

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.216 van 18 april 2013
in de zaak A. 200.606/VII-38.120.**

In zake : de GEMEENTE WESTERLO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Pieter Jan Vervoort
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij :
de NV ELECTRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tanguy Vandenput en Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 juni 2011, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 6 april 2011 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 22 december 2009, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de NV Electrabel voor de exploitatie van

een windturbinepark, gelegen op percelen ten zuiden van de E313 te Westerlo, gedeeltelijk gegrond worden verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 juli 2011. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Eric Lanckswertdt heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 oktober 2012.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Kloeck, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Emmanuel Verhaest, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kristel Boels, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Eric Lanckswertdt 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 9 september 2009 dient de tussenkomende partij een milieuvergunningsaanvraag in voor de exploitatie van zes windturbines met bijhorende transformatoren, op percelen gelegen op het grondgebied van de gemeente Westerlo, ten zuiden van de E313. Bij de aanvraag hoort een lokalisatienota.

3.2. Tijdens de zitting van de Provinciale Milieuvergunningscommissie beperkt de aanvrager het voorwerp van zijn aanvraag tot twee windturbines.

3.3. Bij besluit van 22 december 2009 verleent de deputatie van de provincie Antwerpen de gevraagde milieuvergunning voor twee windturbines en bijhorende transformatoren.

3.4. Tegen die beslissing wordt bij de bevoegde Vlaamse minister administratief beroep ingesteld, onder meer door de verzoekende partij.

3.5. In het kader van de beroepsprocedure worden volgende adviezen uitgebracht :

- a) het Vlaams Energieagentschap adviseert gunstig;
- b) ook de afdeling Stedenbouwkundig Beleid en Onroerend Erfgoedbeleid brengt een gunstig advies uit en stelt onder meer dat de geplande inrichting volgens het gewestplan Herentals-Mol gelegen is in agrarisch gebied, maar dat mogelijk toepassing kan worden gemaakt van de afwijkingsbepalingen voorzien in artikel 4.4.9 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna : VCRO) en dat "(d)e definitieve afweging op stedenbouwkundig vlak en de toetsing van de

bouwplannen aan de goede ruimtelijke ordening zal gebeuren in het kader van de aanvraag om stedenbouwkundige vergunning";

c) de afdeling Milieuvergunningen en de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie adviseren voorwaardelijk gunstig; de afdeling Milieuvergunningen stelt voor de beroepen deels gegrond te verklaren en de beslissing van de deputatie te veranderen door wijzigingen aan te brengen aan de bijzondere vergunningsvoorwaarden met betrekking tot de slagschaduw, geluidshinder, veiligheid en brandveiligheid van de inrichting.

3.6. Met een besluit van 6 april 2011 verklaart de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur de ingestelde beroepen deels gegrond, wijzigt zij de bijzondere vergunningsvoorwaarden met betrekking tot de slagschaduw, geluidshinder, veiligheid en brandveiligheid van de inrichting en bevestigt zij voor het overige de beroepen beslissing.

Dit is het thans bestreden besluit, waarvan de voor de beoordeling van het onderhavige beroep relevante overwegingen als volgt luiden :

"Gelet op de ligging van de windturbines 1 tot en met 6 in een agrarisch gebied volgens het gewestplan 'Herentals-Mol', vastgesteld bij koninklijk besluit van 28 juli 1978;

Gelet op het feit dat de gereduceerde inrichting (WT1 en WT3) gelegen is op een afstand van circa 330 m van een woongebied ander dan een woongebied met landelijk karakter;

Overwegende dat volgens het artikel 4.4.9, §1, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, de vergunningverlenende overheid bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning 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 van 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; dat het eerste lid geen afwijkingen toelaat op de voorschriften van het plan van aanleg die betrekking hebben op de inrichting en het beheer van het gebied;

Overwegende dat paragraaf 2 van voormeld artikel stelt dat voor de toepassing van paragraaf 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;

Overwegende dat in de typevoorschriften in de categorie van de gebiedsaanduiding 'Landbouw' gesteld wordt dat 'Voor zover ze door hun beperkte impact de realisatie van de algemene bestemming niet in het gedrang brengen, zijn de volgende werken, handelingen en wijzigingen eveneens toegelaten: (onder andere) het aanbrengen van windturbines en windturbineparken, alsook andere installaties voor de productie van (hernieuwbare) energie of energierecuperatie. De mogelijke effecten van de inplanting ten aanzien van efficiënt bodemgebruik, eventuele verstoring van de uitbatings(mogelijkheden) en landschappelijke kwaliteiten dienen in een lokalisatienota te worden beschreven en geëvalueerd.';

Overwegende dat om deze redenen de turbines principieel kunnen aanvaard worden in agrarisch gebied;

(...)

