

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.181 van 14 december 2017
in de zaak A. 222.757/VII-40.051.**

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

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bergé en Kristien Vanderheiden

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 26 mei 2017 waarbij het bestuurlijk beroep tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 1 december 2016, houdende het weigeren van de milieuvergunning voor het exploiteren van drie windturbines, gelegen op percelen tussen de Seskenskoeter en de Egemstraat te Erpe-Mere, ongegrond wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Eerste auditeur-afdelingshoofd Peter Provoost heeft een verslag overeenkomstig artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 november 2017.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Laurens De Brucker, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kristien Vanderheiden, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 1 december 2016 weigert de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen aan de verzoekende partij een milieuvergunning voor het exploiteren van een park met drie windturbines, gelegen op een terrein tussen de Seskenskouter en de Egemstraat te Erpe-Mere.

3.2. Tegen deze beslissing stelt de verzoekende partij bestuurlijk beroep in bij de bevoegde Vlaamse minister.

3.3. Na het inwinnen van een aantal - al dan niet voorwaardelijk gunstige - adviezen, neemt de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw op 26 mei 2017 het thans bestreden besluit waarbij het bestuurlijk beroep ongegrond wordt verklaard en de beroepen weigeringsbeslissing wordt bevestigd.

IV. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het eerste middel

4. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Tevens wordt de verwerende partij een “manifeste beoordelingsvergissing zowel in rechte, als in feite” en machtsoverschrijding verweten.

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat alle adviezen gunstig of voorwaardelijk gunstig waren en dat de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie tot de slotsom is gekomen dat door de installatie van een automatische stilstand module kan worden voldaan aan de toepasselijke normen inzake slagschaduw, waardoor deze vorm van hinder binnen aanvaardbare perken zal blijven. In dit verband merkt zij op dat het enkel aan de exploitant toekomt om te beoordelen of het bedrijfseconomisch opportuun is om onder de gestelde beperkende voorwaarden te exploiteren.

Voorts zet zij uiteen:

“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.

Daarnaast heeft de verwerende partij voor andere windturbineprojecten (zoals Laarne en Lummen) wel een milieuvergunning afgeleverd, terwijl er zich gelijkaardige problemen voordeden en oplossingen aandienden met betrekking tot de mogelijke overschrijding van de slagschaduwnormen. Bij deze projecten werd er evenwel terecht niet stilgestaan bij de vraag of de afdoende milderende maatregelen al dan niet met zekerheid zouden nageleefd

worden, zodat er zich alsnog een overschrijding van de normen zou voordoen. Nochtans zijn de milderende maatregelen in onderhavige zaak exact dezelfde als in de voormelde projecten.

Het gegeven dat de verwerende partij zich op die wijze in de plaats stelde van verzoekster, door te oordelen dat de opgelegde milderende maatregelen toch mogelijk niet geschikt zijn om te allen tijde aan de eisen van Vlarem II te voldoen, betreft niet alleen een volkomen foutieve opvatting die resoluut indruist tegen het advies van de gewestelijke milieuvergunningscommissie van 14 maart 2017, maar maakt tevens machtsoverschrijding uit in hoofde van de verwerende partij.

Bovendien stelt verzoekster vast dat de omstandigheid dat de verwerende partij zich baseerde op manifest foutieve opvattingen, een miskennen van de zorgvuldigheidsplicht omvat, zodat het middel reeds ter hoogte van voormelde vaststellingen gegrond dient te worden bevonden.

[...]

Vervolgens dient te worden nagegaan of de verwerende partij wel afdoende met alle relevante gegevens rekening heeft gehouden.

De verwerende partij wijkt met haar weigeringsbeslissing af van alle gunstige adviezen die in dit dossier zijn afgeleverd. Verder geeft zij in haar beslissing niet weer op basis van welke gronden zij afwijkt van al deze gunstige adviezen. De motivering van de verwerende partij is dus zeker niet afdoende.

Het is nochtans vaste rechtspraak van Uw Raad dat wanneer de overheid afwijkt van doorheen de administratieve procedure uitgebrachte adviezen, er in principe een verstrengde motiveringsplicht geldt. Zo het in beginsel weliswaar niet noodzakelijk is dat in het bestreden besluit de negatieve adviezen worden ‘weerlegd’ in die zin dat het volstaat dat uit de opgegeven redenen kan worden afgeleid waarom de adviezen in andersluidende zin niet worden gevolgd, mag de motivering niet beperkt blijven tot een louter tegenspreken van het advies, maar moet uit het bestreden besluit duidelijk blijken waarom de beslissende overheid meent de in het advies geformuleerde argumenten niet te kunnen volgen. Om te voldoen aan de uitdrukkelijke motiveringsplicht, dient het bestreden besluit minstens genoegzaam te laten verstaan om welke reden het advies niet werd gevolgd en er, integendeel, juist in de tegenovergestelde zin werd beslist. (R.v.St., nr. 237.161 van 26 januari 2017)

Te dezen merkt verzoekster op dat in het bestreden besluit louter wordt gesteld dat, naar analogie met het arrest nr. 236.081 van 13 oktober 2013 van Uw Raad, moet geoordeeld worden dat de installatie van de slagschaduwmodules geen voldoende garantie biedt dat de slagschaduw tot een aanvaardbaar niveau wordt beperkt en dat ook het voorzien van een logboek, waarin per windturbine de effectieve slagschaduw per slagschaduwgevoelig object wordt bijgehouden, geen voldoende garantie biedt dat de hinder veroorzaakt door slagschaduw tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt.

