

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.918 van 22 januari 2014
in de zaak A. 207.943/VII-38.751.**

In zake : de NV ASPIRAVI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 februari 2013, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 13 december 2012 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 20 oktober 2011, houdende de weigering van de milieuvergunning aan de NV Aspiravi voor het exploiteren van een windturbinepark, gelegen aan de A. van der Moerenstraat in Zele, ongegrond wordt verklaard en de beroepen beslissing wordt bevestigd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft 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 december 2014.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sophie Aerts, die loco advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Van Hulle, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende 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. De verzoekende partij dient op 4 april 2011 een aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning in voor het optrekken van vier windturbines (met

toebehoren) aan de A. van der Moerenstraat, Langevelde, Sint-Annastraat en Baaikensstraat in Zele, in agrarisch gebied. Op 2 mei 2011 vraagt zij een milieuvergunning voor het exploiteren van deze windturbines.

4. Tijdens het openbaar onderzoek over de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning worden 147 bezwaarschriften ingediend. Op 12 augustus 2011 verleent de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar een stedenbouwkundige vergunning voor drie van de vier windturbines. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zele dient een beroep tot vernietiging in bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

5. Tijdens het openbaar onderzoek over de milieuvergunningsaanvraag worden 27 bezwaarschriften ingediend, en een door 176 personen ondertekende petitie. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zele verleent een ongunstig advies. Op 20 oktober 2011 weigert de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen de gevraagde milieuvergunning. De aanvrager dient een administratief beroep in. In de loop van die procedure doet hij afstand van zijn aanvraag voor de windturbine waarvoor de stedenbouwkundige vergunning werd geweigerd.

6. Bij de vergunningsaanvraag zijn onder meer een geluidsstudie en een onderzoek naar slagschaduw gevoegd, waarbij wordt uitgegaan van het afwegingskader van omzendbrief EME/2006/01 - RO/2006/02. Bij besluit van de Vlaamse regering van 23 december 2011 worden er evenwel sectorale normen vastgesteld. De verzoekende partij bezorgt daarom een nieuwe geluidstudie, waarin de aanvraag wordt getoetst aan deze nieuwe sectorale geluidsnormen.

Deze studie besluit :

"Uit de berekeningen van het totale geluid van de 3 windturbines (berekening conform ISO 9613, dus downwindcondities, dwz. met een wind die steeds van de bron in de inrichting van de ontvanger gaat) is gebleken dat de berekende niveaus bij gegarandeerd brongeluid (95% nominaal vermogen) steeds beneden de milieukwaliteitsnorm gelegen zijn in alle evaluatiepunten

tijdens de dagperiode (geluidseis van 50 dB(A), 48 dB(A) en 44 dB (A)) en avond- en nachtperiode (geluidseis 45 dB(A), 43 dB (A) en 39 dB(A) wanneer alle 3 de windturbines op mode 0 (maximale capaciteit) draaien (onafhankelijk van het type)".

7. Tijdens de administratieve beroepsprocedure worden over de milieuvergunningsaanvraag gunstige adviezen verleend door :

- Stedenbouwkundig Beleid en Onroerend Erfgoedbeleid;
- het Vlaams Energieagentschap;
- de afdeling Milieuvergunningen, die voorstelt om bijzondere vergunningsvoorwaarden op te leggen;
- de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie, die voorstelt om bijzondere vergunningsvoorwaarden op te leggen.

8. Op 13 december 2012 wordt de bestreden beslissing genomen : de vergunning wordt geweigerd. Er worden twee weigeringsmotieven gegeven, inzake respectievelijk geluidshinder en slagschaduw :

"Overwegende dat de 3 windturbines gelegen zijn in een agrarisch gebied gelegen ten noordoosten/oosten van een industriegebied; dat ten noorden van de projectsite een woongebied met landelijk karakter is gelegen waarvan de meest nabij woningen zijn gelegen op ongeveer 332 m van WT1; dat ten oosten een agrarisch gebied is gelegen; dat ten zuiden een woongebied met landelijk karakter is gelegen waarvan de meest nabij woningen zijn gelegen op ongeveer 326 m van WT4;