Overwegende dat 2 identieke windturbines worden voorzien met een individueel vermogen van maximaal 3 MW; dat iedere windturbine aan het lokale distributienet zal gekoppeld worden via een transformator met een vermogen van maximaal 3.350 kVA; dat de turbines een ashoogte van maximaal 80 m en een rotordiameter van maximaal 93 m zullen hebben; dat de toprotorhoogte maximaal 126,5 m zal bedragen;

Overwegende dat de dichtstbijzijnde woningen ten opzichte van WT1 en WT3 op een afstand van ongeveer 250 m en 290 m van de inplantingsplaats van de betreffende turbines gelegen zijn;

Overwegende dat er zich in de buurt van de site geen gebieden bevinden met belang volgens de Vogelatlas; dat het dichtstbijzijnde natuurgebied dat tevens ingedeeld is als Habitatrichtlijngebied zich op een afstand van meer dan 3,5 km van de turbines bevindt".

IV. Verzoek tot samenvoeging

4. De verzoekende partij vraagt de samenvoeging met de zaak A. 200.605/VII-38.119 met als voorwerp het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 6 april 2011 waarbij aan de NV Storm Development een milieuvergunning wordt verleend voor het exploiteren van twee windturbines ter plaatse.

5. Aangezien met het thans bestreden besluit en met het besluit waarvan de nietigverklaring wordt gevorderd in de zaak A. 200.605/VII-38.119 een milieuvergunning wordt verleend aan onderscheiden exploitanten, die elk

afzonderlijk een milieuvergunningsaanvraag hebben ingediend, en de desbetreffende besluiten bovendien niet volledig identiek zijn qua voorwerp en motivering, is een samenvoeging niet nodig in het belang van een goede rechtspleging.

Op het verzoek tot samenvoeging wordt bijgevolg niet ingegaan.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4.4.9, 5.6.7 en 7.4.4 VCRO, van het gewestplan Herentals-Mol, van artikel 11 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van artikel 52, 3°, b), van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (Vlarem I), alsook machtsoverschrijding en de "ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag", doordat het bestreden besluit, op grond van artikel 4.4.9 VCRO, de exploitatie van twee windturbines toestaat in agrarisch gebied.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de mogelijkheden om af te wijken van de bestemmingsvoorschriften, voorzien in de artikelen 4.4.9 en 5.6.7 VCRO, enkel gelden voor het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning en niet voor het verlenen van een milieuvergunning. Daarnaast stelt zij dat de afwijkingsmogelijkheid voorzien in artikel 5.6.7, § 1, VCRO slechts van toepassing is wanneer er uitdrukkelijk wordt

naar verwezen in de beslissing over de milieuvergunningsaanvraag, terwijl het bestreden besluit de afwijking van de gewestplanbestemming louter steunt op artikel 4.4.9 VCRO. Voorts betoogt zij dat artikel 5.6.7, § 1, VCRO een uitzonderingsbepaling is, die beperkend moet worden geïnterpreteerd, zodat de vergunningverlenende overheid wanneer ze die bepaling wenst toe te passen, moet nagaan of aan de toepassingsvoorwaarden ervan is voldaan en op concrete wijze de aanvraag dient te toetsen aan de goede ruimtelijke ordening. Zulks zou in het bestreden besluit niet zijn gebeurd.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het bestreden besluit weliswaar een algemene en theoretische uiteenzetting bevat over de principiële mogelijkheid om windturbines onder welbepaalde voorwaarden in te planten in agrarisch gebied, doch geen enkele concrete toetsing van de aanvraag aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 4.4.9 VCRO en, meer bepaald, geen enkele concrete beoordeling van de impact van de inrichting op de realisatie van de algemene bestemming, op het efficiënt bodemgebruik en op de uitbatingsmogelijkheden en landschappelijke kwaliteiten.