Verzoekster kan uit voormelde argumentatie evenwel geen enkel feitelijk element ontwaren dat enige duiding zou kunnen geven bij de hypothese dat de hinder, veroorzaakt door slagschaduw, niet tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen worden beperkt. Verzoekster wijst in dit kader op de rechtspraak van Uw Raad die stelt dat een niet concreet onderbouwde hypothese die stelt dat het

project niet te allen tijde zal voldoen aan de richtwaarden van Vlare II geen deugdelijke grond voor de weigering van een milieuvergunning kan uitmaken. (R.v.St., nr. 236.628 van 1 december 2016)

Uit het bovenstaande blijkt derhalve dat het bestreden besluit niet afdoende is gemotiveerd, zodat de formele motiveringsplicht, minstens wat dit punt betreft, geschonden werd.

[...]

Vervolgens stelt verzoekster vast dat de verwijzing van de verwerende partij naar het arrest nr. 236.081 van 13 oktober 2016 van Uw Raad verkeerdelijk werd aangewend en derhalve evenmin kan worden gehanteerd in het licht van de motiveringsplicht.

De verwijzing naar paragraaf 9 van het arrest nr. 236.081, die werd aangewend om ten gronde te verantwoorden waarom de hinder, veroorzaakt door slagschaduw, niet tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen worden beperkt en die stelt dat een vergunningverlenende overheid niet kan volstaan met het opleggen van bijzondere voorwaarden die geen garantie bieden dat de exploitatie van de windturbines voldoet aan de eisen van Vlare II en dat deze overheid er niet in minder strenge zin van kan afwijken door voorwaardelijk te besluiten dat het uitvoeren van geluidsreducerende maatregelen de geluidshinder tot een aanvaardbaar niveau kan brengen, kan immers maar nuttig worden gehanteerd in de mate dat deze argumentatie in een gelijkaardige context wordt aangevoerd of in het geval de concrete omstandigheden vergelijkbaar zijn.

Dit is in casu evenwel geenszins het geval.

[...]

Verzoekster stelt in dit kader vooreerst vast dat de feitelijke omstandigheden met betrekking tot de milieuvergunning die het voorwerp vormde van het arrest nr. 236.081 van Uw Raad van 13 oktober 2016, duidelijk verschillen van de context waarin de bestreden beslissing werd genomen.

Waar uit de milieuvergunning die het voorwerp vormde van het geciteerde arrest niet met zekerheid kon worden opgemaakt of de geluidsnormen te allen tijde gerespecteerd zouden worden en uit de milieuvergunning ook niet duidelijk kon worden afgeleid welke geluidsreducerende maatregelen dienden te worden genomen, blijkt uit de bestreden beslissing evenwel overduidelijk dat aan de overschrijding van het slagschaduwniveau van 8 uur per jaar en 30 minuten per dag kan tegemoet gekomen worden door de windturbines te voorzien van slagschaduwmodules.

Aldus staat vast dat de onderscheiden milieuvergunningen verleend werden in omstandigheden die geenszins vergelijkbaar zijn, zodat verzoekster niet anders kan dan vaststellen dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is.

[...]

Vervolgens stelt verzoekster vast dat de context waarbinnen de aangehaalde argumentatie wordt aangewend compleet verschillend is.

In het geciteerde arrest wordt de aangehaalde paragraaf door Uw Raad aangewend om een schending van de formele motiveringsplicht te verantwoorden. De argumentatie van Uw Raad kadert dan ook in de doelstelling om een schending van een substantieel en op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschrift aannemelijk te maken. Dit is ook logisch. Uw

Raad heeft immers louter een marginaal toetsingsrecht en vermag zijn beoordeling niet in de plaatse te stellen van de vergunningverlenende overheid.

‘In de uitoefening van de hem opgedragen wettigheidscontrole is de Raad van State enkel bevoegd na te gaan of de overheid de feiten waarop haar beoordeling steunt correct heeft vastgesteld, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond ervan in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de betrokken bouwwerken verenigbaar zijn met de goede plaatselijke ordening.’ (R.v.St., nr. 187.857 van 12 november 2008)

In het bestreden besluit wordt het geciteerde arrest daarentegen gehanteerd om ten gronde te verantwoorden waarom de hinder, veroorzaakt door slagschaduw, niet tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen worden beperkt.

[...]