Overwegende dat in de aanvraag geluidsberekeningen werden gevoegd uitgevoerd met het berekenings-/voorspellingsmodel IMMI; dat de geluidsberekeningen grafisch werden weergegeven door het tekenen van de iso-geluidscontouren op een kaart zowel voor de dag-/avondperiode als voor de nachtperiode; dat de geluidscontouren afgetoetst werden aan de richtwaarden uit de omzendbrief EME/2006/01 - RO/2006/02; dat er intussen nieuwe sectorale voorwaarden voor windturbines zijn zoals bepaald in het wijzigingsbesluit van titel I en titel II van het VLAREM gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 21 maart 2012 en van kracht op 31 maart 2012; dat hierin nieuwe richtwaarden voor windturbinegeluid werden opgenomen; dat de exploitant een nieuwe geluidstudie liet uitvoeren door een erkend deskundige geluid op 9 januari 2012 om te toetsen aan de nieuwe sectorale voorwaarden voor windturbines en dit voor 3 in plaats van 4 windturbines; dat in het wijzigingsbesluit gesteld wordt dat het geluid afkomstig van de windturbines moet voldoen aan volgende richtwaarden:

gebied	Richtwaarde in $L_{Aeq,15min}$ dB(A) in openlucht		
	overdag 7u - 19u	's avonds 19u - 22u	's nachts 22u - 7u
1° Gebieden voor verblijfsrecreatie	44	39	39
2°a Gebieden of delen van gebieden, uitgezonderd woongebieden of delen van woongebieden, gelegen op minder dan 500 m van industriegebieden	50	45	45
2°b Woongebieden of delen van woongebieden op minder dan 500 m gelegen van industriegebieden	48	43	43
3°a Gebieden of delen van gebieden, uitgezonderd woongebieden of delen van woongebieden, op minder dan 500 m gelegen van gebieden voor ambachtelijke bedrijven en kleine en middelgrote ondernemingen, van dienstverleningsgebieden of van ontginningsgebieden, tijdens de ontginning	48	43	43
3°b Woongebieden of delen van woongebieden op minder dan 500 m gelegen van gebieden voor ambachtelijke bedrijven en kleine en middelgrote ondernemingen, van dienstverleningsgebieden of van ontginningsgebieden, tijdens de ontginning	44	39	39
4° Woongebieden	44	39	39
5° Industriegebieden, dienstverleningsgebieden, gebieden voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen en ontginningsgebieden tijdens de ontginning	60	55	55
5bis° Agrarische gebieden	48	43	43
6° Recreatiegebieden, uitgezonderd gebieden voor verblijfsrecreatie	48	43	43
7° Alle andere gebieden, uitgezonderd: bufferzones, militaire domeinen en deze waarvoor in bijzondere besluiten richtwaarden worden vastgelegd	44	39	39

8° Bufferzones	55	50	50
9° Gebieden of delen van gebieden op minder dan 500 m gelegen van voor grindwinning bestemde ontginnings-gebieden tijdens de ontginning	48	43	43

Overwegende dat voor woning H1 aan de A. Van der Moerenstraat 41 op ongeveer 332 m van WT 1 een geluidsdrukniveau van 43 dB(A) werd berekend; dat deze woning is gelegen op minder dan 500 m van industriegebied waardoor een richtwaarde van 43 dB(A) voor de nachtperiode geldt; dat woning H2 gelegen aan de Kerkhofstraat op ongeveer 540 m van WT 1 in woongebied met landelijk karakter een geluidsdruk van 39 dB(A) werd berekend; dat voor woongebieden een nachtelijke richtwaarde van 39 dB(A) geldt; dat voor woning H3 gelegen te A. Van Moerenstraat 75 op ongeveer 390 m van WT 2 in agrarisch gebied op minder dan 500 m van industriegebied een geluidsdrukniveau van 44 dB(A) werd berekend; dat voor deze gebieden een nachtelijke richtwaarde geldt van 45 dB(A); dat voor woning H5 aan de Langevelde 59 op ongeveer 310 m van WT 4 in een woongebied met landelijk karakter op minder dan 500 m van een industriegebied een geluidsdrukniveau werd berekend van 43 dB(A); dat voor deze gebieden een nachtelijke richtwaarde van 43 dB(A) geldt; dat tenslotte voor woning H6 aan de Langevelde 101 op een afstand van ongeveer 380 m van WT 4 in agrarisch gebied een geluidsdrukniveau van 42 dB(A) werd berekend; dat voor agrarische gebieden een nachtelijke richtwaarde van 43 dB(A) geldt;

Overwegende dat uit het voorspellingsmodel van de studie blijkt dat slechts nipt kan voldaan worden aan de richtwaarden voor geluid voor windturbines; dat niet voldoende aangetoond is dat het project ten alle tijde kan voldoen aan de richtwaarden voor windturbinegeluid conform bijlage 5.20.6.1 van titel II van het VLAREM;

Overwegende dat de draaiende wieken van windturbines hinder kunnen veroorzaken door hun bewegende schaduw, slagschaduw genaamd; dat bij de milieuvergunningaanvraag een slagschaduwstudie werd bijgevoegd waarin de te verwachten slagschaduw werd berekend; dat deze studie werd uitgevoerd voor 4 windturbines met een rotordiameter van 82 m en een tiphoogte van 149 m;

Overwegende dat een schaduwkaart werd gemaakt met iso-schaduwlijnen voor het verwacht aantal uren slagschaduw per jaar; dat de slagschaduwcontouren afgetoetst werden aan 30-uur norm slagschaduw per jaar uit omzendbrief de EME/2006/01 - RO/2006/02; dat in het bovenvermelde wijzigingsbesluit een nieuwe norm werd opgenomen met betrekking tot slagschaduw; dat een norm geldt van 8 uur per jaar effectieve slagschaduwen 30 minuten per dag effectieve slagschaduw voor elk slagschaduwgevoelig object;

Overwegende dat uit de slagschaduwstudie blijkt dat een 20-tal woningen binnen de 10-uren contour liggen; dat eveneens een aantal bedrijfsgebouwen binnen de 10-uren contour liggen; dat er zich binnen de 8-uren een nog groter aantal woningen bevindt; dat voor deze woningen/gebouwen bijgevolg een hogere waarde dan de norm van 8 uur per jaar wordt verwacht;

Overwegende dat de slagschaduw moet beperkt worden voor elk slagschaduwgevoelig object; dat een schaduwgevoelig object gedefinieerd wordt als 'een binnenruimte waar slagschaduw van windturbines hinder kan veroorzaken'; dat bijgevolg niet alleen rekening gehouden moet worden met woningen maar ook met elk ander slagschaduwgevoelig object;

Overwegende dat ter controle van de hoeveelheid effectieve slagschaduw de exploitant voor elk relevant slagschaduwgevoelig object de coördinaten en een slagschaduwkalender ter beschikking moet houden; dat een slagschaduwgevoelig object een binnenruimte is waar slagschaduw van windturbines hinder kan veroorzaken; dat de eerste twee jaren een controlerapport opgesteld moet worden waarin eventueel milderende maatregelen opgegeven worden om de effectieve slagschaduw te beperken tot maximaal 8u per jaar en maximaal 30 minuten per dag; dat dit bereikt kan worden door:

- de turbine stil te leggen indien de norm overschreden zou worden;
- aan te tonen dat omwille van fysische redenen geen hinder door slagschaduw kan optreden (vb. zonnewering geïnstalleerd, slagschaduw beplanting aanwezig enkel in bloeimaanden, objecten tussen windturbine en slagschaduwgevoelig object, geen ramen in de richting van de windturbines);
- aan te tonen dat tijdens de periodes dat de verwachte slagschaduw op zou treden geen personen gehinderd worden (vb. slagschaduw buiten de kantooruren, slagschaduw op die magazijnen waar geen hinder ondervonden kan worden, ...);

Overwegende dat gelet op het groot aantal woningen waarvoor meer dan 8 uur slagschaduw wordt verwacht, de te nemen milderende maatregelen voor dit project te vergaand zijn; dat de hinder door slagschaduw bijgevolg onaanvaardbaar is (...)"