7. De verwerende partij antwoordt dat artikel 5.6.7, §§ 1 en 2, VCRO wel degelijk betrekking heeft op milieuvergunningsaanvragen, dat het bestreden besluit op concrete wijze motiveert waarom voor de exploitatie van de windturbines kan worden afgeweken van de gewestplanbestemming, dat die motivering afdoende is gelet op het gunstig advies van het Agentschap Ruimtelijke Ordening Vlaanderen waarin wordt verwezen naar de afwijkingsmogelijkheid die geboden wordt door artikel 5.6.7, § 1, VCRO dat uitdrukkelijk wordt aangehaald in de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen, gelet op het principiële gunstig advies van de afdeling Stedenbouwkundig Beleid en Onroerend Erfgoedbeleid en mede gelet op het feit dat het door de verzoekende partij ingestelde administratief beroep geen betrekking had op stedenbouwkundige aspecten maar enkel op milieutechnische aspecten, zodat op de verwerende partij geen bijzondere motiveringsplicht rustte omtrent de in eerste aanleg reeds positief geëvalueerde stedenbouwkundige

aspecten. De verwerende partij is van mening dat het niet letterlijk vermelden van artikel 5.6.7 VCRO in het bestreden besluit geen motiveringsgebrek vormt en dat uit het bestreden besluit duidelijk blijkt dat toepassing wordt gemaakt van de decretale mogelijkheid om af te wijken van de gewestplanbestemming. Zij stelt dat zij wel degelijk de aanvraag op concrete wijze heeft getoetst aan de toepassingsvoorwaarden van de door de artikelen 4.4.9 en 5.6.7 VCRO geboden afwijkingsmogelijkheden, dat zij ook op concrete wijze heeft geoordeeld dat de aangevraagde windturbines in het betrokken agrarisch gebied kunnen worden aanvaard, zowel vanuit stedenbouwkundig als vanuit milieutechnisch oogpunt en dat de motiveringsplicht niet vereist dat uitdrukkelijk bij elke voorwaarde wordt vermeld of daaraan is voldaan.

8. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat overeenkomstig het oorspronkelijke artikel 5.6.7, § 1, VCRO alle in de codex voorziene mogelijkheden om af te wijken van de bestemmingsvoorschriften, waaronder artikel 4.4.9 VCRO, konden worden toegepast door de milieuvergunningverlenende overheid, maar dat ingevolge het reparatiedecreet van 16 juli 2010, dat artikel 5.6.7 VCRO ingrijpend heeft gewijzigd, de milieuvergunningverlenende overheid niet langer toepassing kan maken van de afwijkingsregeling voorzien in artikel 4.4.9 VCRO. De verzoekende partij zet uiteen dat de verwerende partij te dezen dan ook niet kan steunen op artikel 4.4.9 VCRO om af te wijken van de gewestplanbestemming, maar toepassing dient te maken van een andere decretale grondslag, zoals deze van het nieuwe artikel 5.6.7, § 1, VCRO, hetgeen evenwel vereist dat de verwerende partij de aanvraag op concrete wijze toetst aan de toepassingsvoorwaarden van die bepaling en met name onderzoekt of de geplande inrichting de goede ruimtelijke ordening niet schaadt. Ook merkt zij op dat niet nuttig kan worden verwezen naar het advies van het Agentschap Ruimtelijke Ordening van 4 december 2009, aangezien dit advies steunt op het oude artikel 5.6.7, § 1, VCRO. Voorts laat zij gelden dat de devolutieve werking van het administratief beroep impliceert dat zowel de milieuhygiënische als de planologische beoordeling door de beroepsinstantie volledig dienen te worden overgedaan, ongeacht de inhoud van het beroepsschrift.

9. De tussenkomende partij betoogt dat artikel 5.6.7, § 3, VCRO niet uitsluit dat bij het verlenen van de milieuvergunning wordt afgeweken van de bestemmingsvoorschriften, dat in het bestreden besluit uitdrukkelijk wordt opgegeven waarom te dezen wordt afgeweken van de gewestplanbestemming, dat de aanvraag daarbij getoetst werd aan de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 4.4.9 en 5.6.7 VCRO en dat het feit dat enkel artikel 4.4.9 VCRO wordt vermeld de omstandige motivering niet gebrekkig maakt. Gelet op het gunstig advies van 8 april 2010 van de afdeling Stedenbouwkundig Beleid en Onroerend Erfgoedbeleid, dat integraal deel uitmaakt van de motivering van het bestreden besluit en waarvan de stedenbouwkundige aspecten door de verzoekende partij niet werden betwist, en gelet op de andere in het bestreden besluit vermelde stedenbouwkundige beoordelingselementen, valt volgens de tussenkomende partij niet in te zien hoe artikel 4.4.9 VCRO geschonden zou kunnen zijn.