Verzoekster stelt dan ook vast dat de verwerende partij het geciteerde arrest en de daaruit voortvloeiende argumentatie, verkeerdelijk heeft aangewend. Het is immers onder geen enkel beding redelijk te verantwoorden dat argumenten die door Uw Raad louter worden aangewend om formele tekortkomingen inzake de motiveringsplicht te staven tezelfdertijd nuttig zouden kunnen worden gebruikt om de discretionaire bevoegdheid waarover een overheid beschikt, invulling te geven. Dit zou immers impliceren dat formeelrechtelijke en materieelrechtelijke argumenten dezelfde inhoud en draagwijdte zouden worden toegeschreven, hetgeen niet correct is.

Gelet op het feit dat de geciteerde paragraaf 9 van het arrest van Uw Raad dd. 13 oktober 2016 in de huidige context manifest verkeerdelijk werd aangewend en deze uiteenzetting de enige argumentatie betreft die werd aangewend om te verantwoorden dat de vermeende slagschaduwhinder niet tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen worden beperkt, kan dan ook niet ernstig worden volgehouden dat deze argumentatie voldoet aan de vereisten van het materieel motiveringsbeginsel, zodat verzoekster niet anders kan dan vaststellen dat voormeld algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geschonden is.

De aangevoerde motieven zijn immers geenszins rechtens en feitelijk correct, zodat zij onder geen enkele omstandigheid als materiële grondslag voor de bestreden beslissing kunnen fungeren. Evenmin kunnen zij afdoende motieven vormen die in de bestreden beslissing werden veruitwendigd”.

Beoordeling

5. Met betrekking tot de hinder door slagschaduw stelt de verwerende partij in het bestreden besluit vast dat “voor 13 mogelijks relevante slagschaduwgevoelige objecten (waarvan 11 woningen [...] en 2 kantoorgebouwen [...] in een industriegebied) de astronomisch maximale en de verwachte slagschaduwduur per jaar en per dag werd berekend”, dat “alleen bij de woningen A en K de dagnorm van 30 minuten per dag [...] niet wordt

overschreden” en dat “bij 5 van de 13 bestudeerde relevante slagschaduwgevoelige objecten de jaarnorm van 8 uur per dag [...] wordt overschreden”. Hoewel de verwerende partij in aanmerking neemt dat de windturbines “zullen voorzien worden met een automatische stilstandmodule” die er voor zal zorgen dat “de windturbines op nadelige tijdstippen zullen worden uitgeschakeld zodat ze voldoen aan de Vlarem-normen” en de exploitant tevens “een logboek per windturbine zal bijhouden” waarin “de nodige gegevens zullen vermeld worden om de effectieve slagschaduw voor elk relevant slagschaduwgevoelig object binnen de contour van 4 uur verwachte slagschaduw per jaar te bepalen”, concludeert zij dat “de installatie van de slagschaduwmodules geen voldoende garantie bieden dat de slagschaduw tot een aanvaardbaar niveau wordt beperkt” en dat “ook het voorzien van een logboek waarin per windturbines de effectieve slagschaduw per slagschaduwgevoelig object wordt bijgehouden, geen voldoende garantie biedt”, zodat “niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de hinder veroorzaakt door slagschaduw tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt”.

6. Voor de exploitatie van windturbines gelden de volgende sectorale voorwaarden inzake slagschaduw.

Artikel 5.20.6.2.1 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (hierna: 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”.

Artikel 5.20.6.2.3 van Vlarem II:

“Voor relevante slagschaduwgevoelige objecten in industriegebied, met uitzondering van woningen, geldt een maximum van dertig uur effectieve slagschaduw per jaar, met een maximum van dertig minuten effectieve slagschaduw per dag.

Voor relevante slagschaduwgevoelige objecten in alle andere gebieden, en

voor woningen in industriegebied, geldt een maximum van acht uur effectieve slagschaduw per jaar, met een maximum van dertig minuten effectieve slagschaduw per dag”.

Naar luid van artikel 5.20.6.2.2 van Vlarem II dient de exploitant per windturbine een logboek bij te houden dat “de nodige gegevens [vermeldt] om de effectieve slagschaduw voor elk relevant slagschaduwgevoelig object binnen de contour van vier uur verwachte slagschaduw per jaar te bepalen”.

7. Artikel 30bis, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (hierna: Vlarem I), in de op het geding toepasselijke versie, 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 en dat de vergunning wordt geweigerd wanneer dit niet het geval is.

De bestreden beslissing vermeldt geen precieze redenen waarom de automatische stilstand module van artikel 5.20.6.2.1 en het bijhouden van het in artikel 5.20.6.2.2 van Vlarem II bedoelde logboek, niet zouden garanderen dat wordt voldaan aan de normen van artikel 5.20.6.2.3 van Vlarem II, en evenmin haalt de verwerende partij concrete omstandigheden aan die een deugdelijke grond bieden voor het besluit dat de sectorale normen te dezen niet zouden volstaan om de slagschaduwhinder binnen aanvaardbare perken te houden.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 26 mei 2017 waarbij het bestuurlijk beroep tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 1 december 2016, houdende het weigeren van de milieuvergunning voor het exploiteren van drie windturbines, gelegen op percelen tussen de Seskenskouter en de Egemstraat te Erpe-Mere, ongegrond wordt 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 200 euro.

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

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Peter Sourbron