9. De Raad voor Vergunningsbetwistingen beslist bij arrest nr. A/2013/0397 van 16 juli 2013 dat het beroep tegen de verleende stedenbouwkundige vergunning onontvankelijk is bij gebrek aan voorwerp, omdat het door de aanvrager bij de Raad van State ingediende annulatieberoep tegen de weigering in administratief beroep van de milieuvergunning, de hier bestreden beslissing, niet wegneemt dat deze vergunning definitief geweigerd is in laatste administratieve aanleg, en dat bijgevolg de stedenbouwkundige vergunning van rechtswege vervallen is, overeenkomstig artikel 4.5.1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunten van de partijen

10. In een enig middel wordt de schending aangevoerd van artikel 20, vierde lid, van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning (hierna : milieuvergunningsdecreet), de artikelen 30bis, § 1, en 52, 3°, b), van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (hierna : Vlarem I), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet), artikel 5.20.6.4.2 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (hierna : Vlarem II), de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit de bestreden beslissing niet waarom de minister de gunstige adviezen niet heeft gevolgd. Bovendien is volgens haar de bestreden beslissing kennelijk onredelijk en onzorgvuldig, doordat enerzijds wordt erkend "dat de richtwaarden van Vlarem II zullen gerespecteerd worden volgens de prognose, maar anderzijds zonder de juistheid van de prognose in twijfel te trekken toch wordt gezegd dat er onvoldoende garanties voorliggen dat de geluidshinder tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt". Zij merkt voorts op dat windturbines moeten worden uitgerust met een automatisch regelsysteem dat toelaat de slagschaduw en het geluid te verminderen, en dat de opgelegde normen enkel richtwaarden zijn, en geen grenswaarden.

Zij besluit dat :

"de leefmilieuminister, door de milieuvergunning zonder meer te weigeren wegens vermeende overmatige geluids- en slagschaduwhinder, terwijl uit de gevoegde studies door erkende deskundigen en het voorwaardelijk gunstig advies van de gespecialiseerde adviesinstanties blijkt dat (...) de richtnormen inzake geluid gedurende de ganse dag (zelfs zonder reducties) kunnen worden

gerespecteerd, en (...) mits milderende maatregelen de slagschaduwhinder beperkt kan worden tot 8 uur/jaar en 30 minuten/dag, de in het middel opgesomde bepalingen en beginselen heeft geschonden".

11. De verwerende partij stelt dat uit de bestreden beslissing duidelijk blijkt dat het weigeren van de vergunning in hoofdzaak steunt op de beoordeling dat de hinder door slagschaduw onaanvaardbaar is, en citeert de motivering ter zake, daarbij opmerkend dat de verzoekende partij geenszins de feiten betwist die aan die beoordeling ten grondslag liggen.

Volgens de verwerende partij tracht de verzoekende partij aan de hand van de bij de aanvraag gevoegde studie waarin werd besloten dat werd voldaan aan de norm van omzendbrief EME/2006/01 - RO/2006/02, namelijk maximaal 30 uur slagschaduw per jaar, "geheel vruchteloos" haar stelling te onderbouwen dat de hinder door slagschaduw tot een aanvaardbaar niveau beperkt zou zijn. Volgens de verwerende partij is die norm volledig achterhaald, en voorziet artikel 5.20.6.2.3 van Vlarem II thans in een sectorale voorwaarde van maximaal 8 uur/jaar en 30 minuten per dag effectieve slagschaduw door windturbines, en is het daaraan dat de windturbines dienen te voldoen opdat de hinder tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen worden beperkt.

Uit de artikelen 20 van het milieuvergunningsdecreet en 30bis, § 1, van Vlarem I, volgt volgens de verwerende partij helemaal geen verplichting om bijzondere exploitatievoorwaarden op te leggen om een exploitatie die onaanvaardbare hinder voor mens of leefmilieu dreigt te veroorzaken, toch te vergunnen. Voorts wijst zij op haar ruime beoordelingsbevoegdheid betreffende de vraag of door het opleggen van maatregelen de hinder binnen aanvaardbare perken kan worden gehouden, waarbij ze stelt wel degelijk rekening te kunnen houden met de gevolgen van die maatregelen voor het exploiteren van de inrichting.

De beoordeling van de geluidshinder ten slotte, is volgens de verwerende partij slechts een bijkomend motief, en de kritiek van de verzoekende

partij daarop is volgens haar bovendien ongegrond.

12. In de memorie van wederantwoord neemt de verzoekende partij er akte van dat de bestreden beslissing in hoofdzaak zou steunen op het motief inzake slagschaduw en gaat zij verder in tegen de bewering van de verwerende partij als zou er niet afdoende zijn aangetoond dat het project ten alle tijde aan de geluidsnormen kan voldoen.

Zij betwist het motief dat de hinder door slagschaduw onaanvaardbaar zou zijn, en dat de nodige milderende maatregelen "te verregaand" zouden zijn, en wijst er op dat, anders dan in de memorie van antwoord wordt gesteld, er in de bestreden beslissing niet wordt overwogen dat er onvoldoende garanties zouden zijn voor het naleven van de normen inzake slagschaduw.

13. In de laatste memorie voegt de verwerende partij toe dat de overweging in de bestreden beslissing in verband met de woningen of bedrijfsgebouwen die in de 10-uren contour of in de 8-uren contour liggen, niet kan worden begrepen als een kritiek op de wettigheid van de artikelen 5.20.6.2.1 en 5.20.6.2.3 van Vlarem II.

Beoordeling

14. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat de richtwaarden worden gehaald. De loutere vaststelling dat dit "nipt" is volstaat niet om de vergunning te weigeren. De niet concreet onderbouwde hypothese dat het project niet te allen tijde zal voldoen aan die richtwaarden kan evenmin een deugdelijke grond voor de weigering uitmaken.

15. Op het ogenblik waarop de bestreden beslissing werd genomen golden, met betrekking tot de exploitatie van windturbines, volgende sectorale maatregelen:

Artikel 5.20.6.2.3 van Vlarem II :

"Tenzij anders vermeld in de milieuvergunning, geldt een maximum van acht uur effectieve slagschaduw per jaar, met een maximum van dertig minuten effectieve slagschaduw per dag voor elk relevant slagschaduwgevoelig object".

Artikel 5.20.6.2.1 van Vlarem II :

"Als een slagschaduwgevoelig object zich bevindt binnen de contour van vier uur verwachte slagschaduw per jaar van de windturbine, wordt de windturbine uitgerust met een automatische stilstand module".

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de vergunningverlenende overheid inschat dat om te kunnen voldoen aan de normen van artikel 5.20.6.2.3, van Vlarem II de windturbines te vaak zouden moeten worden stilgelegd. De verwerende partij beweert niet dat dit stilleggen technisch onmogelijk is, noch dat daardoor de uitbating zinledig zou zijn.

Wanneer echter de hinderbeperkende maatregelen die als sectorale norm zijn opgelegd technisch uitvoerbaar zijn, en deze maatregelen ook volstaan om de hinder tot een aanvaardbaar niveau te beperken, komt het enkel de exploitant toe om te oordelen over de bedrijfseconomische opportuniteit van de activiteit waarvoor hij een vergunning vraagt. De vergunningverlenende overheid kan dat niet in zijn plaats doen.

Artikel 30bis, § 1, van Vlarem I bepaalt dat een vergunning kan worden verleend wanneer deze voorwaarden bevat welke garanderen dat de inrichting voldoet aan de eisen die worden gesteld door Vlarem I en II. De bestreden beslissing geeft nergens aan waarom de automatische stilstand module van artikel 5.20.6.2.1 van Vlarem II niet zou garanderen dat wordt voldaan aan de normen van artikel 5.20.6.2.3, van Vlarem II terwijl ze ook niet stelt dat die normen te dezen niet zouden volstaan om de hinder binnen aanvaardbare perken te houden. De reden waarom de hinder door slagschaduw onaanvaardbaar wordt genoemd is vreemd aan het niveau van de hinder voor de relevante slagschaduwgevoelige objecten. Dit motief kan het weigeren van de vergunning

niet naar recht verantwoorden, waardoor artikel 3 van de motiveringswet wordt geschonden.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 13 december 2012 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 20 oktober 2011, houdende de weigering van de milieuvergunning aan de NV Aspiravi voor het exploiteren van een windturbinepark, gelegen aan de A. van der Moerenstraat in Zele, ongegrond wordt verklaard en de beroepen beslissing wordt bevestigd.

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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig januari tweeduizend vijftien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys