturbines en aardgastankstations. (bijlage C)

'De sectorale milieuvoorwaarden beogen mogelijke milieuhinder (slagschaduw, geluid en veiligheid) van windmolenprojecten tot een aanvaardbaar minimum te beperken,'

Dit toont duidelijk aan dat de huidige reglementering niet toelaat een aanvaardbaar minimum te verzekeren. Was dit wel het geval geweest, had men geen nieuw ontwerp moeten maken.

Gelet op het feit dat in het ontwerp de normen strenger geworden zijn (die weliswaar nog niet gepubliceerd zijn in het staatsblad), namelijk een toelaatbare slagschaduw van max 8 uren per jaar met een max. van 30 min. in plaats van 30 u per jaar, en de exploitant toegeeft dat 'de meest gevoelige woningen tussen de 10u en de 20u contour liggen', voldoet de huidige voorziene inplanting niet.

In het nieuwe ontwerp staat vermeld dat : 'dit betekent dat de afstand t.o.v een woning gemiddeld minstens 300m meter zal bedragen.' De huidige voorziene inplanting beantwoordt daar niet aan, aangezien er een woning op 285m. ligt

7

Sedertdien heeft de Vlaamse Regering de mogelijkheid gehad ervaring op te doen met concrete situaties en is veelvuldig geconfronteerd geworden met de talrijke praktische bezwaren. Blijkbaar blijft men uitgaan van berekeningen, simulaties en metingen a-priori. Nergens is er sprake van bestaande situaties die kunnen aantonen dat er een grote correlatie bestaat tussen de berekeningen en de metingen in het veld.

De grote ontevredenheid moet het gevolg zijn van :

Grote afwijkingen tussen de simulaties en berekeningen enerzijds en de

werkelijke toestand anderzijds

Het feit dat de maatschappijen de te nemen afspraken niet navolgen en aan de bestaande problemen niet wensen te verhelpen om aldus rendementsverliezen te vermijden (zie hieronder)

8

Voorwaardelijke vergunningen geven aanleiding tot vele problemen omdat de maatschappijen zich niet houden aan de afspraken. Als voorbeeld wil ik verwijzen naar de turbines op het Volvo park te Oostakker, dat publiekelijk gekend is. De bewoners hebben klacht neergelegd, die aanvaard werd door de bestendige deputatie en waarvoor klacht werd neergelegd tegen Electrabel. Electrabel de uitbater van het park is in beroep gegaan. Dit bewijst duidelijk de onwil van maatschappijen om zich te houden aan de regels opgelegd door de Vlaamse Regering. Zij hebben er alle belang bij de problemen te rekken en de kosten verbonden aan die betwistingen te betalen. Dit is voor die maatschappijen nog altijd financieel veeeel geringer dan het verlies dat ze lijden als gevolg van de mindere opbrengst door het vermogen te reduceren.

9

In ditzelfde voorontwerp staat vermeld: 'Voor bestaande windturbines voorziet de nieuwe regelgeving een overgangstermijn tot 2015. '

Zal men nu nog inplantingen toelaten die niet beantwoorden aan de nieuwe reglementering en die daardoor onmiddellijk zullen moeten aangepast worden om te voldoen aan de nieuwe reglementering?

10

De exploitant manipuleert een beroepsargument uit de omzendbrief, waar hij het artikel op pag 12 (bijlage B) van de omzendbrief als volgt wijzigt:

> 'Wanneer de dichtstbijzijnde vreemde woning of het dichtstbijzijnde woongebied zich bevinden op een afstand van meer dan 250 m van de windturbinemast, mag ervan uitgegaan worden dat de hinder veroorzaakt door de windturbine/het windturbinepark tot een aanvaardbaar niveau beperkt kan worden.'

Exploitant heeft deze tekst vervalst door te vermelden op pag 2 bijlage A dat :

> 'Er bevindt zich geen woning op 250 m afstand; volgens de omzendbrief EME/2006/01- RO/2006/02 is de hinder veroorzaakt door de windturbines beperkt tot een aanvaardbaar niveau'

11

> 'De mogelijke impact op het wooncomfort door geluidshinder, visuele hinder, slagschaduw, lichtbebakening enz dient toegelicht te worden in de lokalisatienota, zoals in de volgende paragrafen beschreven.' De aanvaardbaarheid van deze impact kan verschillen naargelang de ligging van het gebouw en naargelang de instemming of betrokkenheid van de bewoners.'(omzendbrief)

Ook hier werd geen rekening gehouden met de bezwaren van de betrokken bewoners. Buiten het ene bezwaarschrift dat tijdig werd ingediend waren er nog meerdere bezwaarschriften ingediend. Weliswaar waren die buiten de termijn voorzien voor het indienen van bezwaarschriften. (bijlage G). Dit betekent echter niet dat de andere bewoners akkoord waren met de voorziene inplanting. De gemeente Zele heeft ten ander het bezwaar, ingediend tegen de aanvraag tot

vergunning door de firma Aspiravi, hernomen voor KT-projects.

12

Overwegende dat het hier over werken gaat van openbare aard en het normaal is dat in die gevallen boeteclausules voorzien worden bij het niet voldoen aan het lastenboek of aan de gemaakte afspraken, wens ik toch op te merken dat er geen enkele boeteclausule ingelast is wat als gevolg heeft dat de bewoners geen verhaal hebben op het niet nakomen van gemaakte afspraken, tenzij door klacht in te dienen bij de rechtbank met de onvermijdelijke vertragingen als gevolg.

13

Verzoeker wenst ook te verwijzen naar punt a4 en b4 op pag. 13, van de besluiten waar vermeld wordt: afspraken dienen gemaakt te worden met de afdeling Milieu-Inspectie, wanneer de turbines toebehoren aan verschillende exploitanten. Vermits in dit dossier molens voorzien worden door de bvba KT Projects en door de nv ASPIRAVI wordt het maken van een afspraak onvermijdelijk. In deze vergunning is niet de minste concrete afspraak voorzien. Er is dus geen zekerheid omtrent het respecteren van de opgelegde beperkingen van het geluid en van de slagschaduw. Dit zal leiden tot betwistingen en discussies waarvan verzoeker en de andere bewoners de dupe zullen zijn. Zonder afspraken zal geen enkele exploitant bereid zijn om vrijwillig het rendement van zijn installatie te verlagen! Deze concrete afspraken moeten vooraf vastgelegd worden en deel uitmaken van de vergunning".

In een "aanvulling" van zijn verzoekschrift, die tijdig is ingediend op 20 september 2011 vermits, zoals blijkt uit het administratief dossier, de bekendmaking van het bestreden besluit via aanplakking heeft plaatsgevonden van 13 juli tot 12 augustus 2011, voegt de verzoeker hieraan nog volgend argument toe :

"De vergunning is niet consequent en tegenstrijdig met een vorig besluit van de Vlaamse Minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur.

Op de plaats waar eerst een vergunning geweigerd wordt, wordt op dezelfde plaats slechts één week later, wel een vergunning toegestaan.

Bij ministerieel besluit op 21 juni werd namelijk aan Aspiravi nv de vergunning geweigerd om op het perceel 1494 een molen te plaatsen. (bijlage G)

Bij ministerieel besluit op 30 juni wordt aan BVBA KT Projects de goedkeuring gegeven om op het naastliggend perceel 1455A wel een molen te bouwen.

Het bijgevoegde plan bewijst u het volledig arbitraire van deze beslissing. (bijlage H)".

9. Wat de punten 3, 4 en 6 tot en met 13 van het initieel verzoekschrift betreft, laat de verzoeker na in zijn argumentatie een voldoende duidelijke omschrijving te geven van de rechtsregel of het rechtsbeginsel dat door de verwerende partij zou zijn geschonden. Evenmin blijkt uit de memories van de verwerende en de tussenkomende partij dat zij in de betreffende argumentatie van de verzoeker de schending van een welbepaalde rechtsregel of rechtsbeginsel kunnen identificeren. Als dusdanig kan geen sprake zijn van een middel in de zin van artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereglement.

In verzoekers argumentatie onder punt 1, 2 en 5 van het initieel verzoekschrift en in het aanvullend verzoekschrift van 20 september 2011 kan wel degelijk een ontvankelijk middel in de zin van artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereglement worden gelezen. Deze middelen worden hierna onderzocht.

De exceptie is deels, in de aangegeven mate, gegrond.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een eerste middel voert de verzoeker de schending aan van zijn rechten van verdediging en van zijn recht op inspraak, doordat hij gedurende de administratieve beroepsprocedure niet in kennis is gesteld van de in het kader van die procedure verleende adviezen, noch van de geluidsstudie uitgevoerd in opdracht van de tussenkomende partij. De verzoeker verwijst in dat verband naar punt 3.1.3 van de omzendbrief EME/2006/01-RO/2006/02 van 12 mei 2006 Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines (hierna : omzendbrief) dat bepaalt dat "(d)e aanvaardbaarheid van deze impact kan verschillen naargelang de ligging van het gebouw en naargelang de instemming of betrokkenheid van de bewoners".

Beoordeling

11. Rechten van verdediging zijn slechts toepasselijk in straf- en tuchtzaken en kunnen bijgevolg niet worden ingeroepen in het kader van een milieuvergunningsaanvraag.

Voorts volgt noch uit de van toepassing zijnde regelgeving, noch uit de door de verzoeker geciteerde bepaling van de omzendbrief dat derden/buurtbewoners gedurende elke fase van een milieuvergunningsprocedure inzage en inspraak moeten krijgen van en over elk advies of voorgelegde studie.

Voor zover de verzoeker de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur inroept, is deze evenmin van toepassing omdat het bestreden besluit niet steunt op een gedraging die de verzoeker als een tekortkoming wordt aangerekend.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoeker aan dat de norm van 39 dB(A), voorzien in de omzendbrief, tijdens de nacht kan worden overschreden, wat volgens hem onaanvaardbaar is.

Beoordeling

13. Als vergunningsvoorwaarde is in artikel 5, b.2, van het bestreden besluit opgelegd dat een "automatische sturing" ervoor zorgt dat tijdens de nacht wordt voldaan aan de richtwaarde van 39 dB(A).

Bijgevolg mist het middel feitelijke grondslag.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een derde middel voert de verzoeker aan dat de verwerende partij op volledig arbitraire wijze heeft gehandeld door eerst op 21 juni 2011 aan de NV Aspiravi een milieuvergunning te weigeren voor de exploitatie van een windturbine op het perceel kadastraal gekend als Zele, afdeling 1, nr. 1494, om vervolgens één week later met het bestreden besluit aan de tussenkomende partij een milieuvergunning te verlenen voor de exploitatie van een windturbine op het naastgelegen perceel, kadastraal gekend als Zele, afdeling 1, sectie B, nr. 1455A.

Beoordeling

15. Uit haar besluit van 21 juni 2011 blijkt dat de verwerende partij de milieuvergunningsaanvraag van de NV Aspiravi voor de exploitatie van een windturbine op het perceel kadastraal gekend als Zele, afdeling 1, nr. 1494 heeft geweigerd omdat die exploitatie niet stedenbouwkundig vergund was en zij die windturbine evenmin compatibel achtte met de geplande windturbine van de tussenkomende partij op het naastgelegen perceel.

De Raad van State ontwaart bijgevolg in dezen geen arbitraire beslissing van de verwerende partij.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien februari tweeduizend dertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Elisabeth Impens	**Luc Hellin**