10. In haar laatste memorie voegt de tussenkomende partij nog toe dat voormeld advies van 8 april 2010 verwijst naar de toetsing van de bouwplannen aan de goede ruimtelijke ordening die dient te gebeuren in het kader van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning en dat dergelijke uitgebreide toetsing is gebeurd in de stedenbouwkundige vergunning van 7 april 2010, zodat de verwerende partij de aanvraag eveneens heeft getoetst aan de goede ruimtelijke ordening.

Beoordeling

11. Uit het bestreden besluit blijkt dat de verwerende partij de milieuvergunningsaanvraag strijdig acht met de gewestplanbestemming "agrarisch gebied" en dat zij van dat bestemmingsvoorschrift heeft willen afwijken op grond van artikel 4.4.9, § 1, VCRO.

12. Overeenkomstig artikel 4.4.9 VCRO, zoals geldend op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, mag het

vergunningverlenende bestuursorgaan "bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning of een verkavelingsvergunning in een gebied dat sorteert onder de voorschriften van een gewestplan, afwijken van de bestemmingsvoorschriften (...)". Milieuvergunningsaanvragen vallen klaarblijkelijk buiten het toepassingsgebied van voormelde bepaling. Bijgevolg heeft de verwerende partij foutief een afwijkingsregeling toegepast die de decreetgever uitdrukkelijk heeft beperkt tot de stedenbouwkundige vergunningen en verkavelingsvergunningen.

De vastgestelde onwettigheid laat zich niet herleiden tot een loutere verschrijving bij de aanduiding van de juridische grondslag voor de bestreden beslissing. Waar de verwerende partij en de tussenkomende partij verwijzen naar de afwijkingsregeling van artikel 5.6.7, § 1, VCRO die wel van toepassing is bij de beoordeling van milieuvergunningsaanvragen, stelt de Raad van State vast dat noch uit het advies van de afdeling Stedenbouwkundig Beleid en Onroerend Erfgoedbeleid van 8 april 2010, noch uit het bestreden besluit blijkt dat de kwestieuze aanvraag concreet werd getoetst aan de afwijkingsvoorwaarde die stelt dat de geplande inrichting de goede ruimtelijke ordening niet mag schaden. Integendeel wordt in het voornoemde advies van 8 april 2010 vermeld dat "(d)e definitieve afweging op stedenbouwkundig vlak en de toetsing van de bouwplannen aan de goede ruimtelijke ordening zal gebeuren in het kader van de aanvraag om stedenbouwkundige vergunning". In dit verband worden de louter beschrijvende elementen van het bestreden besluit die aangeven dat de windturbines gelegen zijn op circa 330 meter van een woongebied ander dan een woongebied met landelijk karakter, op 250 en 290 meter van de dichtstbijzijnde woningen en op ruim 3,5 kilometer van het dichtstbijzijnde natuurgebied, niet als een afdoende beoordeling van de goede ruimtelijke ordening beschouwd.

De bewering dat de in eerste aanleg beoordelende instantie de op dat ogenblik geldende afwijkingsregeling wel correct heeft toegepast, ontslaat de verwerende partij er niet van om zelf, in het kader van het volledig heronderzoek van de zaak in beroep, de vigerende regelgeving correct toe te passen. Evenmin

laat de omstandigheid dat in het beroepschrift van de verzoekende partij geen stedenbouwkundige bezwaren zouden zijn aangevoerd, de verwerende partij toe om op onwettige wijze af te wijken van de dwingende voorschriften van het gewestplan.

Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 6 april 2011 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 22 december 2009, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de NV Electrabel voor de exploitatie van een windturbinepark, gelegen op percelen ten zuiden van de E313 te Westerlo, gedeeltelijk gegrond worden verklaard.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij 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 achttien april tweeduizend dertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	waarnemend kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys